

# Publicações da Escola da AGU

---

## Curso Cortes Internacionais e Constituições: princípios, modelos e estudo comparado

---

volume 9 - n. 01 - Brasília-DF, jan./mar. 2017

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 9	n. 01	p. 1-384	jan./mar. 2017
---------------------------------	----------	------	-------	----------	----------------

# 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

## ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO

Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça

## ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

## DIREÇÃO GERAL DA AGU

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	Secretário-Geral de Consultoria
Izabel Vinchon Nogueira de Andrade	Procuradora-Geral da União
Fabrício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Cleso José da Fonseca Filho	Procurador-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da Advocacia-Geral da União
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer	Procurador do Banco Central
Maria Aparecida Araújo de Siqueira	Secretária-Geral de Administração
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor-Geral da Advocacia-Geral da União

## ESCOLA DA AGU

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva	Diretora
Paulo Fernando Soares Pereira	Vice-Diretor
Eduardo Fernandes de Oliveira	Coordenador-Geral

## EDITOR RESPONSÁVEL

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva

## COORDENADOR CIENTÍFICO

Ciro Carvalho Miranda

## CONSELHO EDITORIAL

Ciro Carvalho Miranda

Federico Penna

**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 Cortes Internacionais e Constituições: princípios, modelos e estudo comparado - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - volume 9, n. 1, (jan./mar. 2017).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, nº 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral.

A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

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

CDD 340 . 5  
CDU 34 (05)

## SUMÁRIO

Apresentação.....	7
Não Venha me Falar de Mamatas: a análise do principio da propriedade e da discriminação como expressão de direitos economicos e sociais à luz da crise grega <i>Don't tell me about Mamatas: an analysis of property and discrimination principles as an expression of economic and social rights in the light of the Greek crisis</i> Karla Margarida Martins Santos.....	9
O Dever Fundamental de Pagar Imposto em Face da Concretização dos Direitos Fundamentais <i>The Fundamental Duty to Pay Tax as the Implementation Framework of Fundamental Rights</i> Keila Morganna Gomes de Melo.....	31
Jurisdição Constitucional como Garantia para A Proteção dos Direitos Fundamentais: uma análise comparada dos modelos de controle de constitucionalidade <i>Constitutional Jurisdiction As Garanty To Protect Fundamental Rights: a comparative analysis about the constitutional review systems</i> Lia Beatriz Carvalho Bertolini.....	47
A Proteção aos Direitos Fundamentais na União Europeia e no Brasil: a corrupção como causa que impede a concretização desses direitos <i>Fundamentals Rights Protection In The European Union And In Brazil: corruption as cause that preventes the achievement of such rights</i> Luciana Madruga Figueiredo.....	67
Testando os limites do grau de autonomia do Banco Central Europeu: o caso do Mecanismo de Transações monetárias Definitivas (OMT) <i>Testing the limits of the degree of autonomy of the European Central Bank: the case of outright monetary transactions Mechanism (OMT)</i> Marcelo Claudio Fausto Maia.....	81
A União Europeia – origens históricas, legislação, formação, evolução, efetividade e atuais desafios. relevância na proteção aos direitos humanos. <i>The European Union – historical origins, legislation, formation, development, effectiveness and current challenges. relevance in human rights protection.</i> Maria do Socorro Alagia Vaz Leandro.....	103

<p>Liberdade de Expressão, Hate Speech e a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte de Estrasburgo)  <i>Freedom of Speech, Hate Speech and the European Court of Human Rights (Strasbourg Court)</i>  Mariana Munhoz da Mota.....</p>	129
<p>Algumas Linhas Acerca da Dignidade Humana: o julgado do <i>Bundesverfassungsgericht</i> sobre os peep shows  <i>Few Words Over The Human Dignity: Bundesverfassungsgericht case on peep shows</i>  Nícolas Francesco Calheiros de Lima .....</p>	149
<p>Proibição Legal do Uso do Véu Islâmico Integral (burca e <i>niqab</i>) na França: análise da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a questão, à luz do princípio da proporcionalidade  <i>Legal prohibition of the wearing of the full islamic veil (burqa and niqab) in France: analysis of the decision of the European Court of Human Rights on the issue, in the light of the principle of proportionality</i>  Nicole Mazzoleni Facchini .....</p>	167
<p>Paralelos entre a Diretiva 24/2014 da União Europeia e a legislação Brasileira de Licitações  <i>Parallel between Directive 24/2014 of the European Union and the Brazilian Legislation on Bids</i>  Ronny Charles L. de Torres .....</p>	191
<p>Corte Europeia De Direitos Humanos: história, composição, competência e jurisdição  <i>(European Court of Human Rights: History, Composition, Attributions and Jurisdiction)</i>  Rosana Gavina Barros Horostecki.....</p>	211
<p>Supremo Tribunal Federal: forma de composição da corte e legitimidade democrática  <i>Supreme Court: the court's composition and democratic legitimacy</i>  Sara Cordeiro Felismino.....</p>	223
<p>O Direito ao Sigilo da Comunicação entre Advogados e Clientes: a visão dos tribunais superiores brasileiros e da corte europeia de direitos humanos  <i>Right to Confidential Communication Between Lawyers and Clients: The view of the brazilian courts and the european court of human rights</i>  Sálvio Medeiros Costa Filho.....</p>	241
<p>A Constituição Aberta aos Direitos Humanos  <i>The Constitution open to the Human Rights.</i>  Simone Carneiro Carvalho .....</p>	277

O Direito à Saúde dos Estrangeiros que Necessitam de Proteção: a aplicação jurisprudencial na legislação brasileira e na convenção europeia de direitos humanos <i>The Right to Health of Foreigners in Need of Protection: implementing case law in the brazilian law and in the european convention on human rights</i> <i>Tatiana Meinhart Hahn</i> .....	299
A proibição do uso do <i>burkini</i> na França. Análise à luz da proteção internacional dos Direitos Humanos frente à ameaça do terrorismo <i>The burkini ban in France. Analysis in the light of international human rights protection in the face of the terrorist threat</i> <i>Thirzzia Guimarães de Carvalho</i> .....	329
O Direito à Saúde no Brasil e a Violação ao Estado Democrático de Direito pelo abuso no Exercício do Controle de Constitucionalidade. <i>The Right of Health in Brazil and the violation to the Rule of Law by the abuse of judicial review</i> <i>Vanessa Affonso Rocha</i> .....	357



## APRESENTAÇÃO

A escola da Advocacia-Geral da União, Ministro Victor Nunes Leal, no desempenho do papel previsto no parágrafo 2 do art. 39 da Constituição Federal, na busca da formação e aperfeiçoamento dos membros e servidores da Instituição, tem oferecido cursos não somente da legislação e sistema jurídico brasileiro, mas também, em parceria com Instituições estrangeiras, tem promovido o intercâmbio de conhecimento entre os vários sistemas jurídicos. Exemplo desta vigorosa e exitosa atuação foi o curso Cortes Constitucionais e Constituições: princípios, modelos e estudo comparado, ocorrido na Universidade de Roma “Tor Vergata”, com o valoroso apoio da International Experience, de 27 de Junho a 8 de Julho do ano de 2016, no Campo X, com interessantes e enriquecedoras visitas institucionais nas Cortes Constitucionais da Itália (Roma) e Alemanha (Karlsruhe), Tribunal de Justiça da União Europeia (Luxemburgo), Corte Europeia dos Direitos do Homem e Conselho Europeu, ambos em Estrasburgo (França), e, finalmente, na Avvocatura Generale dello Stato (Roma).

O curso possibilitou aprofundar o conhecimento sobre o sistema de proteção dos direitos humanos no âmbito dos países signatários da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; a integração entre os países que formam a União Europeia - UE (não obstante a recente notícia à época do resultado do referendo que decidiu pela saída do Reino Unido, conhecido como Brexit); pelos princípios próprios e as regras que tratam da relação entre os sistemas jurídicos dos países que integram a União e a própria UE como pessoa distinta; a UE e os países que não fazem parte do Bloco; e, também, entre os países que integram a UE e os que a ela não pertencem. Mas não só o aprimoramento intelectual foi possibilitado com a participação do curso, digno de registro, ainda, muito além do desenvolvimento de uma *networking*, foi a criação inicial da amizade entre os participantes do evento que, carinhosamente, designam o grupo como La Cour.

E cheio de satisfação e honra, me foi incumbido fazer a apresentação da coletânea dos artigos produzidos pelos participantes, que integram dois volumes. A temática tratada em ambos os volumes é ampla, mas, em regra, há como pano de fundo da abordagem os Direitos Humanos, tanto em sua perspectiva ampla de direitos inerentes a todo o ser humano, como também na feição estrita de Direito Fundamental, assegurado

por uma específica ordem legal, bem como uma comparação entre o sistema europeu, o brasileiro e/ou interamericano acerca da proteção destes direitos. A competência, formação, estrutura e investidura nos diversos tribunais que integram o sistema jurídico europeu, além de alguns apontamentos de comparação com o Supremo Tribunal Federal do Brasil, também são tratados em ambos os volumes. Não se quer aqui dizer que o conteúdo dos artigos sejam análogos dentro de cada um ou de ambos os volumes; muito longe disso, embora as temáticas antes citadas permeiem a discussão de vários, cada artigo tem uma abordagem específica, com profundidade e ótica particular. Neste que é o Volume II, além das matérias citadas, há análise da crise grega e seus reflexos sobre a compreensão da propriedade, sob a ótica do direito econômico e social; abordagem da Convenção de Haia e o sequestro internacional de crianças; estudo de caso para verificação da autonomia do Banco Central Europeu; a proibição de se utilizar a burca, comparação entre os sistemas legais sobre licitação entre o Brasil e a União Europeia; e a judicialização do direito à saúde, inclusive no tocante aos estrangeiros.

Desejo uma profícua leitura.

Ciro Carvalho Miranda

---

# NÃO VENHA ME FALAR DE MAMATAS: A ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE E DA DISCRIMINAÇÃO COMO EXPRESSÃO DE DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS À LUZ DA CRISE GREGA

---

*DON'T TELL ME ABOUT MAMATAS: AN ANALYSIS OF PROPERTY AND DISCRIMINATION PRINCIPLES AS AN EXPRESSION OF ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS IN THE LIGHT OF THE GREEK CRISIS*

*Karla Margarida Martins Santos*

*Doutora e Mestre em Direito, com estágio doutoral na Universidade de Berkely/EUA. Professora de Direito do UniCEUB. Pesquisadora do Grupo de Estudos Novas Tendências do Direito Internacional e do Grupo de Estudos de direito Internacional Econômico e Integração do UniCEUB*

*Procuradora Federal em exercício na PFE/CADE*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e presença de seus valores na Convenção para a proteção de direitos humanos e liberdades fundamentais a luz do entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos; 2 A igualdade e a não discriminação à luz dos direitos econômicos e sociais – a crise econômica na Grécia; 3 Proteção da Propriedade e Proibição de Discriminação; 4 O Caso Mamatas e outros versus Grécia; 5 Proporcionalidade

da interferência – a leitura da margem nacional de apreciação no caso concreto; 6 O exame da discriminação no caso concreto; 7 Considerações finais. Referências

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo fazer considerações sobre a aplicabilidade do princípio da não discriminação (artigo 14º da Convenção) à luz das disposições que tutelam no campo do Direitos Humanos Europeu os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em primeiro lugar, busca contextualizar o surgimento da própria da Declaração Universal dos Direitos Humanos a partir da análise de caso julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos para proceder a breve análise de seu acolhimento na dimensão europeia. Em um segundo momento busca analisar a concepção da discriminação e do direito de propriedade diante de julgamento proferido pela Corte Europeia de Direitos Humanos ao tratar de um problema que ultrapassa a lógica e os mecanismos tradicionais de controle, embora a eles esteja também relacionado, qual seja o problema da dívida pública que atinge alguns países europeus, valendo-se da doutrina da margem nacional de apreciação, à luz da análise de um caso concreto que examina questionamentos de violação de direitos de propriedade de cidadãos e discriminação ao aplicar cortes nos valores dos títulos da dívida pública grega.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos Internacionais. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. International Human Rights. European Court of Human Rights. Títulos do governo grego. Proteção da Propriedade. Proibição de discriminação. Doutrina da margem nacional de apreciação na Corte Europeia de direitos humanos.

**ABSTRACT:** This article aims to exam the applicability of the principle of non-discrimination (Article 14 of the Convention) in accordance to the in the protection of socio-economic rights through the interpretation of the European Convention on Human Rights. Firstly, the article focuses on the emergence of the Universal Declaration of Human Rights through the analysis of a jurisprudence examined by the European Court of Human Rights. Secondly, it demonstrates the concept of discrimination and the right of property toward a judgment delivered by the European Court of Human Rights (Mamatas case) to address an issue that goes beyond logic and traditional mechanisms of control, although its relation with the problem of public debt that reaches some European countries, drawing on the doctrine of national discretion in the light of the analysis of a case which examines issues of violation of property rights and

discrimination to implement “hair cuts” that lessen the nominal of bond holder on the values of securities Greek public debt.

**KEYWORDS:** International Human Rights. European Court of Human Rights. Greek State Bonds. Protection of Property. Prohibition of discrimination. Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights

## INTRODUÇÃO

A historicidade dos direitos humanos remete a uma pluralidade de significantes e de significados, cujo conceito é sempre progressivo, fruto de lutas, muitas vezes decorrentes de guerras que mostram a necessidade de que, como invenções humanas estejam em constantes processo de construção e reconstrução, o que justifica a pertinência do exame do tema à luz de um caso concreto analisado pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

As violações ao direito a vida levadas a efeito na Segunda guerra mundial levaram a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10.12.1948 como ponto de partida para reconstrução de suas dimensões, com reflexos não apenas na dimensão nacional, mas em outros planos, desafiando a construção e o repensar das relações entre os Estados e indivíduos na tentativa de melhor solução aos problemas, em muito motivadas por questões que num primeiro plano não observam a lógica eminentemente humanitária.

Muitos problemas debatidos e relacionados ao questionamento da efetividade, do denominado “enforcement” do Direito Internacional e aos questionamentos de déficit de legitimidade<sup>1</sup>, são descritos na literatura a partir da perspectiva realista, decorrentes de um sistema anárquico, caracterizado pela ausência de um sistema internacional que reproduza os instrumentos vinculativos e coercitivos que marcam os sistemas jurídicos nacionais.

Sob essa perspectiva, no entanto, pode-se analisar as questões relacionadas a interpretação dada pela Corte Europeia de Direitos Humanos dos Direitos Econômicos e Sociais, o que se fará no presente artigo pela análise de um caso concreto denominado *Mamatás e outros vs. Grécia*. Embora o caso pelo nome, à literalidade que a denominação dos requerentes parece sugerir no idioma português, o que se vai ver é que não houve qualquer entendimento que levasse a um juízo de valor de que houve qualquer flexibilização, condescendência, enfim, mamata para os requerentes.

---

1 SLAUGHTER, Anne-Marie. *International law and International Relations*. Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Hague Academy of International Law. 2001. p. 30-31.

Para o exame do desenho que o direito de não discriminação e a propriedade assumem na Convenção Europeia e nas interpretações da Corte Europeia de Direitos Humanos faz-se a seguir a contextualização do reconhecimento dos direitos humanos e de suas gerações na dimensão europeia.

### **1 DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS E PRESENÇA DE SEUS VALORES NA CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS A LUZ DO ENTENDIMENTO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

Não à toa, os avanços verificados após a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10.12.1948, tidos como ponto de partida para a construção de novas perspectivas relacionados aos reconhecimento de direitos e a construção de uma nova ordem jurídica internacional, são evidenciados pela construção de valores coerentes com os a universalidade anunciada no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o que se deu em um primeiro momento no âmbito do Direito interno de cada país na Europa.

Ainda que se critique a dominância de elementos performativos, exprimindo mais um ideal do que a realidade, permitiu a Declaração a condução de um novo contexto na busca da construção de uma nova realidade internacional, por elementos de aproximação e harmonização, a partir da percepção de cada país quanto a necessidade de observância e respeito a conteúdos relacionados a direitos humanos para o crescimento interno e para a própria construção de uma nova ordem, senão mundial, ao menos regional.

No âmbito europeu, os países passaram a acolher a maioria das estipulações da Declaração em seu Direito interno, geralmente nas Constituições. Passou também a Declaração a servir de base para toda uma nova disciplina do Direito Internacional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que tem atualmente como principais fontes legais o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, a Convenção contra a tortura e outros instrumentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>2</sup>.

Proclamada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1948, em Paris, a Declaração Universal dos Direitos Humanos definiu, com base na ideia de que todos os seres humanos nascem livres e iguais –

<sup>2</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 188 e 189.

elemento basilar para o conceito fundamental de dignidade da pessoa humana - um padrão de realização comum para povos e nações, essenciais à convivência humana e social, que remetem a um conjunto de valores em que ordens mais amplas que a dimensão nacional persigam a efetividade e concretude de elementos fundamentais, como assevera Bobbio ao tratar da ampliação de sua eficácia e positividade<sup>3</sup>. Essa assertiva conduz ao entendimento de que se pode, inclusive, envolver a responsabilização em instancias internacionais<sup>4</sup>, sem que significasse naquele momento, se é que hoje se possa assim defender, a possibilidade de uma sociedade mundial de valores ou o desenvolvimento de modelos tendentes à universalização dos direitos humanos.

Contudo, a universalidade pretendida na Declaração Universal dos Direitos do Homem se por um lado mostrava utópica a unificação do direito internacional de acordo com a classificação feita por Jack Donnelly<sup>5</sup>, as categorias dos direitos não deixam de demonstrar uma certa preponderância de valores estabelecidos pelo eixo vencedor no pós guerra e a influência dos ideais do *Welfare State*, que então despontava:

“1) Direitos pessoais, incluindo os direitos à vida, à nacionalidade, ao reconhecimento perante a lei, à proteção contra tratamento ou punições cruéis, degradantes ou desumanas, e à proteção contra a discriminação racial, étnica, sexual ou religiosa (artigos 2º a 7º e 15);

2) Direitos judiciais, incluindo o acesso a remédios por violações dos direitos básicos, a presunção de inocência, a garantia de processo público justo e imparcial, a irretroatividade das leis penais, a proteção contra prisão, detenção ou exílio arbitrários, e contra a interferência na família, no lar e na reputação (artigos 8º a 12);

3) Liberdades civis, especialmente as liberdades de pensamento, consciência e religião, de opinião e expressão, de movimento e residência, e de reunião e de associação pacífica (Artigos 13 e de 18 a 20);

4) Direitos de Subsistência, particularmente os direitos à alimentação e a um padrão de vida adequado à saúde e ao bem estar próprio e da família (Artigos 25);

3 BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992. p 25-47.

4 ARENDT, Hannah. apud Lafer, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 134.

5 DONNELLY, Jack. *International human rights: a regime analysis*. International Organization, 40. p. 3. 599-642. Massachusetts Institute of Technology, 1986.

- 5) Direitos Econômicos, incluindo principalmente os direitos ao trabalho, ao repouso, ao lazer, e à segurança social (Artigos 22 a 26);
- 6) Direitos Sociais e Culturais, especialmente os direitos à instrução e à participação na vida cultural da comunidade (Artigos 26 e 28);
- 7) Direitos Políticos, principalmente os direitos a tomar parte no governo e a eleições legítimas com sufrágio universal e igual (Artigo 21)

Como anota Alves<sup>6</sup>, observe-se que de Donelley não faz referência do artigo 17 que trata do Direito de propriedade, que de certa forma mostrou as controvérsias leste-oeste, em seguida no sentido norte sul, em muitos também manifestadas pelas discussões de se adotar uma convenção única ou de pactos, ao longo de cerca de vinte anos de discussão da implementação dos Direitos Econômicos e Sociais não ratificado em sua integralidade, não obstante sua adoção pela Assembleia Geral da ONU em 1966 .

Se por um lado essas controvérsias mostram uma fluidez quanto a percepção do conteúdo que preenche valores relacionados aos direitos humanos, em muitos deles indica a necessidade de se repensar as segmentações tradicionais e estanques entre o direito nacional e o direito internacional.

Observa-se a vigência a partir de janeiro de 1976 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e em março de 1976, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos que não obstante tentativas de refreamento quanto a percepção desses direitos como direitos humanos há campos em que as interseções são inevitáveis e desafiam a constante adequabilidade de modelos para que a comunidade seja a consequência de um modelo consciente, embasado em normas jurídicas que busquem garantir sua existência e efetividade<sup>7</sup>.

Nesse quadro, a Europa traz ensinamentos em momentos anteriores a integração e percepção da importância da compreensão dos Direitos do Homem no âmbito europeu. De fato, o tratamento de Direitos Humanos, notadamente considerados na dimensão regional sempre dependeu da colaboração dos Estados membros, por intermédio de sua necessária e efetiva adesão no campo interno.

A doutrina destaca a importância de mobilizações jurídicas transnacionais na área dos direitos humanos, o que na Europa tem sido em muito influenciado pelo caminho a ser percorrido para o acesso, para a elaboração de queixas aos Tribunais e Cortes que lidam com Direitos

6 ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 46.

7 DELMA-MARTY, Mireille. *Ver une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Sueil, 2011. p. 11.

Humanos, notadamente relacionados a própria jurisdição da ECHR e ao direito de petição individual perante o tribunal<sup>8</sup>.

Muito da evolução começou a ganhar contornos mais significativos que o originário no final da própria década de 50. Efetivamente, a ECHR buscou garantir principalmente a democracia liberal na Europa – coerente com o a ideia de uma “Europa livre”, no contexto da guerra fria<sup>9</sup>. D a í porque uma das dimensões que garante maior concretude a mecanismos institucionais de proteção de direitos humanos na Europa refere-se a forma como o direito de petição individual e a submissão ao Tribunal restaram estabelecidos na redação da Convenção de 1950. Em que pese haja críticas que esses mecanismos institucionais tenham resultado em negociações morosas e levado a adoção de protocolos adicionais à convenção, não há como se refutar o argumento que garantiram, de fato o quadro institucional estipulado para a proteção dos direitos humanos pela Convenção (CEDH)<sup>10</sup> e a construção positiva quanto à reputação de sua efetividade.

Ainda que se considere não ter restado uma evolução significativa naquele momento, diante da necessidade de equacionamento dos direitos individuais com os interesses nacionais e geopolíticos, na década de 70<sup>11</sup>, observa-se uma evolução significativa da percepção de determinados direitos como elementos amplos, indicando a adequabilidade de sua análise e compreensão na dimensão europeia em harmonia com a percepção de que os direitos humanos representavam um corolário do direito internacional público, mas não necessariamente coerente com a ideia de transnacionalização e universalidade que a integração europeia anunciava.

Observe-se que, não à toa, alguns países europeus, embora defensores do processo de direitos humanos internacionais só passaram a ter uma atitude convergente com os valores anunciados a partir do processo de desvinculação e independência de suas ex-colônias, o que mostra que países como França e Reino Unido, conhecidos pela evolução e concretização

---

8 Santos, Cecília Macdowell (org.). *A mobilização transnacional do Direito – Portugal e o Tribunal Europeu Dos Direitos Humanos*. Coimbra, Ed. Almedina, 2012. Em especial, observe-se o capítulo 1, de autoria de MADSEN, Mikael Rask. *O surgimento do Tribunal de Direitos Humanos Progressista: o TEDh e a Transformação da Europa*

9 *Ibidem*.

10 Santos, Cecília Macdowell (org.). *A mobilização transnacional do Direito – Portugal e o Tribunal Europeu Dos Direitos Humanos*. Coimbra, Ed. Almedina, 2012. Em especial, observe-se o capítulo 1, de autoria de MADSEN, Mikael Rask. *O surgimento do Tribunal de Direitos Humanos Progressista: o TEDh e a Transformação da Europa*.

11 Observe-se que a entrada em vigor da petição individual ocorreu em 1955, quando se obteve as seguintes aprovações exigidas: Suécia (1952), Irlanda (1953), Dinamarca (1953), Islândia (1955), República Federativa da Alemanha (1955) e Bélgica (1955). Quanto a aceitação da jurisdição do Tribunal, havia a necessidade que houvesse a aceitação de oito países, os quais foram: Irlanda (1953), Dinamarca (1953), Países Baixos (1954), Bélgica (1955), República Federativa da Alemanha (1955), Luxemburgo (1958), Áustria (1958) e Islândia.

de direitos, como o direito de petição e o de propriedade, não estivessem entre os primeiros a assinar.

Ressalte-se, contudo que apenas com o final de conflitos relacionados com a ocupação de ex- colônias é que há o crescimento efetivo do respeito aos direitos humanos na Europa, coerente com o processo exitoso de evolução econômica de suas três comunidades setoriais originárias – a do carvão e do aço, a de energia nuclear e a econômica para a construção de um espaço único, com moeda própria, livre circulação de mercadorias, serviços, capitais, pessoas, pelo estabelecimento comum de políticas agrícola, comercial, concorrencial e de transportes<sup>12</sup>.

No entanto, ainda que se destaque o papel do Estado no processo de construção de uma dimensão robusta na percepção dos direitos humanos no contexto europeu, há um processo de descentralização de fontes normativas, em que os Estados atribuem capacidades soberanas para instâncias supranacionais, em razão de valores comuns<sup>13</sup>, o interesse no âmbito internacional para a defesa do ser humano surge como mais um mecanismo de pressão para o cumprimento do dever de proteção desses direitos.

Ademais, a crença e o comprometimento dos países europeus a aplicabilidade de regras e parâmetros jurídicos que fazem parte do Direito Internacional e do Direitos Humanos na Europa, conduz ao fortalecimento das instituições na medida em que reforça o papel dos tribunais europeus no que tange a mitigação de impunidade frente às violações de direitos humanos<sup>14</sup>. Por esta razão busca-se a aplicação da jurisdição da ECHR em casos em que há por parte de indivíduos questionamentos quanto a garantia da defesa de seus direitos humanos, inclusive em casos em que a questão principal esteja relacionada a violação de direitos econômicos e sociais por parte de Estado membro.

## **2 A IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO À LUZ DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS – A CRISE ECONÔMICA NA GRÉCIA**

A percepção dos Direitos Humanos na Europa, notadamente no campo dos direitos econômicos e sociais ganhou destaque recente por

---

12 A propósito da instituição da Comunidade Europeia do Carvão do Aço em 1951 e da assinatura dos Tratados de Roma em 25 de março de 1957 instituindo a Comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atômica, veja-se a obra de CAMPOS, João da Motta. Manual de Direito Comunitário. 3ª edição, Fundação Galouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 54 e seguintes.

13 VARELLA, Marcelo Dias. Direito Internacional Público. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, página 18.

14 GROSSMAN, Claudio. Moving Toward Improved Human Rights Enforcement in the Americas. Human Rights. Vol 27, nº 3, p. 16, 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1365294>>, acesso em 6 de fevereiro de 2013.

força de crises econômicas enfrentadas no território europeu, marcadas de maneira significativa pela crise do subprime que alcançou dimensões globais, de forma significativa em alguns países, como a Grécia, que aumentou seus gastos governamentais com o intuito de mitigar os efeitos recessivos da crise, por incremento de mecanismos de demanda.

Uma combinação de elevação de gastos públicos, marcada com elevados salários pagos aos servidores públicos, aumento de gastos pagos com previdência social, a realização das Olimpíadas de 2004 em Atenas e sonegação fiscal foram elementos de um modelo complexo que desenvolveu crescentes e significativos gastos públicos, com valores em muito superiores a economias europeias, que embora também tivessem sentido o impacto da crise do subprime não o sofreram na mesma intensidade.

O elevado endividamento público, relacionado a situações que conduziam a suspeitas de desvio de recursos público, além de problemas relacionados a pagamentos financeiros conduziu ao questionamento de violação de direitos humanos e sociais, notadamente os estabelecidos no artigo 1º do Protocolo nº 1 (proteção da propriedade) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, assim como eventual violação ao artigo 14 (proibição de discriminação) da Convenção, em conjunto com o referido Artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção.

Esse conflito reforça a ideia de complementariedade que marca a evolução dos direitos humanos na Europa desde o princípio, especialmente quanto a diferenças culturais e os conflitos que daí possam derivar, inclusive em questões relacionadas aos gastos públicos de cada Estado e seus reflexos na dimensão unionista, diante de riscos globais comuns que precisam ser necessariamente analisados sob o prisma dos reflexos comuns, muitas vezes decorrentes de comunidades internacionais e contextos não voluntários<sup>15</sup>, como a inegável ligação que marca os mercados financeiros e que ultrapassa os esforços de integração supranacional considerados na dimensão unionista, decorrentes dos reflexos que crises econômicas trazem a países que por uma série de motivos são mais duramente atingidos pela crise econômica, como Grécia, Irlanda, Espanha, Itália e Portugal.

Há uma inegável integração, coerente com a evolução e a forma como os direitos humanos foram tratados na Europa desde o princípio. Não há um caminho tranquilo a uniformização do direito, ainda que efetivado de forma predominante no âmbito regional, tampouco se procurou defender elementos relacionados a preponderância de uma ordem legal regional em prejuízo de uma ordem interna nacional. A doutrina se dedica a destacar a possibilidade de integrações, em múltiplas formas e velocidades,

---

15 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. Brasília, Uniceub, 2013. p. 57

decorrentes de coordenações por entrecruzamento, harmonização por aproximação<sup>16</sup>, que podem conduzir, em alguns aspectos, a imposição de particularismos que em muito atendem à lógica ocidental<sup>17</sup>, mas que não elidem a preocupação de que o indivíduo é o elemento principal para a construção social, embora seja inegável qualquer dissociação entre direito e política que ganha contornos bem definidos pela forma como a dimensão regional do direito na Europa se materializa, inclusive quanto a proteção da propriedade e a proibição de discriminação na interpretação de direitos humanos econômicos e sociais.

### 3 PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

Merece atenção neste texto os artigos da Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais relacionados a proteção do Direito de Propriedade e o de não discriminação (artigos 1º e 14, respectivamente).

A propriedade como direito fundamental encontra suas bases no próprio conceito de liberdade. Daí porque muitos autores relacionam a propriedade ao exercício de liberdade, colocando-a como condição da vida humana, a medida em que o homem pode dispor da força de seu trabalho para sair de situações de inércia ou dificuldade e satisfazer suas necessidades básicas<sup>18</sup>.

Não à toa, muitas constituições assumem o caráter amplo da liberdade para o exercício do direito de propriedade. Não significa, no entanto, que a propriedade assuma caráter absoluto e irrestrito. Muito ao contrário, a propriedade pode indicar limitações em sua aplicação em nome de princípios e fundamentos também tutelados em sede constitucional<sup>19</sup>.

Eventuais afastamentos desse raciocínio, na medida em que implicam em violação ao direito da propriedade, materializam distinções desproporcionais que ofendem a dignidade da pessoa humana, suscetíveis de questionamentos na medida em que ao impedir que a liberdade, como mecanismo que garante a plenitude do direito de propriedade se materialize pode gerar questionamentos ou a efetiva utilização de elementos

---

16 VARELLA, op. cit.

17 KOSKENNIEMI, Martii. *From apology to utopia*. The Structure of International legal Arguments. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, 34.

18 LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 194, p. 53-64, abr./jun. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 29 set. 2016.

19 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 277.

diferenciadores para situações não necessariamente distintas, o que tem sido objeto de especial atenção em Cortes europeias.

Há um amplo campo de situações que podem levar a questionamentos quanto a violação ou não do direito de não discriminação no âmbito de Aplicabilidade da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

No caso da crise da dívida pública grega, assume especial relevo seu exame pelo fato de que busca se examinar as medidas estatais utilizadas, com elementos em que a discricionariedade gera dúvidas quanto ao conceito e observância do limite que compõe a chamada margem nacional de apreciação, o que pode legitimar práticas discriminatórias ou isentar-lhes o conteúdo antijurídico e que em muitos elementos permeia a manifestação da CIDH sobre os casos que lhe são apresentados.

Nesse quadro, o caso também traz a lume a disposição constante do artigo 14 da Convenção Europeia para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais que estabelece proibições de discriminação. Como se depreende de seu conteúdo, sua aplicabilidade está relacionada a situações de desigualdade concretas, de materialização de discriminação, que comprometem o significado plurissignificativo de igualdade quando busca proibir o arbítrio, as diferenciações e discriminações de toda a ordem, inclusive quando relacionadas a realidades de difícil comprovação, como no caso de campos relacionados a dívida pública.

Tal raciocínio não impede, muito ao contrário, permite, a aplicação da chamada margem nacional de apreciação, como elemento para prestigiar a adequabilidade e observância de elementos locais, sem que se descure da proteção dos direitos humanos como elemento necessário à aproximação de ordenamentos jurídicos, verificando-se se valores éticos que regulavam determinado campo ou a concretude de direitos humanos foram observados na solução dos casos na dimensão nacional, bem como quando demandados no âmbito de órgãos supranacionais<sup>20</sup>.

No caso Mamatas, que será analisado a seguir, a Corte Europeia de Direitos Humanos é chamada a examinar a complexidade que confirma a temática da não discriminação relacionado ao direito de propriedade de títulos da dívida pública grega, como se buscará demonstrar a seguir.

#### 4 O CASO MAMATAS E OUTROS VERSUS GRÉCIA.

O caso denominado Mamatas e outros vs Grécia (caso Mamatas) é, na verdade, a reunião de três requerimentos de nº 63066/14, 64297/14 e

<sup>20</sup> DELMA-MARTY, Mireille. *Les force imaginantes du droit (II): Le pluralisme ordonné*. Paris: Éditions du Sueil, 2006a. p. 81.

66106/14 contra a República helênica<sup>21</sup>. Os recorrentes são 6.320 cidadãos gregos que, como indivíduos particulares, detinham obrigações do Estado grego de quantidades que variam de 10.000 euros (EUR) para EUR 1,51 milhões.

Cabe lembrar que entre 2009 e 2011, a Grécia viveu uma de suas piores crises econômicas, o que impossibilitou ao país adimplir com diversas de suas obrigações financeiras, sendo forçado a tomar emprestado do FMI e vários países da Eurozone e teve também a procurar a assistência do setor privado na tentativa de redução da sua dívida pública.

No âmbito desta participação, os investidores institucionais, notadamente os bancos e outras organizações de crédito, negociaram uma redução, um decote em suas ações - uma redução do valor nominal das suas ações e um modo operacional ajustado do reembolso do restante - e as compensações que poderiam esperar em troca. Por outro lado, houve a alegação de que indivíduos privados detentores de títulos de cerca de 1% da dívida pública em geral não participaram nessas negociações, o que conduz a discussão de que houve a violação ao artigo 1º do Protocolo nº 1 (proteção da propriedade) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, assim como eventual violação ao artigo 14 (proibição de discriminação) da Convenção, em conjunto com o referido Artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção.

O caso trata da participação compulsória dos demandantes, que são indivíduos (partes privadas) que possuem títulos do Estado Grego (Greek State bonds), no esforço de reduzir a dívida pública grega pela troca de seus títulos por outros instrumentos de débito de menor valor. Isso porque, em dezembro de 2011 o FMI convidou as autoridades gregas a trazer também todos seus credores individuais à negociação.

Em 2012, a nova lei alterou as condições que regulavam os títulos ligações por força de cláusulas de ação coletiva que permitiam aos titulares de títulos celebrar um acordo coletivo com o Estado, decidido por uma maioria qualificada. Referida maioria fora obtida graças, em particular, à participação dos investidores institucionais (bancos e organizações de crédito), as novas condições que entraram em vigor em relação a todos os detentores de obrigações, incluindo as recorrentes, apesar da recusa deste último. Seus títulos foram cancelados e substituídos por novos títulos no valor de 53,5% a menos em termos de nominal valor.

A referida Lei nº 4050/2012 alterou as regras referentes a valores mobiliários de emissão de Estado ou de seguro garantia que havia

---

21 TRIBUNAL EUROPEU DE DROITS HUMAINS, Affaire Mamatas et autres c. Grèce. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164969>>. Acesso em: 29 set. 2016

sido adotada em 23 de fevereiro de 2012. Essa lei previa para ativar “cláusulas de ação coletiva” em fim de exigir a qualquer pessoa que não desejam tomar parte na operação de participar, desde que pelo menos dois terços dos detentores de títulos individuais aderiram ao acordo. O Conselho de Ministros decidiu que os títulos poderiam ser utilizados no programa de intercâmbio a partir de 24 fevereiro de 2012, incluindo as realizadas pelos requerentes, que recusaram os “decotes” (recortes) em seus títulos e não responderam ao convite do Estado para participar no processo de troca.

Em março de 2012, o presidente (“governor”) do Banco da Grécia, que fora nomeado para gerir o procedimento, declarou que os titulares de obrigações tinham concordado com as alterações propostas e que 91,05% dos recebíveis em circulação tinham sido cobertos pelo procedimento. O Conselho de Ministros homologou o resultado, que agora cobria todo o capital constituído pelas obrigações selecionadas, incluindo as realizadas pelos candidatos. Os títulos antigos foram trocados por novos valores 53,5% menores em termos de valor nominal. Em abril de 2012, as recorrentes interpuseram recurso para o Tribunal de Cassação para que essa decisão fosse anulada, argumentando, nomeadamente, que tinha violado o seu direito à proteção da propriedade; no entanto, a sua ação foi julgada improcedente pelo Plenário do Supremo Tribunal Administrativo.

Embora se possa considerar que esta participação forçada equivalia a uma interferência com o direito das recorrentes ao respeito ao direito de propriedade para os efeitos do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção, restou externado pela Corte Europeia de Direitos Humanos o entendimento de que a alegada interferência possuía um objetivo de interesse público, isto é, manter a estabilidade econômica e a reestruturação da dívida nacional, numa altura em que a Grécia estava envolta em uma grave crise econômica.

Por conseguinte, o Tribunal de Justiça considerou que os recorrentes não tinham sofrido qualquer encargo especial ou excessivo, sob a ótica, em particular, da ampla margem nacional de apreciação dos estados nesse domínio e da redução do valor comercial dos títulos, que já havia sido afetada pela solvência reduzida do Estado, o que provavelmente teria sido incapaz de cumprir as suas obrigações ao abrigo das cláusulas incluídas nos velhos títulos antes da entrada em vigor da nova Lei. O Tribunal também considerou que as cláusulas de ação coletiva e da reestruturação da dívida pública tinham representado um meio adequado e necessário para reduzir a dívida pública e poupança do Estado da falência, que investir em títulos nunca foi livre de risco e que os candidatos devem ter tido conhecimento dos caprichos do mercado financeiro e o risco de uma possível queda no

valor de suas obrigações, considerando o déficit grego e grande dívida do país, mesmo antes da crise de 2009.

O Tribunal também constatou que o procedimento de troca de títulos não havia sido discriminatória, em particular por causa da dificuldade de localizar os detentores de obrigações num mercado tão volátil, a dificuldade de estabelecer critérios precisos para a diferenciação entre os detentores de obrigações, o risco de comprometer o todo operação, com consequências desastrosas para a economia e a necessidade de agir rapidamente a fim de reestruturar a dívida.

No que tange a interpretação do artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção, concluiu a Corte pela existência de posse de interferência. Isso porque os portadores/titulares de obrigações do Estado grego, incluindo os requerentes, possuíam, no advento do termo dos seus valores mobiliários, um crédito financeiro *vis-à-vis* o do Estado de um montante equivalente ao valor nominal das obrigações. Poderiam os requerentes, portanto, reclamar o reembolso das suas obrigações nos termos da legislação em vigor no momento da subscrição dos títulos, por possuírem a “posse”, na acepção da primeira frase do artigo 1 do Protocolo nº. 1.

No entanto, considerou a ECHR que a entrada em vigor da Lei nº 4050/2012 alterou as condições através da introdução de cláusulas de ação coletiva (uma convenção coletiva com o Estado, com decisões tomadas por uma maioria qualificada). Estas cláusulas impuseram novas condições sobre os candidatos, que não tinha concordado com a proposta de alteração ao abrigo da Lei, levando a uma redução de 53,5% no nominal valor dos seus títulos. A sua participação forçada no procedimento de decotar os valores dos títulos, portanto, equivalia a uma interferência com o seu direito ao respeito da sua propriedade para efeitos da primeira frase do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção; no entanto, era legítima a interferência, posto que prescrita por lei.

A materialização do objetivo de interesse público, segundo o julgado, resta evidenciado ao se verificar que as repercussões que a crise financeira internacional causou na economia grega impuseram em 2009 um enorme déficit e à impossibilidade em 2010 de pagar suas dívidas, e ao longo dos anos que se seguiram a crise foi agravada.

O Tribunal considerou que, durante esse período de crise grave, as autoridades devem ter se esforçado para encontrar soluções, e concordou que o Estado poderia ter legitimamente tomado medidas para manter a estabilidade econômica e reestruturar a dívida no interesse geral da comunidade. A operação de troca reduziu a dívida grega por cerca de 107 bilhões de euros (EUR). Até o final de 2012, 85% da dívida foi transferida de particulares para a Zona Euro Unidos. Em 2013, o custo do serviço

da dívida caiu drasticamente: os interesses (investimentos) previstos para 2012, que foram inicialmente estimados em EUR 17,5 bilhões, caíram para EUR 12,2 bilhões após a troca e permaneceram abaixo de EUR 6 bilhões em 2013. Por conseguinte, a interferência possuía um objetivo de interesse público.

## **5 PROPORCIONALIDADE DA INTERFERÊNCIA – A LEITURA DA MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO NO CASO CONCRETO**

Como resultado das cláusulas de ação coletiva, os requerentes tinham visto os seus títulos anulados e substituídos por novos, que resultou em uma redução na quantidade que eles poderiam ter esperado para receber quando (se) as condições anteriores não fossem modificadas. A troca de títulos levou a uma perda de 53,5% do capital para os seus titulares, devendo-se também sopesar que a magnitude da perda tinha sido ainda maior, tendo em conta a alteração na data prevista para o resgate dos títulos.

A decisão da Corte Europeia considerou que embora à primeira vista, que a perda tenha parecido substancial, não foi grande o suficiente para elevar-se a um meio legislativas de assegurar a cessação de ou um retorno sobre o investimento insignificante dos recorrentes nas obrigações do Estado. O valor de referência para a avaliação a extensão do prejuízo sofrido pelas recorrentes não foi o montante que tinham esperado para receber quando suas obrigações vencidas. Embora o valor nominal de um título refletia a quantidade a pagar ao seu titular, na data de maturidade, não representam um valor monetário real do título em a data em que o Estado tinha adoptado as normas impugnadas, ou seja, Fevereiro 23, 2012, com a promulgação da Lei nº 4050/2012. O valor nominal tinha sem dúvida, já foram afetados pela queda na solvência do Estado, que tinha começado em meados de 2010 e continuou até 2011.

Esta redução do valor monetário de títulos dos candidatos sugeriria que em 20 de agosto de 2015, o Estado teria sido incapaz de cumprir as suas obrigações ao abrigo das cláusulas contratuais incluídas nos laços antigos, antes da promulgação da Lei nº 4050/2012.

O fato de, ao contrário de outros os detentores de obrigações, os requerentes não terem consentido no câmbio operação, que foi, assim, imposta a eles sob as novas cláusulas de ação coletiva, não fez, como tal, que fosse afetada a avaliação da proporcionalidade da interferência. Se os detentores de bônus dissidentes como as recorrentes temiam que o valor de seus títulos diminuísse mais rapidamente ação coletiva cláusulas foram implementadas, poderiam ter exercido os seus direitos como detentores de títulos e vendido seus títulos no mercado até o prazo mencionado no

convite que tinham recebido a declarar ou não a concordância com a troca. Na verdade, as cláusulas da ação coletiva eram prática comum nos mercados financeiros internacionais e tinham sido incluídas em todos novos títulos do governo da área do novo euro, com vencimento acima de um ano.

Além disso, se um consenso tivesse que ser alcançado entre todos os titulares de obrigações sobre o plano de reestruturação da dívida grega, ou se a operação tinha sido confinada exclusivamente àqueles que houvessem consentido, todo o plano teria quase certamente entrado em colapso. Além disso, uma das condições estabelecidas pela comunidade internacional aos investidores institucionais para a redução dos seus créditos foi a implementação das referidas cláusulas de ação coletivas. Caso essas cláusulas não fossem introduzidas, um corte ainda maior teria sido aplicado aos recebíveis de detentores de obrigações que foram preparados para aceitar um “corte” e teria ajudado a impedir um grande número deles de se juntar ao procedimento. Verificou-se, assim, que as cláusulas da ação coletiva e a consequente reestruturação da dívida pública tinham sido meios adequados e necessários meios de reduzir a dívida pública grega e salvar o Estado demandado da falência.

Observe-se que esse entendimento demonstra a aplicabilidade da margem nacional de apreciação no julgado, ao buscar demonstrar a coerência de elementos utilizados pelo Estado grego na tomada de decisão quanto a uniformidade do tratamento. Ressalte-se que houve não apenas o reexame da prática nacional, mas em observância aos elementos envolvidos no caso concreto, o respeito a suas peculiaridades e a heterogeneidade dos direitos envolvidos para a construção de uma comunidade europeia em que o diálogo argumentativo não ignora elementos, como a crise econômica grega apresenta, que não respeitam fronteiras e que se não analisados do ponto de vista jurídico podem colocar em virtude dos riscos e pressões a melhor forma de decidir.

Se não bastasse a natureza subsidiária da proteção internacional, o contato direto e contínuo dos Estados com questões que têm repercussões severas e significativas em todo o contexto econômico, como o caso dos títulos gregos e em algumas circunstâncias a ausências de standards europeus comuns<sup>22</sup>. Se eventualmente houvesse questionamentos quanto ao suporte de justificação para o acolhimento de razões baseadas em regras domésticas, observa-se que a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos apresentou elementos que demonstram, inclusive a luz de outro caso europeu, o que foi decidido de forma periférica, ou seja, no âmbito do Estado grego e sua adequabilidade aos direitos humanos europeus, à

<sup>22</sup> Veja-se a esse propósito, DELMAS-MARTY, Mireille. *The European Convention for the protection of human rights: international protection versus national restrictions*, Dordrecht: Martins Nijhof Publishers 1992. p. 308.

centralidade que a ECHR (*spill over*) busca imprimir no conteúdo mínimo de valores comuns, inclusive porque o problema dos títulos da dívida pública grega mostra que os problemas econômicos e financeiros reclamados não se restringem aos limites físicos do território grego, podendo atingir cidadãos situados em outros países da Europa<sup>23</sup>.

Esse entendimento resta claro ao asseverar a decisão que investir em títulos nunca é livre de riscos: entre o momento da emissão desse título e a data em que se tornam maduros existe um lapso de tempo considerável durante a qual os acontecimentos imprevisíveis ocorrer o que pode afetar substancialmente a solvência do emissor, mesmo se o emitente for um Estado, e, portanto, causar aos titulares de títulos da dívida financeiras subsequentes.

Em particular, o Tribunal da União Europeia rejeitou um recurso por 200 cidadãos italianos titulares de obrigações do Estado grego, alegando que, tendo em vista da situação econômica na República Helénica, os investidores privados em questão não poderia reivindicar ter agido como operadores econômicos cuidadosos e bem informados que poderia aduzir certa legítima expectativas, e que eles deveriam estar cientes da situação econômica altamente instável causando flutuações no valor dos instrumentos de dívida gregos que tinham comprado, bem como o risco considerável de falência do Estado.

As operações em causa tinham sido realizadas sobre mercados altamente voláteis que eram frequentemente sujeitos a caprichos incontroláveis e os riscos em relação à o valor em declínio ou aumento das obrigações, o que poderia incentivar os titulares de especular, a fim para garantir alto rendimento em um tempo muito curto. Mesmo supondo que todos os candidatos não tinham sido envolvidos em operações especulativas, que deveria ter tido conhecimento das referidas caprichos e riscos como refere possivelmente grandes quedas no valor dos títulos comprados. Isso era especialmente verdadeiro como até mesmo antes da crise financeira em 2009, o Estado grego já havia enfrentado altas dívidas e um grande déficit.

Consequentemente, o Tribunal considerou que, ao adotar as medidas controvertidas a Grécia não havia contrariado o equilíbrio necessário entre o interesse público e da proteção dos direitos de propriedade dos recorrentes e não impôs nenhuma carga excepcional ou excessiva sobre eles. Assim, concluiu que, em vista da ampla margem nacional de apreciação dos Estados Contratantes neste domínio, as medidas controvertidas não

---

23 Nesse sentido, veja-se TEUBNER, Günther. Global Bukowina. Legal Pluralism in the World Society. In: Teubner, Günther. *Global Law without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997, p. 3-28.

tinha sido desproporcionais ao seu objetivo legítimo e que não houve violação do artigo 1.º do Protocolo n.º 1<sup>24</sup>.

## 6 O EXAME DA DISCRIMINAÇÃO NO CASO CONCRETO

No que tange especificamente a análise do artigo 14, combinado com o artigo 1º do Protocolo nº 1 para a Convenção, não resta a mesma fora de critérios que permitem a aplicabilidade no caso concreto da margem nacional de apreciação, posto que a admissibilidade de uma situação considerada *prima facie* como de discriminação depende, de acordo com a jurisprudência europeia, de justificativa objetiva e razoável<sup>25</sup>.

Ocorre que os requerentes, alegaram que tinham sido submetidos ao mesmo tratamento no que diz respeito a diferentes situações, incomparáveis, porque o procedimento de troca tinha sido originalmente destinada a entidades jurídicas que detinham títulos estaduais e particulares só foram incluídos de última hora. Eles argumentaram que os indivíduos privados, incluindo os pequenos investidores (em geral, com um capital de menos de EUR 100.000), tinham uma expectativa de vida limitada e não tinham os conhecimentos profissionais detalhados disponíveis para entidades legais na esfera financeira, que entidades aceites os riscos econômicos com pleno conhecimento dos fatos. Mesmo admitindo a alegação dos recorrentes de que situações diferentes tinham sido tratadas da mesma forma foi justificado, o Tribunal constatou uma série de motivos, mostrando que o procedimento de troca não violou o seu direito à não discriminação no exercício do seu direito ao abrigo do artigo 1º do Protocolo n.º 1.

Em primeiro lugar, o Tribunal constatou que a dificuldade de localizar as pessoas em causa era um convincente argumento, como o mercado de títulos foi altamente volátil e muitos dos detentores de títulos individuais tinham compraram seus títulos no secundário em vez de no mercado primário. Procurar por todo o mercado monetário grego e internacionais teria implicado colocando as trocas em espera, excessivamente prolongando o procedimento num momento em que as necessidades financeiras do país havia se tornado urgente.

---

24 A respeito da margem nacional de apreciação, veja-se também BREMS, Eva. *The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity within Europe*. In: Forsythe, David P e McMahon, Patrice C. In *Human rights and diversity: area studies revisited*. Nebraska: University of Nebraska-Lincoln, 2003. p. 82

25 LOPES, Dulce. *A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação*. Coimbra: Coimbra, Julgar, n. 14, 2011. p. 47-75. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/03-JULGAR-Dulce-Lopes-Igualdade-e-n%C3%A3o-discrimina%C3%A7%C3%A3o-na-CE.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

Como consta da decisão, em segundo lugar, o Tribunal constatou a dificuldade de estabelecer critérios detalhados para diferenciar entre os detentores de obrigações. Por um lado, teria sido problemático para estabelecer uma distinção entre pessoas singulares e coletivas ou entre investidores profissionais e não profissionais, porque os direitos concedidos pela detenção de obrigações não podem ser tratados de forma diferente, dependendo da condição de titular. Por outro lado, seria difícil, em termos jurídicos ou mesmo em termos práticos, para delinear o *status* de pequeno investidor como exigido pelos requerentes, dado que alguns dos recorrentes, como os particulares, haviam investido somas consideráveis, muitas vezes em excesso de 100.000 euros, em os títulos em questão.

Mesmo supondo que esse montante poderia, teoricamente, ter sido tomado como um limite para estabelecer uma distinção, o Tribunal considerou que teria sido injusto excluir um indivíduo que tinha investido 100 000 euros a partir da operação, enquanto incluísse uma empresa que havia investido uma quantidade muito menor sobre o fundamento de que este último era uma entidade jurídica ou um investidor.

Em terceiro lugar, o Tribunal levou em conta o argumento do Governo sobre o risco de prejudicar toda a operação, com consequências desastrosas para a economia grega. Um simples anúncio das autoridades de que as categorias específicas de detentores de obrigações foram isentas da operação de câmbio teria resultado em uma transferência em massa de títulos para as categorias isentas, que não só teria reduzido o capital necessário para a operação de reestruturação, mas também teria provocado cortes mais drásticas no valor nominal das obrigações não isentadas. Além disso, essa transferência teria prejudicado o procedimento de troca e pode até mesmo ter levado à falência do Estado grego, que, na época, tinham sido excluídos do internacional mercados e que apenas os seus parceiros europeus tinham sido preparados para financiar, na condição de que a setor privado também participaram.

Por fim, o Tribunal levou em consideração a necessidade de manter a dinâmica do funcionamento e a dinamicidade que as questões financeiras exigem. A distinção entre os diferentes tipos investidores titulares de créditos da dívida e que eventual exclusão de parte deles a partir da operação de troca teria sido uma tarefa extremamente difícil, o que poderia ter arriscado toda a operação em termos da viabilidade da troca e da dinâmica requerida para garantir o êxito do processo de reestruturação da dívida.

Consequentemente, a Corte considerou que não houve violação ao artigo 14 da Convenção, analisada à luz do artigo 1º do Protocolo número 1 da Convenção.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do caso Mamatas buscou verificar como a deterioração da situação econômica de um país membro, com potenciais reflexos no campo da soberania econômica da União Europeia como um todo pode levar a questionamentos de violações de direitos e liberdades fundamentais, indicando o reexame da decisão tomada em sede nacional por parte da ECHR.

A possibilidade de exame pela ECHR é um elemento importante para reforçar e buscar estabilizar conflitos internos que coloquem em xeque o futuro da própria União Europeia, decorrentes da desconfiança então verificada ao endividamento público pelos cidadãos que se julgaram prejudicados pela medida levada a efeito pelo governo grego.

O cumprimento de decisão pelos cidadãos e pelos Estados é um elemento chave para o sucesso, a partir da verificação de elementos de proporcionalidade e adequabilidade que o exame da margem nacional de apreciação demonstrou fazer ao permitir o reforço da motivação para que a proteção de direitos de propriedade e não discriminação fossem percebidos a luz de interesses coletivos, no esforço de obter de forma exitosa a reestruturação da dívida grega.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2011.

ARENDT, Hannah. *apud* Lafer, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPOS, João da Motta. *Manual de Direito Comunitário*. 3. ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Ver une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Sueil, 2011.

\_\_\_\_\_. *Les force imaginantes du droit (II): Le pluralisme ordonné*. Paris: Éditions du Sueil, 2006a

\_\_\_\_\_. *The European Convention for the protection of human rights: international protection versus national restrictions*, Dordrecht: Martins Nijhof Publishers 1992.

DONNELLY, Jack. *International human rights: a regime analysis*. International Organization, 40, 3. p. 599-642. Massachusetts Institute of Technology, 1986.

FORSYTHE, David P; MCMAHON, Patrice C. *In Human rights and diversity: area studies revisited*. Nebraska: University of Nebraska-Lincoln, 2003.

GROSSMAN, Claudio. Moving Toward Improved Human Rights Enforcement in the Americas. *Human Rights*. v. 27, n. 3, p. 16, 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1365294>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

KOSKENNIEMI, Martii. *From apology to utopia*. The Structure of International legal Arguments. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, 34.

LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 194, p. 53-64, abr./jun. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 29 set. 2016.

LOPES, Dulce. *A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação*. Coimbra: Coimbra, Julgar, n. 14, 2011. p. 47-75. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/03-JULGAR-Dulce-Lopes-Igualdade-e-n%C3%A3o-discrimina%C3%A7%C3%A3o-na-CE.pdf>> Acesso em: 30 set. 2016.

SANTOS, Cecília Macdowell (org.). *A mobilização transnacional do Direito – Portugal e o Tribunal Europeu Dos Direitos Humanos*. Coimbra. Almedina, 2012.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *International law and International Relations*. Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Hague Academy of International Law. 2001.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. Brasília, Uniceub, 2013.

TEUBNER, Günther. Global Bukowina. Legal Pluralism in the World Society. In. *Teubner, Günther. Global Law without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, *Affaire Mamatas Et Autres c. Grèce*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164969>>. Acesso em: 29 set. 2016.



---

# O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTO EM FACE DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*THE FUNDAMENTAL DUTY TO PAY TAX AS THE  
IMPLEMENTATION FRAMEWORK OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

---

*Keila Morganna Gomes de Melo*

*Pós-Graduada em Direito Processual pelo Centro de Ensino Superior de Maceió –  
CESMAC e em Direito Administrativo pela Anhanguera Uniderp.  
Procuradora da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direitos fundamentais; 2 Deveres fundamentais; 2.1 Noções gerais e conceito; 2.2 Fundamento dos deveres fundamentais; 2.3 Regime constitucional dos deveres fundamentais; 3 Dever fundamental de pagar tributo – os custos dos direitos fundamentais; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo objetiva abordar os aspectos gerais dos deveres fundamentais e, em especial, a utilização do dever fundamental de pagar imposto como mecanismo de implementação dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVES:** Dever fundamental de pagar impostos – direitos fundamentais

**ABSTRACT:** This article aims to present the general aspects of the fundamental duties and, in particular, the use of the fundamental duty for payment of taxes as a way to implement the fundamental rights.

**KEYWORDS:** Fundamental duty to pay taxes – fundamental rights.

## INTRODUÇÃO

Com o fim das Grandes Guerras, a sociedade se reorganizou com o propósito de se estabelecerem em regimes constitucionais democráticos, baseados no respeito e proteção dos direitos humanos (fundamentais).

No estado brasileiro, a redemocratização ocorreu na década de 80, sendo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o marco desse novo modelo estatal, baseado na dignidade da pessoa humano, que por sua vez é o núcleo dos direitos fundamentais.

No entanto, nesse processo de redemocratização, os deveres fundamentais não receberam a mesma atenção que os direitos, mas não se pode negar a importância dos mesmos.

Desta feita, o presente trabalho tem por objetivo discorrer acerca da relação entre os direitos e os deveres fundamentais, notadamente o dever fundamental de pagar imposto. No entanto não temos a intenção de esgotar o tema.

## 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A concepção ocidental dos direitos e deveres humanos (fundamentais) está intimamente ligada à cultura grega, sendo que o ponto de partida é a figura do antropocentrismo, isto é, o homem como o centro de todo pensamento<sup>1</sup>. No entanto, cumpre lembrar que na Grécia antiga o conceito de povo, ou *demos*, era reservado para uma pequena parcela da população, sendo que apenas essa pequena parcela poderia gozar de direitos perante a *polis*. Os que estavam à margem do conceito de povo eram contemplados apenas com os deveres.

É importante não esquecer que os direitos e deveres humanos (fundamentais) não possuem um marco certo/definidor do seu nascimento. Na verdade, os mesmos foram sendo construídos ao longo da história da humanidade. No entanto, a doutrina indica que o primeiro diploma que consagrou os direitos humanos (fundamentais) foi a Magna Carta do rei João sem Terra, em 1215. Referido diploma garantiu direitos fundamentais (direito de liberdade de ir e vir, direito à propriedade privada enquanto direito individual entre outros) apenas para os cavaleiros e senhores feudais, ou seja, os homens livres da época. Mas, o termo “direitos fundamentais” só apareceu algum tempo depois, como assentado nos estudos de Geraldo Cunha e Renata Lima:

---

1 O antropocentrismo relativizou a importância do divino. Verifica-se que os deuses gregos possuem os mesmos defeitos e qualidades dos homens.

Na verdade, muitos momentos históricos foram relevantes no contexto da edificação dos direitos fundamentais. Entretanto, segundo Assagra, o termo ‘direitos fundamentais’ só veio a ser cunhado na França (*droit fondamentaux*), no ano de 1770, como marco do movimento político e cultural que resultou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução Francesa que libertou a França do jugo do poder absoluto (e divino) do rei. Segundo o citado autor, depois disto o termo alcançou especial relevância na Alemanha, sendo inserido na Constituição de Weimar, de 1919, figurando na parte que disciplina as relações entre Estado e indivíduo.<sup>2</sup>

Assim, em um primeiro momento a história destaca (final do século XVIII) a independência dos Estados Unidos (conhecida como revolução liberal americana) e a revolução Francesa como marcos da noção de direitos humanos (fundamentais)<sup>3</sup> tidos de primeira dimensão, isto é, os direitos individuais (civis) e políticos.

O final da I Guerra Mundial (século XIX) deu origem a doutrinas sociais, pois perceberam que de nada adiantaria liberdade se as pessoas não tivessem igualdade substancial. “Aqui, sim, trata-se de igualdade material, associada aos direitos de forma isonômica, e não somente deixar ao crivo das liberdades individuais.”<sup>4</sup> Nasceram, assim, os direitos sociais que relacionam os indivíduos enquanto parte da sociedade – direitos humanos (fundamentais) de segunda dimensão.

Por fim, depois da II Guerra Mundial (século XX), surgiram os direitos humanos (fundamentais) de terceira dimensão. O horror causado por essa guerra despertou o mundo para a necessidade de olhar o ser humano com compaixão, surgindo assim os direitos difusos (fraternidade ou solidariedade).

Cumprе anotar que:

[...] depois da Segunda Grande Guerra, com o novo constitucionalismo, foi que se passou a conceber a Constituição como lei fundamental composta de valores principiológicos vinculativos, surgindo, então,

2 CUNHA, Geraldo Afonso da; LIMA, Renata Mantovani de. *As funções dos deveres constitucionais fundamentais na Constituição Federal*. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=cdf8cce6a4faee95>>. p.07

3 A Constituição norte-americana não considerou os negros como destinatários dos direitos que consagrava. A igualdade civil entre brancos e negros se deu 200 anos depois da elaboração da Carta. Do outro lado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem só reconhecia como sujeitos de direitos os homens. Assim, o caráter universalizante dos institutos não conseguia ser concretizado.

4 FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. *Direitos e garantias fundamentais: já podemos falar em quarta e quinta dimensões?* Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14263&revista\\_caderno=9](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14263&revista_caderno=9)>. p.11.

novas dimensões em relação aos direitos fundamentais, que passaram a ser chamadas de dimensões ou gerações dos direitos fundamentais.<sup>5</sup>

Cumprir informar que a doutrina moderna começa a falar em direitos humanos (fundamentais) de quarta e quinta dimensões. Contudo, referida doutrina ainda é iniciante e não será abordada no presente trabalho.

Outro ponto que merece observação é o fato de que a doutrina não é unânime em relação à similitude entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos. Parte da doutrina entende que os direitos humanos possuem caráter universal, atemporal e essencial ao ser humano. Tais direitos estão previstos em Declarações e cartas internacionais. Já os direitos fundamentais referem-se aos direitos essenciais positivados em uma dada ordem constitucional. Assim, esses direitos podem não coincidir com os direitos humanos.

A outra parte da doutrina compreende os direitos fundamentais como os direitos humanos que estão reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico de um determinado Estado. Assim, todos os direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos como essenciais pela ordem constitucional<sup>6</sup>.

Merece destaque a explanação encontrada no trabalho e Cunha e Lima que afirmam que:

[...] a expressão direitos fundamentais é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No que se refere ao aspecto "fundamentais", esses direitos abarcam situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realizaria, não conviveria e, quiçá, sobreviveria. Eles são fundamentais para o homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados; é a limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem<sup>7</sup>

A expressão direitos fundamentais foi utilizada pela primeira vez no ordenamento constitucional brasileiro na Constituição da República de 1946<sup>8</sup>. No entanto, foi com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 que os direitos fundamentais receberam o merecido tratamento.

5 CUNHA; LIMA, op. cit., p.07

6 No presente trabalho adotamos a similitude entre os direitos humanos e os direitos fundamentais.

7 CUNHA; LIMA, op. cit., p.04.

8 A expressão direitos fundamentais foi utilizadas duas vezes no texto constitucional (§13, do art. 141 e art. 146)

A Constituição Brasileira de 1988 é, até o momento a que melhor acolhida faz aos Direitos Humanos em geral. Tanto em termos da quantidade e da qualidade dos direitos enumerados, como da concepção embutida no texto constitucional, a Carta de 1988 é inovadora.<sup>9</sup>

A Constituição da República de 1988 estabeleceu em seu Título II, em linhas gerais, os direitos e garantias fundamentais e os classificou em: a) direitos e deveres individuais e coletivos; b) direitos sociais; c) direitos de nacionalidade; d) direitos políticos. Afirmamos que os direitos fundamentais foram estabelecidos em linhas gerais nesse título pelo fato de que é perfeitamente possível encontrar outros dispositivos que cuidam de direitos e deveres fundamentais<sup>10</sup>.

O rol de direitos fundamentais elencados no texto da Carta Magna não impede que os mesmos sejam ampliados por reformas constitucionais. No entanto, a própria Carta de 1988 estabeleceu que os mesmos não podem ser alvo de emendas tendentes a aboli-los, vez que os direitos e garantias fundamentais são “cláusula pétrea” (art. 60, §4º, IV).

Observa-se ainda que o §2º do art. 5º da Carta Constitucional do Brasil assegura que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ou seja, o texto Constitucional reconhece a existência de direitos fundamentais implícitos.

O caput do art. 5º da Constituição de 1988 estabelece como titulares dos direitos humanos (fundamentais) todos os brasileiros e os estrangeiros residentes no país. No entanto, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, com base em uma análise sistêmica da Carta Cidadã e do princípio da universalidade (ínsito aos direitos humanos), que são titulares dos direitos e garantias fundamentais todos os que estão no território brasileiro, ainda que sem residência, sejam estrangeiros ou apátridas.

Outra característica importante dos direitos e garantias fundamentais é a sua aplicabilidade imediata, nos termos do §1º do art. 5º da Carta de 1988. Referida característica significa que as normas consagradoras de direitos fundamentais podem ser aplicadas imediatamente, sem necessidade de regulamentação para ganharem eficácia. Cumpre ressaltar que nem sempre isso ocorre de forma plena<sup>11</sup>, no entanto, sempre produzem (o mínimo) de efeitos.

9 Jayme Benvenuto Lima Júnior, apud LURCONVITE, Adriano dos Santos. *Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=artigos\\_leitura\\_pdf&%20artigo\\_id=4528](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528)>. p. 03.

10 O STF firmou entendimento de que os direitos e deveres individuais e coletivos não estão restritos no art. 5º da Constituição, podendo ser encontrados em outros dispositivos constitucionais (ADI 930-7/DF).

11 Basta lembrar-se da classificação das normas constitucionais em normas com eficácia plena, contida (restringível ou redutível) e limitada.

## 2 DEVERES FUNDAMENTAIS

### 2.1 Noções gerais e conceito

O conceito de dever recebeu, ao longo dos anos, influência da moral, especialmente da moral religiosa cristã, e da ética.

[...] Tem-se, então, certo momento histórico, uma proximidade muito grande entre o antijurídico e o pecado, ligação esta que, com o passar dos anos, em muitas sociedades, foi se tornando mais frágil até que foi desfeita, com a separação entre Estado e religião, e entre direito e moral.<sup>12</sup>

No mundo antigo, o ser humano era sujeito de direitos e ao mesmo tempo sujeito de deveres, mas esses conceitos intimamente ligados foram se separando, até que a noção do ser humano como detentor de deveres foi perdendo valor e o tema foi sendo esquecido pelos estudiosos e aplicadores do direito.

Não se pode olvidar que os horrores das Guerras Mundiais fizeram com que as sociedades, quando de suas reorganizações, se preocupassem com o reconhecimento e a concretização dos direitos fundamentais e relegassem os deveres, especialmente os deveres fundamentais, ao esquecimento. Assim, podemos dizer que esse esquecimento se deu como reflexo de um “passado dominado por deveres, ou melhor, por deveres sem direito”<sup>13</sup>.

Nos dizeres de José Casalta Nabais:

Na verdade, podemos afirmar que os deveres fundamentais constituem um assunto que não tem despertado grande entusiasmo na doutrina. Bem pelo contrario. Se tivermos em conta a doutrina europeia do segundo pós-guerra, constatamos mesmo que tanto os deveres em geral como os deveres fundamentais em particular foram objeto de um pacto de silêncio, de um verdadeiro desprezo.

Um desprezo que é visível sobretudo quando confrontado com a atenção constitucional e dogmática que, quer em termos extensivos quer em termos intensivos, tem dispensado aos direitos fundamentais.<sup>14</sup>

12 SIQUEIRA, Julio Pinheiro faro Homem. *Deveres Fundamentais e a Constituição Brasileira*. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/47/69>>. p. 02.

13 NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: <[www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadosdireitos\\_01.pdf](http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadosdireitos_01.pdf)>. p.3.

14 NABAIS, op. cit., p.2.

A doutrina aponta, além da necessidade de proteção do cidadão frente ao Estado, outros possíveis motivos para o esquecimento dos deveres fundamentais: a) a tendência natural que o ser humano tem de cobrar direitos e a resistência em reconhecer deveres; b) o entendimento de que os deveres se identificam com os próprios direitos, sendo, pois o reflexo negativo da mesma realidade.

Contudo, essa visão dos direitos dissociada dos deveres não pode perdurar, pois, no modelo da atual sociedade não há como conceber que um ser humano seja portador de direitos sem que também esteja sujeito a deveres. Esse entendimento é corroborado pela atual Constituição da República que reconhece expressamente a existência dos deveres fundamentais em seu Capítulo I do Título II.

Segundo o mestre português, “os deveres fundamentais, enquanto deveres do homem e do cidadão que determinam o lugar do indivíduo na comunidade organizada no estado (moderno), têm uma grande importância”<sup>15</sup>. Assim, podemos formular um conceito de deveres fundamentais como sendo aqueles deveres que decorrem do ser humano enquanto ser humano e enquanto membro de uma sociedade organizada.

## 2.2. Fundamento dos deveres fundamentais

A dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco à pessoa, isto é, o indivíduo vale por si mesmo. Assim, toda pessoa pode exigir que seus direitos sejam respeitados, tanto pelo Estado quanto por outros seres humanos. Nesse contexto, a dignidade não é apenas o fim último da pessoa, mas também a finalidade do Estado.

Desta feita, os estudiosos do tema reconhecem que os deveres fundamentais têm como decorrência lógica a dignidade da pessoa humana, conforme assentou Nabais:

[...] ao fundamento lógico, podemos afirmar que os deveres fundamentais são expressão da soberania fundada na dignidade da pessoa humana. Pois os deveres fundamentais são expressão da soberania do estado, mas de um estado assente na primazia da pessoa humana. O que significa que o estado, e naturalmente a soberania do povo que suporta a sua organização política, tem por base a dignidade da pessoa humana.<sup>16</sup>

Não podemos esquecer que ao lado do fundamento lógico há o jurídico. A maioria da doutrina assegura que a base jurídica dos deveres

15 NABAIS, op. cit., p.7-8.

16 Ibidem, p.06.

fundamentais reside no seu reconhecimento pela Constituição, seja explícita ou implicitamente.

Neste aspecto difere os deveres dos direitos fundamentais, pois estes decorrem da condição humana, portanto tem caráter meramente declaratório e, aqueles necessitam ser instituídos, pois sua natureza é constitutiva. Assim:

É o legislador que, considerando as necessidades verificadas em cada momento, deve estabelecer qual o grau de interferência do Estado na esfera privada do indivíduo, ou seja, o legislador deve estabelecer qual a intensidade dos deveres fundamentais.<sup>17</sup>

A nossa atual Carta adota a dignidade da pessoa humana como fundamento da República no inciso III do art. 1º, restando, pois, positivado o fundamento lógico dos direitos e deveres fundamentais.

Ao lado do reconhecimento expresso da dignidade humana soma-se uma “cláusula geral” dos deveres fundamentais constante no Capítulo I do Título II - direitos e deveres individuais e coletivos – e os deveres que decorrem implicitamente do texto constitucional como fundamento jurídico dos deveres fundamentais e, como contrapartida postulados do Estado Democrático Brasileiro.

### 2.3 Regime constitucional dos deveres fundamentais

Como dito no tópico anterior, o fundamento jurídico dos deveres fundamentais reside no seu reconhecimento pela Constituição, seja explícita ou implicitamente. Desse reconhecimento podemos inferir a existência de um regime jurídico constitucional dos deveres fundamentais.

Assim, temos que o regime jurídico constitucional dos deveres fundamentais estabelecidos pela Constituição de 1988, está umbilicalmente ligado aos direitos fundamentais<sup>18</sup>, sendo que formam o estatuto constitucional da pessoa humana que possui dois aspectos: o regime geral e a inaplicabilidade direta dos deveres fundamentais, como bem explica o mestre português:

No que ao seu regime geral diz respeito, os deveres fundamentais, não obstante a sua autonomia, a sua relativa independência face à figura ou categoria jurídica dos direitos fundamentais, participam do regime

17 PELLIN, Ronilde Langhi. *O dever fundamental de pagar tributos: uma análise do artigo 5º da Lei Complementar 105/2005*. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/7784/1/2013\\_RonildeLanghiPellin.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/7784/1/2013_RonildeLanghiPellin.pdf)>. p.8

18 Não é certo pensar os deveres fundamentais como simples reflexo negativo dos direitos fundamentais.

geral destes. Pois este é, na verdade, um regime relativo ao estatuto constitucional do indivíduo, isto é, relativo aos direitos e aos deveres.<sup>19</sup>

E o autor continua enumerando alguns princípios consagrados pelo estatuto do indivíduo:

Daí que se apliquem aos deveres fundamentais, nomeadamente, os princípios: 1) da universalidade ou da aplicação categorial, 2) da igualdade enquanto proibição do arbítrio, 3) da não discriminação em razão de critérios subjetivos ou de critérios interditos pela constituição como os que constam da lista, aliás bastante completa do art. 13º, nº 2, da Constituição portuguesa, 4) da proporcionalidade nos três aspectos conhecidos (ou seja, da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito) relativamente à sua concretização pelo legislador, 5) da aplicabilidade aos estrangeiros e apátridas, e 6) da tutela judicial.<sup>20</sup>

Em relação ao segundo aspecto, temos que, em regra, os deveres fundamentais são inaplicáveis diretamente<sup>21</sup>, isto é, para terem total eficácia necessitam que uma lei os concretize. E ensina o prof. Nabais:

Por seu lado, no que concerne à inaplicabilidade direta dos deveres fundamentais, é de salientar que, ao contrario do que ocorre em matéria de direitos, liberdades e garantias, as normas constitucionais relativas aos deveres não são directamente aplicáveis aos seus destinatários subjetivos. Desde logo porque os deveres fundamentais, por via de regra, não tem o seu conteúdo concretizado na constituição, sendo, pois deveres de concretização legal. Mas, mesmo quando a sua concretização se realiza ao nível da constituição, o legislador dispõe de uma ampla liberdade, nomeadamente para estabelecer as sanções aplicáveis no caso da sua não observância.<sup>22</sup>

Com base nesse aspecto, Nabais<sup>23</sup> faz referência à ligação entre os deveres fundamentais e os direitos sociais, mas ao mesmo tempo relembra que também há componentes de diferenciação, pois estes são imposições

---

19 NABAIS, op. cit., p.09.

20 NABAIS, op. cit., p.09.

21 Segundo a doutrina, alguns deveres têm aplicabilidade direta na Constituição, podemos citar como exemplo o dever fundamental de educação dos pais em relação aos seus filhos (art. 205 da CR/1988).

22 Ibidem, p.09.

23 Ibidem, p.10.

legislativas enquanto os deveres são uma habilitação ao legislador para desenvolvê-los, bem como para estabelecer sanções para o não cumprimento dos mesmos. Assim, as normas de deveres fundamentais têm como principal destinatário o legislador ordinário.

### **3 DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTO – OS CUSTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A dignidade da pessoa humana – de onde deriva todos os direitos humanos – e os deveres fundamentais são postulados de um Estado Democrático, como dito anteriormente. Assim, os deveres fundamentais servem de mecanismo viabilizante da existência e funcionamento de uma sociedade organizada.

Nesse contexto, temos que os deveres fundamentais correspondem aos custos lato sensu que o Estado e os indivíduos têm por viverem em sociedade, como bem observa Nabais:

Pois bem, num estado de direito democrático, como são ou pretendem ser presentemente os estados actuais, podemos dizer que encontramos basicamente três tipos de custos lato sensu que o suportam. Efectivamente aí encontramos custos ligados à própria existência e sobrevivência do estado, que se apresentam materializados no dever de defesa da pátria, integre este ou não um específico dever de defesa militar. Aí encontramos custos ligados ao funcionamento democrático do estado, que estão consubstanciados nos deveres de votar, seja de votar na eleição de representantes, seja de votar directamente questões submetidas a referendo. E aí encontramos, enfim, custos em sentido estrito ou custos financeiros públicos concretizados portanto no dever de pagar impostos.<sup>24</sup>

No entanto, neste trabalho estamos tratando apenas de uma das modalidades de custos - os custos estritos sensu - traduzidos no dever de pagar impostos.

Temos que os direitos dependem de uma prestação estatal, que, por sua vez depende do cumprimento por parte do indivíduo do dever fundamental de pagar impostos, vez que a concretização dos direitos fundamentais custa dinheiro, em maior ou menor intensidade.

Novamente utilizaremos os ensinamentos do mestre português:

---

24 NABAIS, op. cit., p.11.

Em uma primeira verificação, que devemos desde já assinalar a tal respeito, é esta: os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem fruto da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos.<sup>25</sup>

Em que pese à maioria da doutrina correlacionar o custo financeiro público dos direitos fundamentais apenas aos direitos sociais, a verdade é que todos os direitos fundamentais geram um custo para o Estado implementá-lo e, por consequência, um dever para todos os indivíduos, na medida da possibilidade de cada um.

Nesse sentido Nabais escreveu:

Não tem, por isso, o menor suporte a ideia, assente numa ficção de pendor libertário ou anarquista, de que a realização e proteção dos assim chamados direitos negativos, polarizados no direito de propriedade e na liberdade contratual, teriam apenas custos privados, sendo assim imunes a custos comunitários. Ou, dito de outro modo, não tem a menor base real a separação tradicional entre, de um lado, os direitos negativos, que seriam alheios a custos comunitários e, de outro lado, os direitos positivos, que desencadeariam sobretudo custos comunitários. Pois, do ponto de vista do seu suporte financeiro, bem podemos dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua proteção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros.<sup>26</sup>

Portanto, todos os direitos têm custo financeiro público, sendo que a diferenciação se dá no grau e na forma (direta ou indireta) em que se dará esse custeio.

Nos direitos de primeira dimensão o custeio se dá de forma indireta, isto é, em despesas com os serviços públicos ligados a proteção e realização material desses direitos. Podemos utilizar como exemplo o clássico direito de liberdade que para ser garantido tem um custo público indireto, pois para assegurá-lo se faz necessário criar e manter órgãos de segurança

---

<sup>25</sup> NABAIS, op. cit., p.11-12.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p.12.

pública, bem como garantir, caso o direito de liberdade seja violado, o acesso a jurisdição através da Defensoria Pública.

Os direitos sociais, também conhecidos como direitos prestacionais, têm por finalidade a redução das desigualdades sociais, estando, pois, vinculados a ideia de (re)distribuição de recursos, bem como à criação de bens essenciais, a exemplo dos programas sócias de moradia, os serviços de saúde para quem não possa pagar. Com efeito, nota-se claramente que os direitos sociais têm um custo financeiro público direto.

Assim, mesmo não havendo dispositivo expresso acerca do dever fundamental de pagar imposto depreende-se da Constituição da República de 1988 que o mesmo existe em nosso ordenamento jurídico.

Deve-se ter em mente que o Estado Democrático de Direito (art. 1º, CR) não está simplesmente pautado no “império da lei” (Estado de Direito<sup>27</sup>), mas almeja superar o Estado de Direito, garantindo não somente a liberdade individual (com a proteção aos direitos de propriedade), como também o respeito por todos os direitos e garantias fundamentais, baseadas no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Nesse novo modelo não se verifica a tributação, simplesmente, como a clássica relação de poder entre o Estado e os indivíduos, mas uma relação baseada no estatuto constitucional do indivíduo, com a necessidade de concretização dos direitos fundamentais previsto no ordenamento jurídico e com os deveres fundamentais a serem prestados pelos cidadãos.

Assim:

Podemos perceber, então, que o dever fundamental de pagar imposto é o modo de se efetivar os direitos previstos na Carta Constitucional, sejam tais direitos de cunho prestacionais ou não, pois, apesar de existirem importantes vozes na doutrina no sentido de reconhecer explicitamente a incidência de tal dever aos direitos prestacionais, certo é que todos possuam um custo a ser arcado, não importando se maior ou menor a depender da geração de cada direito. O pagamento de impostos é atribuído a todos os sujeitos que possuam capacidade contributiva para arcar com esse o dever, possibilitando a realização dos deveres do estado em benefício de todos.

Disso tudo, pode-se concluir que a tributação não constitui um fim em si mesmo, ou seja, não é a razão de ser do próprio estado que ele exista

---

27 O Estado de Direito nasceu do ideário do liberalismo, tendo a liberdade individual seu valor fundamental, substituindo, assim, o império do rei (Estado Absolutista) pelo império das leis. Algumas das principais características do Estado de Direito reside no fato de que as leis são criadas pelo próprio Estado e que este também se submete às leis que criou, assim, no Estado de Direito, o poder estatal é limitado pela lei, sendo os abusos controlados através do acesso de todos ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF).

simplesmente para tributar seus indivíduos. Pelo contrário, o que se percebe é que a tributação é um meio existente, dentre outros, para que o estado preste aos indivíduos aqueles direitos que lhes foram outorgados pela Constituição. Importa deixar claro que, num estado fiscal, malgrado existam outros meios idôneos para angariar recursos para os cofres públicos, não resta dúvida que a tributação é principal delas.<sup>28</sup>

#### 4 CONCLUSÃO

De todo o recorrido, conclui-se que a ideia de direitos humanos (fundamentais), bem como a sua concretização, vem evoluindo ao longo da História da humanidade e tem sua origem marcada pelas lutas do povo para conter o poder estatal.

Na contramão dessa evolução, encontramos os deveres fundamentais, que foram se “perdendo” ao longo do tempo. No entanto, a ideia de direitos fundamentais não pode ser dissociada da ideia de deveres fundamentais, especialmente em um Estado Democrático de Direito, que tem como postulado a dignidade da pessoa humana, de onde germina todos os direitos fundamentais, e há o compromisso para concretização desse valor.

A dignidade da pessoa humana também é fundamento lógico dos deveres fundamentais, sendo certo que o suporte jurídico reside na sua consagração constitucional, expressa ou implicitamente.

Assim, os direitos e os deveres fundamentais fazem parte do estatuto constitucional do indivíduo, sendo certo que os deveres fundamentais possuem um regime jurídico constitucional ligado aos dos direitos fundamentais e que tem por finalidade implementar referidos direitos.

Com efeito, a implementação e preservação dos direitos fundamentais tem um custo por parte do estado e, portanto, há a necessidade de o indivíduo dar uma contrapartida, na medida de sua capacidade financeira, para a realização material desses direitos.

Desta feita, percebe-se facilmente que um dos deveres fundamentais implícitos na nossa ordem constitucional é o dever fundamental de pagar imposto, que corresponde ao custo estrito *sensu* dos direitos fundamentais ou custos financeiros públicos.

---

<sup>28</sup> LEAL, Marcello. *O Dever fundamental de pagar impostos como corolário do dever de solidariedade*. Disponível em: <<http://marcelloleal.jusbrasil.com.br/artigos/111748489/o-dever-fundamental-de-pagar-imposto-como-corolario-do-dever-de-solidariedade>>. p. 17.

**REFERÊNCIAS**

BELEM, Bruno Moraes faria Monteiro. *O custo financeiro dos direitos sociais e os gastos com saúde*. Disponível na internet:<<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/viewFile/182/163> > Acesso em: 23 jul. 2016.

CUNHA, Geraldo Afonso da; LIMA, Renata Mantovani de. *As funções dos deveres constitucionais fundamentais na Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=odf8cceba4faee95>> Acesso em: 02 set. 2016.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. *Direitos e garantias fundamentais: já podemos falar em quarta e quinta dimensões?* Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigosleitura&artigo\\_id=14263&revista\\_caderno=9](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigosleitura&artigo_id=14263&revista_caderno=9)> Acesso em: 02 set. 2016.

GRADVOHL, Michel André Bezerra Lima. Deveres fundamentais: conceito, estrutura e regime. Disponível na internet:<http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/202-revista-controle-volume-vii-n-2-dezembro-de-2009/984-artigo-13-deveres-fundamentais-conceito-estrutira-e-regime?Itemid=o> > Acesso em: 12 de setembro de 2016.

GOUVEIA, Homero Chiara. Breves considerações filosóficas sobre a idéia de deveres fundamentais no pensamento jurídico ocidental. Disponível na internet:<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2878/2090> > Acesso em: 10 de setembro de 2016.

LEAL, Marcello. *O Dever fundamental de pagar impostos como corolário do dever de solidariedade*. Disponível em:<<http://marcelloleal.jusbrasil.com.br/artigos/111748489/o-dever-fundamental-de-pagar-imposto-como-corolario-do-dever-de-solidariedade>> Acesso em: 30 jul. 2016.

LURCONVITE, Adriano dos Santos. *Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição*. Disponível em:< [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=artigos\\_leitura\\_pdf&%20artigo\\_id=4528](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528)> Acesso em: 25 de agosto de 2016.

MOTTA, Marianna Martini. *Do poder de tributar ao dever fundamental de pagar imposto: a via da efetivação dos direitos sociais*. Disponível em: ,[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2252](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2252)>. Acesso em: 27 de julho de 2016.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadosdireitos\\_01.pdf](http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadosdireitos_01.pdf)> Acesso em: 21 jul. 2016.

PELLIN, Ronilde Langhi. *O dever fundamental de pagar tributos: uma análise do artigo 5º da Lei Complementar 105/2005*. Disponível em:<[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/7784/1/2013\\_RonildeLanghiPellin.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/7784/1/2013_RonildeLanghiPellin.pdf)> Acesso em: 30 ago. 2016

SIQUEIRA, Julio Pinheiro faro Homem. *Deveres Fundamentais e a Constituição Brasileira*. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/47/69>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

---

# JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE COMPARADA DOS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

---

*CONSTITUTIONAL JURISDICTION AS GARANTY TO  
PROTECT FUNDAMENTAL RIGHTS: A COMPARATIVE  
ANALYSIS ABOUT THE CONSTITUTIONAL REVIEW  
SYSTEMS*

*Lia Beatriz Carvalho Bertolini  
Procuradora Federal*

*Em exercício na Procuradoria Seccional Federal em Cascavel-PR  
Especialista em Direito Público e em Direito Processual Civil*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Evolução do constitucionalismo; 2 Supremacia constitucional; 3 Controle de constitucionalidade; 3.1 Modelo difuso de controle; 3.2 Modelo concentrado e Cortes Constitucionais; 3.3 Modelo de controle construído no Brasil; 4 Jurisdição constitucional; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente estudo propõe uma análise histórica da evolução do constitucionalismo para compreensão da supremacia da Constituição como pressuposto para criação dos modelos de controle de constitucionalidade. Em relação aos modelos, o artigo realiza breve exame do surgimento do modelo difuso e do modelo concentrado de controle, e do contexto histórico que diferencia os dois sistemas de controle. Ainda, o artigo avalia o modelo híbrido construído no Brasil, seus pressupostos e aplicação. Por fim, o trabalho propõe uma análise crítica da jurisdição constitucional como mecanismo de garantia da democracia e meio de consecução dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo. Supremacia constitucional. Sistemas de controle de constitucionalidade. Cortes Constitucionais. Jurisdição constitucional.

**ABSTRACT:** This study proposes an analysis about the historical evolution of constitutionalism, in order to understand the Constitutional supremacy as a condition to the emergence of the constitutional review systems. About these models, the article carry out a brief overview of the appearance of the spread and the centralized systems of control, with the historical background that differs them. Still, the article evaluates the model constructed in Brazil, its postulates and operation. Finally, this work proposes a critical analysis about the constitutional jurisdiction as a mechanism to improve assurance for the democracy and the fundamental rights.

**KEYWORDS:** Constitutionalism. Constitutional Supremacy. Constitutional Review Systems. Constitutional Courts. Constitutional jurisdiction.

## INTRODUÇÃO

Para um ser humano que espera viver pouco menos de uma centena de anos e se depara com a história registrada pela humanidade de alguns milênios, não é de estranhar a característica curiosa que tem os acontecimentos históricos, de ganhar mais clareza e novos contornos quanto mais antigos se tornam.

O Brasil vive hoje um desses momentos históricos em que talvez só o tempo seja capaz de expor os erros e acertos daqueles que técnica ou politicamente tem o poder – e o exercem – para manter ou alterar o domínio de determinados grupos políticos no país. Nos últimos acontecimentos incluem-se o *impeachment* da presidente da República, a cassação do presidente da Câmara dos Deputados Federal, além de diversos processos e operações policiais voltados a desvendar esquemas de corrupção que obrigam o Poder Judiciário a exercer medidas de controle sobre diversos setores da sociedade, mas especialmente sobre os demais poderes que compõem o Estado, o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Desses fatos, retiram-se algumas constatações acerca dos polos de poder existentes no Brasil hoje: um Poder Legislativo forte e claramente consciente de suas atribuições de controle e fiscalização, uma mídia ciente de seu poder de construir e desconstruir imagens e opiniões, e um Poder Judiciário muito ativo e, em certa medida, protagonista no desenrolar dos eventos.

No cenário mundial, a crise vivenciada atualmente vai além de problemas políticos e econômicos, como a saída do Reino Unido da União Europeia, e atinge ainda mais diretamente o ser humano, como aconteceu com os atentados terroristas sofridos em várias partes do ocidente e com os fluxos migratórios de populações em zonas de conflito para Europa, que desafiam nosso direito, de raiz romano-germânica ocidental, a encontrar caminhos e soluções para garantir a proteção dos direitos humanos. Na mesma vertente, o mundo globalizado e de informações imediatas como o que se apresenta, inclui debates multiculturais e religiosos, especialmente considerando o avanço da população muçulmana, impondo ao direito repensar o caráter hegemônico de institutos como a democracia e a liberdade de expressão, entre outros que garantem o exercício dos direitos fundamentais como compreendidos pela sociedade ocidental em geral.

Nesse contexto, se por um lado apenas o passar do tempo poderá revelar os erros e acertos dos grupos que dividem esse momento histórico, de outra banda é nosso dever, como juristas, analisar tecnicamente esses acontecimentos.

É nesse tom que cabe a advertência realizada pelo professor San Tiago DANTAS, em sua aula inaugural da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, em 1955: “[...] nada falseia mais o espírito jurídico [...] que

a convicção [...] de que a vida social deve ajustar-se aos conhecimentos jurídicos, em vez de se adequarem estes àquela.”<sup>1</sup>

É com essa perspectiva histórica que o presente estudo intende analisar a importância do Direito Constitucional e do sistema de controle de constitucionalidade para a consecução dos direitos fundamentais. Compreender o Estado constitucional contemporâneo e como este é marcado pela amplitude da jurisdição constitucional, pela judicialização de questões sociais, morais e políticas, que atribui ao Poder Judiciário um papel central e, muitas vezes, hegemônico na solução de questões afetas a toda população, é fundamental.

Para tanto, a evolução do Estado e sua constitucionalização serão analisadas a partir da importância da supremacia da constituição na democracia, da análise comparada dos sistemas de controle de constitucionalidade, em especial os modelos americanos e europeu continental, que inspiraram o sistema brasileiro, e da importância desse controle na consecução dos direitos fundamentais.

## 1 EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

Para compreender como a supremacia da Constituição se apresenta nos sistemas jurídicos contemporâneos como pressuposto para a concretização dos direitos fundamentais e como interfere no modelo de controle de constitucionalidade adotado, é necessário abordar a evolução histórica do que hoje se compreende por constitucionalismo.

E porque o direito é criação do homem, ser fundamentalmente histórico, produto do desenrolar de eventos que resultam na era que vivencia, a análise jurídica do Estado a partir da Constituição e do sistemas e mecanismos criados para consecução dos direitos fundamentais passa, necessariamente, pela compreensão da história que resultou no paradigma<sup>2</sup> atual.

Não é por outro motivo que o professor Ricardo Marcelo FONSECA explica que:

O direito, como tudo e todos, está inserido no tempo. Como ocorre no âmbito social, cada elemento do âmbito jurídico está imerso em condições que não podem se desprender de sua história. Só se compreende o direito de modo efetivo quando se lhe conecta com o que nos antecedeu e com o que herdamos do passado. Nada, afinal,

1 DANTAS, San Tiago. *Palavras de um professor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

2 Paradigma no sentido cunhado por Thomas Kuhn, como conjunto de ideias que norteiam uma determinada comunidade científica naquele espaço de tempo. (KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*, 3. ed. São Paulo, Perspectiva, 1992)

tem sua existência destacada das condições históricas que produzem nosso presente.<sup>3</sup>

Da antiguidade clássica ao Estado moderno, o termo “constituição” no sentido de configuração do poder, de organização e funcionamento das sociedades políticas, sempre esteve presente. Entretanto, é com as revoluções liberais, ocorridas há pouco mais de duzentos anos, com destaque para os processos revolucionários francês e americano, que o constitucionalismo ganha o sentido moderno conhecido, com forma e conteúdo específicos. Mais que um caráter descritivo das instituições do Estado, na perspectiva moderna e liberal a Constituição passa a ter a função de influenciar todo o ordenamento jurídico.<sup>4</sup>

Essa modificação paradigmática é sintetizada pelo professor Luís Roberto BARROSO do seguinte modo:

Sedimentado o caráter normativo das normas constitucionais, o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Esse fenômeno tem sido designado como *constitucionalização do Direito*, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, o administrativo, o penal e o processual.<sup>5</sup>

Com isso, a superioridade da Constituição subordina os poderes por ela constituídos e é garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. Outrossim, a Constituição, ao prever uma gama de direitos fundamentais autoaplicáveis, também absorve valores morais e políticos da sociedade da qual exsurge, cujo poder, derivado do povo, é manifestado pela atuação ordinária de seus representantes. Esse movimento histórico, que envolve também uma tensão entre constitucionalismo e democracia, tendo em vista o poder atribuído à jurisdição constitucional,

3 FONSECA, Ricardo Marcelo. Apresentação da biblioteca de história do direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 05.

4 Nessa linha, BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

5 *Ibidem*, p. 110-111.

a quem cabe a última palavra na interpretação da Constituição, em contraponto ao poder eleito pelas maiorias democráticas, é denominado neoconstitucionalismo.<sup>6</sup>

Com esse enfoque histórico do constitucionalismo é possível compreender em que medida a supremacia da constituição é pressuposto para a realização do controle de constitucionalidade.

## 2 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição representa a construção da relação entre Estado e sociedade. Essencialmente marcada pelo momento político-sócio-econômico pelo qual perpassa o Estado na qual é gerada, a Constituição traduz os princípios mais caros a um dado grupo social, a partir da regulamentação do exercício do poder e das diretrizes a serem adotadas pelo Estado, de modo a garantir a coexistência de interesses plurais.<sup>7</sup>

A ideia de supremacia constitucional impõe que todo o sistema jurídico seja interpretado e aplicado à luz da Constituição, na linha do constitucionalismo explicado no tópico anterior. Para garantir essa supremacia, todo ato – seja ele jurisdicional, administrativo ou legislativo – passa por uma fiscalização da constitucionalidade, a fim de avaliar se a interpretação/aplicação do direito nele contido respeita a lei fundamental. Isso porque “o acto constituinte [...] pretende também, e a título principal, comandar e condicionar o futuro e designadamente a produção jurídica futura”<sup>8</sup>, de modo que os atos posteriores à Constituição passam pelo crivo constitucional para serem considerados existentes e válidos no sistema jurídico.

O professor Giovanni GUZZETTA, ao tratar da constitucionalização do direito europeu, explica que o sentido substancial da Constituição determina o campo de ação e os limites do direito constituído, de modo que as transformações e alterações do sistema devem respeitar essa baliza, sob pena de modificar a própria essência da norma constitucional.<sup>9</sup> Nessa linha, esclarece o professor:

---

6 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

7 Conceito de Constituição criado por HESSE a partir da integração de diversas teorias. Para o autor, a Constituição resume-se na ordem jurídica fundamental de uma dada comunidade, que a partir de mecanismos de resolução e regulação de conflitos permite a convivência de diferentes opiniões e interesses numa mesma sociedade. (HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*, p. 4. Apud BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. Op. cit., p. 64-65)

8 GALVÃO TELES, Miguel. *Temporalidade jurídica e constituição. 20 anos da Constituição de 1976*. Disponível em: <<http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/335.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2016. p. 45.

9 GUZZETTA, Giovanni. *La contaminazione costituzionale del diritto europeo: interrogativi su un ordinamento in divenire*. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 47-48.

Posta questa premessa, la Costituzione rappresenta il confine sul quale la sovranità, manifestatasi attraverso il potere costituente, separa, per così dire, ciò che è assoluto da ciò che è, ormai, costituito. La Costituzione, in quest'ottica, esprime il precipitato storico della sovranità, il compimento di una scelta che dà vita ad una specifica legalità costituzionale.<sup>10</sup>

Assim, “a garantia da constitucionalidade [...] afere-se perante cada comportamento de órgãos do poder político ou, mediamente, perante cada relação ou situação da vida subordinada à Constituição; e significa que nesta relação ou situação prevalece a norma constitucional que sobre ela incide...”<sup>11</sup> É nessa linha que o controle de constitucionalidade surge como meio de garantir a própria supremacia da Constituição.

CANOTILHO explica que a garantia da constitucionalidade é exigência para que a própria Constituição – e, assim, o Estado constitucional democrático – exista como tal, e que para tanto devem ser utilizadas estruturas de garantia e *controle*, nos seguintes termos:

A defesa da constituição pressupõe a existência de *garantias* da constituição, isto é, meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental. [...] Globalmente consideradas, as garantias de existência da constituição consistem: (1) na vinculação de todos os poderes públicos (designadamente do legislativo, executivo e judicial) à constituição; (2) na existência de competências de *controle*, políticas e jurisdicionais, do cumprimento da constituição.<sup>12</sup>

O controle de constitucionalidade pode ser realizado por órgão de natureza política ou judicial, em momento prévio (controle preventivo, que tem como exemplos a análise das comissões de constituição e justiça nas casas legislativas, e ainda o veto ou a aprovação do projeto pelo Poder Executivo) ao da publicação da lei ou em momento posterior (controle repressivo, via de regra desempenhado pelo Poder Judiciário).

Esclarecidos esses pressupostos, é possível compreender como foi construído o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade judicial repressivo.

10 GUZZETTA, G. Op. cit., p. 47.

11 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 495.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 953-954.

### 3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Com base nas premissas acerca do contexto histórico do constitucionalismo e da supremacia constitucional, é possível dissecar o tema do controle de constitucionalidade e do sistema construído no direito brasileiro, para então compreender qual o papel da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito.

“Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle.”<sup>13</sup> Ainda que aparentemente divergentes, as duas sistemáticas de controle deram, ainda, origem a modelos mistos, com a combinação de elementos dos dois sistemas, tais como o controle adotado no Brasil e em Portugal.

#### 3.1 MODELO DIFUSO DE CONTROLE

As origens históricas do controle de constitucionalidade remontam ao direito norte americano, antes ainda do célebre julgamento do processo *Marbury v. Madison*, como uma prática da colônia iniciada previamente à independência e à Constituição de 1789, para avaliar a aplicação da lei da colônia em comparação com o direito inglês. Essa prática de controle continuou após a independência dos Estados Unidos e, apesar de bastante disseminado esse modo de trabalhar o direito pelos juízes e tribunais naquele país, foi apenas no caso *Marbury v. Madison* que, em 1803, pela primeira vez, a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação de leis que considerasse inconstitucionais.<sup>14</sup>

Naquele feito, o juiz John Marshall construiu seu julgamento em três grandes premissas: a supremacia da Constituição em relação às demais normas do sistema jurídico; a nulidade da lei que contrarie a Constituição; e, por fim e de modo mais controverso, que é atribuição do Poder Judiciário interpretar a Constituição e dizer ao final o direito e o sentido das leis. Essa análise é sintetizada de modo claro pelo Professor Luís Roberto BARROSO:

<sup>13</sup> BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. Op. cit., p. 1060-1061.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 25-26.

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham.<sup>15</sup>

É nessa linha que surge o controle difuso de constitucionalidade, que “[...] assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.”<sup>16</sup>

Importante ressaltar que a decisão do Judiciário no controle difuso de constitucionalidade declara nula a lei que não está em acordo com a Constituição. A doutrina norte americana tradicionalmente afirma que a expressão “lei inconstitucional” configura contradição, eis que *the unconstitutional statute is not law at all* e, apesar desse entendimento estar sendo mitigado recentemente, a regra nos Estados Unidos é que a declaração de inconstitucionalidade retroage.<sup>17</sup>

### 3.2 MODELO CONCENTRADO E CORTES CONSTITUCIONAIS

O controle concentrado de constitucionalidade, também denominado modelo europeu, teve como origem os estudos de Hans Kelsen, que com os trabalhos desenvolvidos e seu projeto da Constituição da Áustria de 1920, elaborou um novo modelo de justiça constitucional, em oposição ao modelo estadunidense.

É importante ressaltar que aspectos históricos da evolução do direito na Europa fizeram com que o modelo norte americano de controle se tornasse incompatível com o sistema jurídico dos países do velho continente. Note-se que a Europa, historicamente marcada pelas revoluções e guerras, com destaque para a Revolução Francesa de 1789, tem no surgimento do Estado moderno a lei como possibilidade de limitação do poder real. A lei surge na Europa como a vontade do povo traduzida pelo parlamento e é sacralizada, de modo a fundir os conceitos de legalidade e legitimidade. Assim, não se confia aos juízes ordinários o poder ou a capacidade de questionar a lei, o que dificulta a adoção do modelo de

15 BARROSO, op. cit., p. 30.

16 BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. op. cit., p. 1062.

17 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99*. Texto básico da palestra proferida durante o I Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União – 5ª Região, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal, em Fortaleza, 20 de novembro de 2000. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/892451](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/892451)> Acesso em 28 set.2016.

controle de constitucionalidade difuso, tendo em vista que o princípio que norteia aquele modelo é o de que a Constituição, rígida e clara, é que norteia todo o sistema jurídico. “Nos Estados Unidos a Constituição é sagrada; na Europa é lei que é sagrada.”<sup>18</sup>

Nessa linha, Louis FAVOREU explica que:

No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz.

O modelo europeu é muito diferente. O contencioso constitucional, que distinguimos do contencioso ordinário, é da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada.<sup>19</sup>

Em virtude desses motivos históricos e de modo a preservar a vontade estabelecida pelo parlamento tanto quanto possível, os países europeus adotam, via de regra, o modelo kelseniano de controle.

Esse modelo tem seu apogeu após a Segunda Guerra Mundial, especialmente porque a construção de Hans Kelsen, exposta em seu estudo de 1928 e na tese de seu discípulo, Charles Eisenmann, demonstrou que a instituição de um Tribunal Constitucional, encarregado principalmente de controlar a constitucionalidade das leis, mantinha incólume a teoria da separação dos poderes. Para tanto, Kelsen expôs que a Constituição deve ser a norma fundamental, da qual decorrem as demais, servindo de pano de fundo para análise da possibilidade de anulação dos atos que lhe são contrários, atividade esta jamais confiada ao próprio órgão que criou ou realizou o referido ato.<sup>20</sup> Por outro lado, a necessidade de uma revisão

18 FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: LAndy, 2004. p. 20.

19 FAVOREU, L. Op. cit., p. 17-18.

20 *Ibidem*, p1 23.

constitucional dos atos do governo e do Legislativo impôs-se como uma necessidade para proteção dos direitos fundamentais em oposição ao absolutismo experimentado na 2ª Guerra Mundial.

Com base nesses pressupostos e para o fim de realizar o controle de constitucionalidade nessa modalidade, foram criadas as Cortes Constitucionais na Europa. Note-se que as Cortes europeias foram implantadas nos Estados dotados de regime parlamentarista (Alemanha, Itália, Espanha, Bélgica) ou semi-parlamentarista (França, Áustria, Portugal) e possuem características comuns, tais como a existência de um ordenamento constitucional no país, o monopólio do contencioso constitucional e a indicação de juízes não magistrados pelas autoridades políticas. Todas essas características afetas às Cortes Constitucionais permitem um afastamento saudável das demais esferas de poder do Estado e garantem que o funcionamento da Corte ocorra sem interferência do governo ou do legislador, de modo a permitir uma efetiva jurisdição constitucional.<sup>21</sup>

É importante ressaltar, entretanto, que apesar desse distanciamento das demais esferas do poder, é clara a existência de um norte político na atuação da Corte Constitucional, até mesmo em razão da indicação dos membros da Corte por autoridades do governo, do parlamento e do Judiciário. Essa escolha política é mais evidente em alguns países, como na França, em que o Parlamento exerce o poder de modo presente e intenso, e na Espanha, e menos evidente na Alemanha<sup>22</sup>, por exemplo, mas está sempre presente.

A explicação do professor Menelick de CARVALHO NETTO esclarece esse aspecto do controle concentrado:

É precisamente nesse quadro, de profunda aversão à idéia de atribuir qualquer tipo de controle ao Judiciário, em que a leitura do princípio da separação do poder se faz, sobretudo, contra essa possível intervenção do Judiciário na atividade legislativa, que Kelsen vai afirmar a necessidade de criar um tribunal próprio e especializado e continuar a negar ao resto do Judiciário a possibilidade de fazer incursões nessa seara. Ao fazer isso, ele entra no fundamento da questão da lei. Para Kelsen, todo ordenamento é uma pirâmide de autorizações e, como neopositivista que é, a questão da verdade é uma questão de pressupostos iniciais

21 FAVOREU, op. cit., p. 27-29.

22 O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Bundesverfassungsgericht, está estabelecido em Karlsruhe, cidade de caráter neutro, escolhida por não ser tradicionalmente polo político de exercício de poder no país, e seu edifício ergue-se sobre pilares, sem tocar diretamente o solo alemão, numa atitude simbólica de afastamento e independência do governo.

e assumidos como tais. Esse Kelsen da teoria pura, da pirâmide de normas, vai colocar claramente essa idéia de que o controle norte-americano se fundava em interesses privados, ao passo que o interesse público ficaria descoberto.<sup>23</sup>

A análise dos temas pelas Cortes Constitucionais é sempre provocado e pode ocorrer de modo abstrato acerca da constitucionalidade de leis, normalmente a partir de processo instaurado pelo governo federal ou estadual ou pelo parlamento, ou de modo concreto, quando um juiz ordinário se depara com uma questão constitucional importante para a solução de um caso concreto e não consegue, a partir do sistema jurídico vigente, solucionar a questão, de modo que encaminha para análise da Corte Constitucional. Algumas Cortes preveem ainda a possibilidade de um pedido individual de controle, destinado à defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando desrespeitados por atos dos poderes públicos, como a queixa constitucional alemã (*verfassungsbeschwerde*) ou o recurso de amparo previsto pelo Tribunal Constitucional da Espanha.

Neste ponto, mister expor que até o resultado dos atos de controle judicial repressivo de constitucionalidade nos dois modelos é diverso. No sistema concentrado, a lei inconstitucional é anulada pela Corte, enquanto no sistema difuso, ela é nula por ser contrária à Constituição. A construção de Hans Kelsen leva à conclusão de que, no controle concentrado, não haveria uma questão de nulidade, como ocorre no controle difuso conforme o modelo estadunidense, mas de “[...] anulabilidade, porque o intérprete da Constituição, autorizado por ela, é o Legislativo, no momento da elaboração das leis, e que depois passaria a ser a Corte Constitucional, aí sim ela constituiria a anulabilidade, ao passo que, para o norte-americano, essa era uma noção sem sentido.”<sup>24</sup>

### 3.3 MODELO DE CONTROLE CONSTRUÍDO NO BRASIL

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade resulta de uma miscelânea dos dois modelos expostos, que combina elementos do regime norte americano, que deu origem ao controle difuso, com o regime adotado pela Europa continental, marcado pelo controle concentrado exercido pelas Cortes Constitucionais.

23 CARVALHO NETTO, Menelick. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 231-232.

24 CARVALHO NETTO, M. op. cit., p. 232.

É interessante observar que, apesar do caráter misto do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a tradição no Brasil é de controle difuso, como bem explica o professor Luís Roberto BARROSO:

Ausente no regime da Constituição imperial de 1824, o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil com a República, tendo recebido previsão expressa na Constituição de 1891 (arts. 59 e 60). [...] O modelo adotado foi o americano, sendo a fiscalização exercida de modo incidental e difuso. Com alterações de pequena monta, a fórmula permaneceu substancialmente a mesma ao longo de toda a República, chegando à Constituição de 1988.<sup>25</sup>

E prossegue o professor sobre o modo como o direito brasileiro assimilou a sistemática do controle concentrado:

O controle de constitucionalidade só viria a sofrer inovação radical com a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, na vigência ainda da Constituição de 1946, mas já sob o regime militar. Por seu intermédio instituiu-se a então denominada ação *genérica* de inconstitucionalidade, prevista no art. 101, I, *k*, da Carta reformada. Passava o Supremo Tribunal Federal a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Introduzia-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal.<sup>26</sup>

Assim, o controle judicial de constitucionalidade no sistema brasileiro pode ser difuso ou concentrado. Inicialmente, é necessário esclarecer que, independente da modalidade utilizada, no sistema jurídico brasileiro é outorgada ao Supremo Tribunal Federal a revisão, em última instância, da constitucionalidade de uma dada norma<sup>27</sup>. Ao Supremo Tribunal Federal é conferida a missão de interpretar as normas constitucionais e de garantir sua aplicação adequada, de modo a assegurar a democracia no Estado brasileiro,

25 BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 85.

26 BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 86.

27 É como explica Gilmar Ferreira MENDES, que acrescenta que a Constituição Federal de 1988 veio a ampliar significativamente a competência do Supremo Tribunal Federal, especialmente com relação ao controle abstrato de normas e ao controle de omissão do legislador (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40-41).

salvaguardando os princípios do Estado e as garantias fundamentais da pessoa humana.<sup>28</sup>

Feita essa ressalva, é possível apreender que, na modalidade concentrada, o controle é exercido apenas por um único órgão, no caso o Supremo Tribunal Federal. É a este Tribunal que compete, no sistema brasileiro, tratar da constitucionalidade de norma, seja em abstrato (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental), seja em um caso concreto, como última instância recursal.

Já na modalidade difusa, o controle de constitucionalidade é imposto a todos os órgãos do Poder Judiciário. Assim, no controle difuso todo e qualquer juiz ou tribunal tem o poder-dever (*múnus*) de reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma e, em consequência, não aplicá-la ao caso concreto. “O controle difuso baseia-se na ideia de que o juiz, por ser um intérprete da lei, tem o dever de recusar aplicação à lei que estiver em desconformidade com a Constituição. [...] ainda que a questão constitucional não tenha sido invocada pela parte.”<sup>29</sup>

Note-se que, no sistema brasileiro, o juiz em primeiro grau – em virtude do controle difuso – tem tanta responsabilidade de invocar a inconstitucionalidade da norma para evitar sua aplicação quanto o próprio Supremo Tribunal Federal tem de avaliar a constitucionalidade dessa mesma norma, sistema este que prestigia o poder jurisdicional nas suas diversas extensões.

#### 4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A evolução histórica do constitucionalismo demonstra que a compreensão da supremacia da Constituição no sistema jurídico escolhido por uma dada sociedade não apenas organiza e direciona a atuação do Estado e do governo, mas principalmente garante a proteção de primados básicos para defesa dos direitos fundamentais do homem. E por essa ótica, a criação de mecanismos de controle dos atos do Estado e, entre eles, a lei, é uma consequência lógica para se manter a supremacia da Constituição.

É nessa linha que a jurisdição constitucional avulta como caminho necessário a ser percorrido na defesa da ordem constitucional e dos direitos fundamentais que a Constituição garante. A compreensão de que a

28 É nessa linha a explicação de Jorge MIRANDA acerca da importância da interpretação constitucional: “existe, pois, hoje o reconhecimento da importância da interpretação constitucional – não só para o juiz (sobretudo, quando pode desaplicar normas inconstitucionais) mas também para os cidadãos em geral...” (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. T. II. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 258).

29 MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 18-19.

democracia deve assegurar a participação de todos nos processos decisórios, de forma livre e igualitária, a fim a tutelar os direitos fundamentais para todos aqueles que compõem um dado grupo social, leva à conclusão de que a jurisdição constitucional é um importante mecanismo para consecução desses primados.

O professor Clèmerson Merlin CLÈVE, em evento destinado a debater Constituição e democracia, em homenagem ao decênio da Constituição Federal brasileira de 1988, ressaltou a importância da jurisdição constitucional e a necessidade de avaliação crítica dos seus limites e possibilidades no Estado democrático de direito, com destaque para o seguinte parágrafo:

Os Tribunais Constitucionais, portanto, vão atuando de uma maneira crescente, e o debate a respeito dos limites de sua atuação é um debate necessariamente recorrente. Esses Tribunais Constitucionais ensaiarão produzir a defesa da coerência e da unidade de ordem jurídica presidida pela Constituição, eventualmente encarregar-se-ão da resolução de conflitos entre poderes; num país como o nosso serão os responsáveis pela proteção do pacto federativo e, ao mesmo tempo, poderão encarregar-se da proteção dos direitos fundamentais. Esse último campo, a proteção dos direitos fundamentais, tem permitido o crescimento da importância da jurisdição constitucional.<sup>30</sup>

Avançando na análise do tema, Luís Roberto BARROSO, em palestra proferida na Universidade de Nova York, em dezembro de 2015, ao analisar o papel do Supremo Tribunal Federal no Brasil, diante da tradição de hegemonia do Poder Executivo e da crise de representatividade que afeta o Poder Legislativo no país, tratou dos papéis desempenhados pelas cortes e tribunais constitucionais em todo o mundo. Naquela oportunidade, o professor BARROSO concentrou em três principais pontos essa atividade de jurisdição constitucional: o papel contramajoritário exercido pelas cortes supremas, ao invalidarem leis e atos normativos que, apesar de representarem a vontade das majorias, desrespeitam os direitos fundamentais e a democracia; o papel representativo das cortes, ao atender demandas sociais ou integrar a ordem jurídica em situações de atraso ou omissão do legislador; e, por fim, o papel iluminista, de promover, com parcimônia e fundada em valores racionais, avanços civilizatórios

---

30 CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (org). Constituição e democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 56.

necessários, de modo a superar preconceitos e permitir o fluir de novas ideias entre a sociedade.<sup>31</sup>

Entretanto, se por um lado a jurisdição constitucional assume essa função, de garantir a supremacia da Constituição e a consecução dos direitos fundamentais, não se podem olvidar os riscos da politização da justiça, em especial da justiça constitucional. A judicialização de questões sociais, morais e políticas atribui ao Poder Judiciário um papel central e, muitas vezes, hegemônico na solução de questões afetas a toda população e é um risco o distanciamento do referido Poder da representação da vontade popular, vontade essa expressa de modo mais claro no Executivo e no Legislativo.

Essa aguda tensão entre constitucionalismo e democracia é sintetizada por Gilmar MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO, ao definirem o neoconstitucionalismo:

É intuitivo que o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo. Com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vincutividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico.<sup>32</sup>

A análise do controle de constitucionalidade no modelo concentrado desenvolvido na Europa demonstra um claro contraponto a esse risco de hegemonia do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. No sistema concentrado de constitucionalidade o poder da jurisdição constitucional é atribuído a uma Corte apartada do Judiciário e dos demais poderes, sendo que, nada obstante o norte político de atuação que possui, não tem vinculação direta ou dependência em relação aos poderes do Estado. Essa sistemática de controle evita desequilíbrios do poder no país, já que não permite a hegemonia constitucional do Judiciário em relação aos

31 BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Palestra proferida na Universidade de Nova York, em 04 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>> Acesso em 20 jul.2016.

32 BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. Op. cit., p. 62.

demais poderes, ao mesmo tempo em que permite o desempenho técnico da atividade de proteger a Constituição e os direitos fundamentais.

Atribuir a jurisdição constitucional ao Poder Judiciário, como ocorre no modelo brasileiro, gera de fato um risco de hegemonia do referido Poder em relação aos demais, tanto por ser o intérprete último da Constituição, quanto por seus membros não possuírem a legitimidade democrática que possuem o Legislativo e o Executivo, já que os juízes não são eleitos. Entretanto, o bom exercício dessa jurisdição com o fim de defender a supremacia constitucional, exige que o Poder Judiciário, como intérprete maior e final da norma, compreenda que a manutenção dessa ordem constitucional pressupõe a atuação dos demais Poderes nas atividades que lhe são afetas, não podendo suprimir as políticas adotadas pelo governo da maioria ou o papel do Legislativo.

Valiosa a lição do professor Luís Roberto BARROSO neste ponto:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.<sup>33</sup>

Portanto, se a jurisdição constitucional é uma garantia para a democracia e para a proteção dos direitos fundamentais, é necessário avaliar criticamente os limites de atuação do Poder Judiciário na consecução desses propósitos, de modo a proteger o postulado da supremacia da Constituição.

## 5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento histórico do constitucionalismo demonstra que, na construção do Estado por uma dada sociedade, a Constituição assume papel fundamental e principiológico na compreensão de todo o sistema, já

---

33 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 28 set. 2016. p. 19.

que não apenas organiza e estrutura os limites e funções do Estado, mas principalmente influencia todo o ordenamento jurídico.

Essa projeção que adquire a Constituição na perspectiva moderna e liberal evolui de tal sorte que todo o sistema jurídico passa a ser interpretado e aplicado à luz da Constituição. Com isso, todo ato, seja ele decorrente da atuação das esferas do governo ou trato entre os particulares, passa por uma fiscalização da constitucionalidade, a fim de avaliar se a interpretação/aplicação do direito nele contido respeita a lei fundamental.

A supremacia que se atribui à Constituição no sistema jurídico gera, como consequência lógica, a necessidade de mecanismos de controle dos atos de governo, entre eles, a lei. Para tanto, desenvolveram-se, no mundo ocidental, mecanismos de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo, sendo tradicionalmente divididos entre modelo difuso de controle e modelo concentrado.

O modelo difuso de controle tem origem no direito norte americano e assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei, a responsabilidade de afastar sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional. Nesse modelo, a lei em descompasso com a Constituição é considerada nula.

Em contraponto ao modelo difuso e como resultado do contexto histórico de criação do Estado e de desenvolvimento dos limites ao poder a partir da vontade do povo expressa pelo parlamento em forma de legislação, surgiu na Europa o modelo concentrado de controle, a partir do qual a matéria constitucional é reservada a uma Corte independente dos demais poderes.

No Brasil, apesar da tradição de controle difuso existente desde a Constituição de 1891, construiu-se um modelo híbrido, com traços do sistema concentrado e do sistema difuso, sendo que é conferida ao Supremo Tribunal Federal a função de revisar, como única ou última instância, a constitucionalidade de uma dada norma. Entretanto, pelas características trazidas do modelo difuso, tanto os juízes ordinários quanto os demais tribunais no país tem a responsabilidade de avaliar a constitucionalidade da norma antes de aplicá-la ao caso concreto, o que prestigia o poder jurisdicional nas suas diversas extensões.

Com isso, retira-se do presente estudo que a compreensão histórica do desenvolvimento dos sistemas de controle de constitucionalidade demonstra que a área de atuação da jurisdição constitucional está intimamente ligada com o modo como a supremacia constitucional é identificada e utilizada para orientação de todo o sistema jurídico.

E é a partir desse exercício da jurisdição constitucional, com sistemas de controle que permitem ao Poder Judiciário ou à Corte Constitucional

avaliar a adequação da norma ao sistema constitucional vigente, que se garante a supremacia da Constituição e torna-se possível a concretização dos direitos fundamentais. Entretanto, é preciso compreender que a hegemonia na interpretação da Constituição pelo órgão que exerce o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pode levar a distorções, especialmente quando dissociada da vontade popular ou em desrespeito a atividades típicas dos demais poderes.

Assim, a jurisdição constitucional, para se estabelecer como mecanismo de garantia da supremacia da Constituição e como meio de concretizar os direitos fundamentais numa sociedade democrática, deve estar amparada por critérios de racionalidade e justiça, mas também respeitar as escolhas legítimas efetuadas pelo Legislativo e a administração técnica desempenhada pelo Executivo.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista*: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Palestra proferida na Universidade de Nova York, em 04 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>> Acesso em: 20 jul.2016.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2016.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DANTAS, San Tiago. *Palavras de um professor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: LAndy, 2004.

FOENCA, Ricardo Marcelo. Apresentação da biblioteca de história do direito. In: FOENCA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do Direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

GALVÃO TELES, Miguel. Temporalidade jurídica e constituição. *20 anos da Constituição de 1976*. Disponível em <<http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/335.pdf>>. Acesso em 26 set. 2016.

GUZZETTA, Giovanni. *La contaminazione costituzionale del diritto europeo: interrogativi su un ordenamento in divenire*. Torino: G. Giappichelli, 2015.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99. Texto básico da palestra proferida durante o I Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União – 5ª Região, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal, em Fortaleza, 20 de novembro de 2000. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/892451](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/892451)>. Acesso em: 28 set. 2016.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. T. II. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

---

A PROTEÇÃO AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA  
E NO BRASIL: A CORRUPÇÃO COMO  
CAUSA QUE IMPEDE A CONCRETIZAÇÃO  
DESSES DIREITOS

---

*FUNDAMENTALS RIGHTS PROTECTION IN THE  
EUROPEAN UNION AND IN BRAZIL: CORRUPTION AS CAUSE  
THAT PREVENTES THE ACHIEVEMENT OF SUCH RIGHTS*

*Luciana Madruga Figueiredo  
Advogada da União*

*Procuradoria Seccional da União em Campina Grande/PB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia – A Carta dos Direitos Fundamentais; 2 Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988; 3 A corrupção como causa que impede a concretização dos direitos fundamentais; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Dentre a variada forma de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia – Constituição do Estado-membro, Carta dos Direitos Fundamentais e Convenção Europeia dos Direitos do Homem –, destaca-se a Carta dos Direitos Fundamentais, documento moderno e de vasta amplitude, que tem a missão de, ao proteger os direitos fundamentais, implementar a democracia e reforçar a integração da União.

No Brasil, a Constituição de 1988 é considerada uma “Constituição Cidadã”, um marco no processo de democratização do país. É a primeira constituição do Brasil a emprestar tamanha importância à proteção dos Direitos Fundamentais, tanto em seu conteúdo, como em sua forma.

Ambos os documentos possuem grande importância e imensos desafios em seus campos de atuação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. União Europeia. Brasil. Corrupção.

**ABSTRACT:** Among the varied form of protection of fundamental rights in the European Union - Constitution of the Member State, the Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights – stands out the Charter of Fundamental Rights, modern document and wide range, which has the mission, to protect the fundamental rights, implement democracy and strengthen the integration of the Union.

In Brazil, the 1988 Constitution is considered a “Citizen Constitution”, a landmark in the country’s democratization process. It is the first constitution of Brazil to lend such importance to the protection of fundamental rights, both in its contents and in its form.

Both documents are of great importance and huge challenges in their fields.

**KEYWORDS:** Fundamentals Rights. European Union. Brazil. Corruption.

## INTRODUÇÃO

Este artigo surge como resultado pela conclusão do curso intensivo *International Courts and Constitutions: History, Rules and Comparative Law*, ocorrido no verão europeu de 2016, na *Tor Vergata University*, na cidade de Roma, Itália.

A escolha do tema surgiu da inspiração vinda das aulas dos professores Oreste Pollicino e Marco Bassini, com a exposição *Human Rights Protection and European Law*, bem como da apresentação do professor Giovanni Guzzetta sobre *Diritti Fondamentali*.

Sucintamente, será tratado acerca da proteção aos direitos fundamentais na União Europeia, notadamente sua Carta de Direitos Fundamentais. No entanto, a fim de trazer o tema um pouco para a realidade do Brasil, surgiu a ideia de analisar como o mesmo assunto é tratado pela atual Constituição brasileira.

Assim, serão analisados, de maneira resumida, dois documentos modernos e ambiciosos: a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, considerado o mais bem elaborado texto jurídico sobre Direitos Humanos, bem como a Constituição do Brasil de 1988, reconhecida como uma das mais avançadas do mundo, no campo dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Aqui será mostrado, um pouco, como os direitos fundamentais evoluíram e caminham de acordo com os anseios e necessidades da sociedade. Como na Europa, as guerras mundiais, e no Brasil, o regime ditatorial, fizeram florescer os direitos fundamentais e seu processo de constitucionalização.

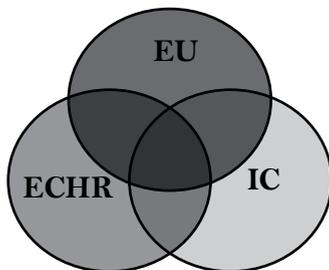
Por fim, considerando a experiência da subscritora como Advogada da União, exercendo suas atividades na Procuradoria-seccional da União em Campina Grande/PB, faz-se uma análise prática de como a corrupção se apresenta como agente que impede a efetivação dos direitos fundamentais.

### 1 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA: A CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pode-se afirmar que os países que compõem a atual União Europeia possuem uma proteção dos direitos fundamentais multifacetária, já que são protegidos basicamente: pela constituição de cada país, pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Constituindo-se no que Maria Luísa Duarte chama de “triângulo normativo europeu”<sup>1</sup>.

1 DUARTE, Maria Luísa. *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem*: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 281-282.

O professor Giovanni Guzzetta, em sua exposição sobre *Fundamental rights pluralism and constitutional protection* ilustrou essa multi proteção dos direitos fundamentais com o esquema abaixo, onde o IC – *Italian Constitution*, representa a Constituição Nacional de cada Estado-membro da União; EU – *European Union*, onde se destaca a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e ECHR – *European Convention of Human Rights*.



A esse *triângulo normativo*, tem-se também o correspondente triângulo jurídico-institucional: o tribunal nacional, o Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH.

Ainda sobre essa tripla proteção, Mariana Rodrigues Canotilho discorre:

[...] há que considerar, por um lado, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), tal como tem sido interpretada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH); por outro lado, o chamado “bloco de juridicidade comunitário”, que engloba todo o *acquis communautaire*, a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE, que foi, durante muito tempo, a principal fonte, no que diz respeito a direitos fundamentais) e ainda o texto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, (...) Finalmente, o terceiro lado do mencionado triângulo normativo é constituído pelas normas constitucionais nacionais relativas a direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Essa miscelânea de fontes de proteção dos direitos fundamentais, no ordenamento jurídico da União Europeia deve-se a vários fatores.

<sup>2</sup> CANOTILHO, Mariana Rodrigues. *50 anos do Tratado de Roma: O Princípio do Nível mais Elevado de Protecção e Garantia dos Direitos Fundamentais na União Europeia*. Alessandra Silveira (coord). Lisboa: Quid Juris Sociedade, 2007. p. 326-327.

A Europa, como palco das Grandes Guerras Mundiais, ficou destruída e enfraquecida, e temia que outra guerra, nas mesmas proporções, viesse a ocorrer. Assim, foi a busca por uma paz duradoura e por fortalecimento que fez com que os países europeus se unissem. Surgiram então, várias organizações internacionais, dentre as quais a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), instituída em 18 de Abril de 1951, por meio do Tratado de Paris, e considerada o embrião da atual União Europeia. Neste início, o objetivo da união era unicamente político, militar e econômico.

Desde lá, a comunidade europeia vem se expandindo, sempre enfrentando a dicotomia entre soberania interna e integração supranacional. Novos países vão se incorporando ao bloco e novos tratados vão sendo assinados, com destaque para o de *Maastricht*, de 1992, que dá início à “União Europeia”, como união política entre os Estados Membros. A partir daí as competências da União aumentam e passam a abranger a área de educação, defesa do consumidor e saúde pública, por exemplo. Surge a ideia da cidadania europeia e é criada a moeda única – o Euro.

No que concerne aos direitos fundamentais, cada um dos países que compõem a EU, obviamente, possuem em suas próprias constituições disposições de proteção aos direitos fundamentais. No entanto, a União Europeia também vem se preocupando com a proteção desses direitos e, inicialmente, diante da ausência de um catálogo de direitos fundamentais, esse trabalho foi realizado pelo Tribunal de Justiça, que, por meio de suas decisões, foi incorporando a proteção dos direitos fundamentais na Comunidade Europeia, preenchendo a lacuna comunitária então existente e, conseqüentemente, impulsionando a integração europeia.

Assim, o surgimento do primeiro texto comunitário relativo aos Direitos Fundamentais - a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - ocorreu, formalmente, em Nice, em dezembro de 2000. No entanto, apenas nove anos depois, em 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, é que ela foi investida de efeito jurídico vinculativo, à semelhança dos Tratados.

Tamanha é a importância do Tratado de Lisboa para a Carta dos Direitos Fundamentais, que Elena Paciotti em *La Seconda “Proclamazione” della Carta Dei Diritti e Il Trattato di Riforma*, afirma:

A União Europeia reforçará a característica de ser a região do mundo que melhor protege os direitos da pessoa e reforçará a sua verdadeira identidade: a do continente que soube inventar um ordenamento supranacional que tornou impossível a guerra, que nos séculos anteriores tinha dilacerado as suas nações, o continente que refuta radicalmente

a pena de morte e que considera os direitos sociais como direitos fundamentais do cidadão.<sup>3</sup>

A Carta dos Direitos Fundamentais está estruturada em um preâmbulo e 54 artigos organizados em sete capítulos: dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, cidadania, justiça e, por fim, disposições gerais.

Assim, por abranger uma vasta gama de direitos de natureza civil, política, social, cultural e econômica, a Carta é considerada um documento moderno, ao demonstrar que a dignidade da pessoa humana pressupõe o respeito a todos esses direitos. Ela vai além dos ideais da Revolução Francesa, de liberdade, igualdade e fraternidade, e também supera, em conteúdo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que só reúne direitos civis e políticos.

Considerando a possibilidade de surgimento de conflitos entre os diferentes regimes jurídicos (nacional e comunitário), a Carta, em seus artigos finais – disposições gerais, define as regras de interpretação e as condições de aplicação dos direitos nela consagrados.

Importante registrar, portanto, que quanto ao âmbito de aplicação, a carta aplica-se apenas quando as questões relativas aos direitos fundamentais implicarem o emprego da legislação da UE (quando, por exemplo, uma autoridade nacional aplica um regulamento da UE). Por outro lado, quando a situação não disser respeito ao direito da UE, cabe exclusivamente aos Estados-Membros zelar pelo cumprimento das suas obrigações em matéria de direitos fundamentais. Os Estados-Membros dispõem de normas nacionais exaustivas nesta matéria, que são protegidas pelo sistema judiciário nacional.

Ademais, não se pode deixar de ressaltar que todos os países da UE assumiram obrigações no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), que são independentes das obrigações que decorrem do direito da UE. Por conseguinte, como último recurso e após ter esgotado todas as vias de recurso disponíveis a nível nacional, é possível intentar uma ação junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de Estrasburgo, relativa à violação de um direito consagrado na CEDH por parte de um Estado-Membro.

---

3 PACIOTTI, Elena. La Seconda “Proclamazione” della Carta dei Diritti e il Trattato di Riforma, p. 6 e 7. Disponível em: <<http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=71>>, consult. em 1º out. 2016. No original em italiano: «L’Unione europea rafforzerà la sua caratteristica di essere la regione del mondo in cui sono meglio protetti i diritti delle persone e rafforzerà la sua vera identità: quella del continente che ha saputo inventare un ordinamento sovranazionale che ha reso impossibili le guerre che per i secoli passati avevano lacerato le sue nazioni, il continente che rifiuta radicalmente la pena di morte e considera i diritti sociali diritti fondamentali delle persone»

Assim, pode-se concluir que se a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia trouxe, e ainda traz, enormes contribuições para União Europeia, não restam dúvidas de que a Carta de Direitos fundamentais é um marco na proteção desses direitos, bem como um passo para o almejado Tratado Constituinte.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Para que se faça uma análise acerca de como a Constituição de 1988 aborda o tema dos direitos fundamentais, é imprescindível se ter uma visão história do momento do surgimento da referida Carta.

Após longos 21 anos de ditadura militar, que se estenderam de 1964 a 1985, quando o Brasil vivenciou as mais variadas formas de violência contra a liberdade e aos direitos dos cidadãos como um todo, a Constituição de 88 surge como uma resposta a esse período de repressão, passando a proteger, de forma inédita, os direitos fundamentais.

Quando ocorreu o golpe militar, em 31 de março de 1964, estava em vigor a constituição de 1946, promulgada por uma Assembleia Constituinte, e que se propunha a ser uma carta democrática. Em seu título IV – Da Declaração de Direitos, o Capítulo I foi dedicado à nacionalidade e cidadania (arts. 129 a 140) e o Capítulo II tratava dos direitos e garantias individuais (artigos 141 a 144). O título seguinte versava sobre a ordem econômica e social.

Muito embora esta constituição tenha permanecido oficialmente em vigor até sua substituição, em 1967, desde muito antes, ela deixou de ser a norma suprema do país, devido às grandes mudanças introduzidas pelos Atos Institucionais. O primeiro deles data logo de 9 de abril de 1964 e apesar de expressamente dispor sobre a manutenção da CF/1946, trouxe mudanças de grande monta, em detrimento da democracia: eleição indireta para presidente e vice-presidente da República, suspensão das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade, possibilidade de suspensão dos direitos políticos por dez anos e de cassação de mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos, dentre outros.

Após quase 4 anos de governo por meio de Atos Institucionais, em 24 de janeiro de 1967, foi promulgada a nova “Constituição do Brasil”. Como não poderia deixar de ser, uma constituição que trouxe muitas limitações aos direitos fundamentais, até porque introduziu no âmbito constitucional as medidas restritivas de liberdades e direitos introduzidas pelos Atos Institucionais.

O regime ditatorial ganhava força e podemos dizer que atingiu seu ápice com a edição do famigerado Ato Institucional nº 5, em 13 de dezembro de 1968. Referindo-se a esse período de nossa história, Paulo Bonavides afirma que “Nunca tínhamos estado tão perto de institucionalizar o Leviatã de Hobbes, que nestes anos de incerteza e perplexidade”.<sup>4</sup>

A Emenda Constitucional nº 1, outorgada em 17 de outubro de 1969, introduziu a constituição de 1969, apesar de muitos não a considerarem uma nova constituição. Ela só veio a entrar em vigor em 1978, com o término do AI-5, quando finalmente começou um período de abertura democrática, marcado pela eleição do primeiro presidente civil, após 20 anos de regime militar.

É nesse contexto que surge a nossa constituição cidadã, um marco entre o regime ditatorial que viveu de 1964 a 1985 e a democratização brasileira.

Convém ressaltar, porém, que o fator novidade dos direitos fundamentais na Carta de 88 é a forma como esses direitos foram constitucionalmente tratados, de maneira ampla, ocupando posição de grande destaque, e com muitas garantias. No entanto, o tema é matéria constitucional desde nossa constituição do Império, que em seu artigo 179 assegurava expressamente os direitos à liberdade, à segurança, à propriedade, à saúde, à educação e à igualdade. As constituições seguintes também trataram do tema, de maneira mais abrangente (1891, 1934 e 1946), ou não (1937 e 1967).

Logo no seu preâmbulo, a Constituição de 1988 deixa clara a imprescindibilidade dos direitos fundamentais na formação de um Estado Democrático de Direito:

instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Essa determinação de proteger os direitos fundamentais como forma de preservar o Estado Democrático de Direito estende-se por toda a Constituição. Desde o seu artigo 1º verifica-se que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Segundo Jorge de Miranda:

---

4 BONAVIDES, Paulo. *Política e constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985..

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.<sup>5</sup>

Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estão expressos no artigo 3º da Constituição, como sendo construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em continuidade, a Constituição dedicou todo o seu Título II aos Direitos e Garantias Fundamentais, classificando-os nas seguintes espécies: direitos individuais e coletivos (artigo 5º e seus 78 incisos), direitos sociais (artigos 6º a 11), direitos à nacionalidade (artigos 12 e 13) e finalmente direitos políticos (artigos 14 a 16). Não apenas a abrangência desses direitos indica a importância que essa Carta emprestou aos Direitos fundamentais, mas também a localização em seu texto, logo no início, trazendo na frente o que é essencial.

Fora dessa estrutura inicial, os direitos fundamentais se encontram ainda espalhados pela Constituição, estando o Título VIII a tratar da *Ordem Econômica e Financeira* e o Título VIII dedicado à *Ordem Social*.

Convém ressaltar, ainda, que a atual Constituição trouxe inovações na forma de proteção dos direitos fundamentais, ao conceder o *status* de cláusula pétrea aos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º), e ao afirmar, em seu artigo 5º, § 1º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Verifica-se, do exposto, que a constituição brasileira de 1988 surpreende com a ampla gama de direitos fundamentais. Faltando muito, no entanto, para se caminhar no sentido de se concretizar, efetivamente, todos esses direitos.

Segundo Dallari,

É evidente que a simples existência de uma nova Constituição, ainda que muito avançada, não é suficiente para que os Direitos Humanos sejam efetivamente respeitados e usados. Por vários motivos é previsível a ocorrência de dificuldades, mas sem dúvida alguma é melhor ter uma Constituição mais favorável à promoção e proteção da dignidade

---

5 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, v 4, Coimbra: Coimbra. p. 166.

humana, pois a partir daí fica mais fácil a mobilização social de sentido democrático e humanista.<sup>6</sup>

No mesmo sentido, Paulo Vargas Groff, em *Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras*, com quem se concluirá essa parte:

A análise da evolução dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras permite constatar a progressão dos direitos no Brasil, em todos os níveis. Nesse contexto, a Constituição de 1988 é aquela que, sem precedentes, coloca os direitos fundamentais no seu centro e representa a consolidação de todos os direitos conquistados. A posição privilegiada dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 decorre tanto em função da extensa positivação dos direitos como também pela proteção, aplicação e eficácia desses direitos. É importante compreender essas conquistas e buscar meios que possam dar plena efetividade aos direitos e garantias, pois a simples declaração de direitos não nos torna pessoas detentoras de dignidade e não transforma a nossa sociedade em justa, livre e solidária.<sup>7</sup>

### **3 A CORRUPÇÃO COMO CAUSA QUE IMPEDE A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A ideia de abordar a forma como a corrupção impede a efetivação dos direitos fundamentais surgiu da atuação como Advogada da União, em exercício na Procuradoria-seccional da União em Campina Grande, cidade localizada a cerca de 120 km da capital, João Pessoa. Os poucos advogados que compõem a procuradoria (apenas quatro hoje em dia) são responsáveis por representar judicialmente a União em mais da metade do Estado da Paraíba – a porção do interior. Ou seja, a atuação é desempenhada na parte mais pobre de um estado pobre, do pobre nordeste brasileiro.

Diante pequena experiência profissional, pode-se afirmar com segurança que a corrupção é a principal causadora da miséria que assola a região.

No trabalho diário, na referida unidade da AGU, os Advogados da União se deparam basicamente com quatro situações processuais

---

6 DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 421-437, jan. 1993 ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67230>>. Acesso em: 03 out. 2016.

7 GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas constituições brasileiras. *Revista de Informação legislativa*, v. 45, n. 178, p. 105-129, abr/jun.2008.

envolvendo o combate à corrupção. Na primeira delas, a Advocacia Geral da União (AGU) ajuíza ações civis públicas de improbidade. Na segunda, ingressa no polo ativo das ações já ajuizadas pelo Ministério Público Federal (MPF). Na terceira, apenas ingressa nas ações do MPF na fase de execução, a fim de dar cumprimento à sentença condenatória. E, por fim, ajuíza as famosas Execuções de Título Extrajudicial, fundadas em decisões do Tribunal de Contas da União (TCU).

Dessa atuação, há algum tempo, observa-se que as ações são, em sua grande maioria, intentadas contra ex-prefeitos que, durante seus mandatos, receberam recursos federais para aplicação em obras ou serviços em benefício da população e que, no entanto, não empregaram a verba da forma como previsto no contrato ou convênio. Outro grupo alvo das ações são os representantes de empresas que se prestam a participar de licitações fraudulentas, tudo com o objetivo de obter vantagens ilícitas em detrimento do Erário.

Percebe-se que, na maioria dos casos, essa verba era destinada a programas ou projetos ou obras que trariam benefícios à população, nas áreas da saúde, educação, moradia, esportes etc.

Ou seja, é fácil constatar que essa desvirtuação das verbas públicas, que deveriam ser aplicadas em prol da sociedade, por parte dos Administradores, viola os direitos fundamentais da pessoa humana.

Se a Constituição protege o direito à saúde, à educação e à moradia, mas os recursos destinados à construção do posto de saúde, da escola e das habitações populares é desviado, esse desvio, essa prática criminosa e corrupta, obsta que um direito constitucionalmente assegurado seja efetivado.

Pode-se concluir, portanto, que a corrupção é uma das formas de se impedir a concretização dos direitos fundamentais. Ou, posto de outra maneira, a violação dos direitos fundamentais é uma das consequências da corrupção. Na verdade, pode-se afirmar sem medo de errar, que a corrupção é a grande vilã na efetivação dos direitos fundamentais.

No âmbito da 22ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, iniciada em fevereiro de 2013, em Genebra/Suíça, foi organizado um painel de debates sobre o impacto negativo da corrupção sobre o gozo dos direitos humanos.

Durante esse painel, Navi Pillay, Alta Comissária da ONU para os Direitos Humanos, afirmou:

A corrupção mata. O dinheiro roubado através da corrupção todos os anos é suficiente para alimentar 80 vezes os famintos de todo o mundo. Quase 870 milhões de pessoas, muitas das quais crianças, deitam-se com fome todas as noites.

Prosseguiu a comissão, informando:

A corrupção é um enorme obstáculo à realização de todos os direitos humanos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como o direito ao desenvolvimento. A corrupção viola os princípios fundamentais de direitos humanos da transparência, responsabilização, não discriminação e participação significativa em todos os aspectos da vida da comunidade. Correspondentemente, estes princípios, quando garantidos e implementados, são o meio mais eficaz para combater a corrupção.<sup>8</sup>

Assim, verifica-se que os efeitos destruidores da corrupção interferem diretamente no dia-a-dia do povo brasileiro, impedindo a efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

#### 4 CONCLUSÃO

Tanto a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, como a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 são documentos de reconhecido valor, no que concerne à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

São Cartas de vanguarda, na medida em que inovaram em abarcar uma vasta gama de direitos, de diversas naturezas e por incluir em seus textos, a proteção dos direitos de segunda e terceira gerações. Sem dúvida, são documentos voltados para o futuro. A ambos, no entanto, apresenta-se o desafio de concretizar esses direitos nos seus âmbitos de aplicação – União Europeia e Brasil.

No caso da União Europeia, o desafio volta-se primordialmente para o combate à intolerância, xenofobia e incitamento ao ódio. Apenas a aplicação prática dos direitos consagrados na Carta garantirão à União a tão almejada paz duradoura.

Já no Brasil, o maior problema para a efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos encontra-se na corrupção, motivo pelo qual as instituições brasileiras, notadamente a Advocacia-geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União devem atuar incansavelmente no combate a essa prática tão devastadora.

---

8 Navi Pillay, durante a 22ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, 2013. Disponível em: <[http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.05014201341&secao=Not%EDcias\\_Imprensa](http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.05014201341&secao=Not%EDcias_Imprensa)>. Acesso em: 21 set. 2016.

**REFERÊNCIAS**

BONAVIDES, Paulo. *Política e constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CANOTILHO, Mariana Rodrigues. *50 anos do Tratado de Roma: O Princípio do Nível mais Elevado de Protecção e Garantia dos Direitos Fundamentais na União Europeia*. Alessandra Silveira (coord). Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, jan. 1993 ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67230>>.

DUARTE, Maria Luísa. *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”*. Coimbra Editora: Coimbra, 2000.

GROFF, Paulo Vargas. *Direitos Fundamentais nas constituições brasileiras*. Revista de Informação legislativa, v. 45, n. 178, abr/jun.2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, V. 4*, Coimbra: Coimbra.

PACIOTTI, Elena. *La Seconda “Proclamazione” della Carta dei Diritti e il Trattato di Riforma*, disponível em:

<<http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=71>>.

PILLAY, Navi, Discurso durante a 22ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, 2013. Disponível em: <[http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.05014201341&seccao=Not%EDcias\\_Imprensa](http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.05014201341&seccao=Not%EDcias_Imprensa)>

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.



---

# TESTANDO OS LIMITES DO GRAU DE AUTONOMIA DO BANCO CENTRAL EUROPEU: O CASO DO MECANISMO DE TRANSAÇÕES MONETÁRIAS DEFINITIVAS (OMT)

---

## *TESTING THE LIMITS OF THE DEGREE OF AUTONOMY OF THE EUROPEAN CENTRAL BANK: THE CASE OF OUTRIGHT MONETARY TRANSACTIONS MECHANISM (OMT)*

*Marcelo Claudio Fausto Maia*

*Procurador da Fazenda Nacional. Bacharel em Ciências Econômicas e em Direito.  
Especialista em Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal. Mestre e  
Doutor em Direito.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Tipologia da gradação da autonomia dos bancos centrais; 1.1 Banco central dependente.; 1.2 Banco central independente; 2.3 - Banco central autônomo; 2 Banco Central Europeu (BCE) e o arcabouço jurídico da União Europeia em matéria de política monetária una para a zona do euro; 2.1 A Constituição do SEBC; 2.1.1 O Primeiro Estágio; 2.1.2 O Segundo Estágio; 2.1.3 O Terceiro Estágio; 2.2 Critérios de Convergência; 2.3 Aspecto constitucional da abdicação da soberania monetária; 2.4 A Independência do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) e do Banco Central Europeu (BCE); 3

Mecanismo de Transações Monetárias Definitivas do eurosistema; 3.1 Breve explicação sobre o que é o mecanismo de transações monetárias definitivas do eurosistema; 3.2 Algumas críticas ao Mecanismo de Transações Monetárias Definitivas do eurosistema; 3.2.1 O Mecanismo de Transações Monetárias Definitivas do eurosistema e a alegação de que o mesmo invade a competência dos Estados-Membros da zona do euro determinarem suas políticas econômicas em conformidade com as disposições dos tratados da União Europeia; 3.2.2 O Mecanismo de Transações Monetárias Definitivas do eurosistema e a aparente antinomia com a proibição do BCE financiar Estados-Membros da zona do euro; 3.3 OMT e o decidido pelo Tribunal de Justiça e pelo *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional Alemã); 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo testar o grau de autonomia do Banco Central Europeu (BCE) por um prisma diverso dos indicadores normalmente utilizados pelos livros-textos especializados em direito bancário e de economia monetária. Aqui, sem deixar de considerar os indicadores de autonomia de um banco central, tradicionalmente usados pelos economistas especializados, se fará a análise do grau de autonomia legal do BCE a partir do arcabouço jurídico dos Tratados da União Europeia, aplicados especialmente nos questionamentos jurídicos feitos, no âmbito no judicial, ao *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional Alemã) e ao Tribunal de Justiça, ao programa denominado Mecanismo de Transações Monetárias Definitivas (OMT) do eurosistema.

**PALAVRAS CHAVES:** Autonomia. Banco Central Europeu. Mecanismo de transações Monetárias Definitivas. Corte Constitucional Alemã. Tribunal de Justiça,

**ABSTRACT:** This article aims to test the degree of autonomy of the European Central Bank (ECB) for a diverse prism of the indicators normally used by specialized textbooks in banking and monetary economics. Here, while considering a central bank autonomy indicators traditionally used by economic experts, it will analyze the degree of cool ECB autonomy from the legal framework of the EU Treaties, especially applied in the legal inquiries, within the court, the *Bundesverfassungsgericht* (German Constitutional Court) and the Court of Justice, the program called Outright Monetary Transactions Mechanism (OMT) of eurosystem.

**KEYWORDS:** Autonomy. European central bank. transaction mechanism Monetary Outright. German Constitutional Court. Court of justice.

## INTRODUÇÃO

Este artigo pretende discutir e analisar aspectos jurídicos relacionados ao grau de autonomia do Banco Central Europeu (BCE). Nosso enfoque aqui é testar o poder que o BCE detém em suas atuações no âmbito da política monetária da União Monetária Europeia (UME). Naturalmente, ao se discutir a amplitude do poder exercido pelo BCE enquanto autoridade monetária impõe que se discuta o seu grau e limites de sua autonomia. Aqui são analisados entre outros temas, os seguintes: poder monetário; tipologia do grau de autonomia dos bancos centrais; análise do grau da autonomia BCE, considerando os tratados da União Europeia e as regras aplicáveis à União Monetária Europeia (UME). Sem desconsiderar a relevância analítica dos indicadores econômicos de qualificação e quantificação do grau de autonomia dos bancos centrais, aqui se dará ênfase ao grau de autonomia legal do BCE, sopesando, sobretudo as recentes decisões do Tribunal de Justiça<sup>1</sup> e do Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional Alemã) quanto à legalidade do programa denominado Mecanismo de Transações Monetárias Definitivas (OMT) do eurosistema.

### 1 TIPOLOGIA DA GRADAÇÃO DA AUTONOMIA DOS BANCOS CENTRAIS

Para começar é preciso saber que os autores especialistas em Direito Bancário e em Economia Monetária tradicionalmente costumam classificar os bancos centrais quanto ao grau de sua autonomia em relação ao Poder Executivo em três grupos:

- a) banco central dependente;
- b) banco central independente;
- c) banco central autônomo.

A seguir, analisaremos os elementos característicos destes três grupos.

---

<sup>1</sup> Tratou-se aqui de decisão do Tribunal de Justiça sobre a legalidade do programa OMT do eurosistema, no âmbito da competência de reenvio prejudicial. Esta competência do Tribunal de Justiça diz respeito à necessidade de se garantir uma aplicação efetiva e homogênea da legislação da União Europeia para assim evitar qualquer interpretação divergente. Nesta perspectiva, os juízes nacionais podem, e por vezes devem, dirigir-se ao Tribunal de Justiça para que este interprete uma questão controversa conforme o direito da União. Esta competência do tribunal de Justiça reconhece, pois, a necessidade de que a legislação nacional esteja sempre harmonizada com o direito comunitário europeu. O pedido de decisão prejudicial pode igualmente ter como finalidade a fiscalização da legalidade de um ato de direito da União Europeia.

### 1.1 Banco central dependente

A ideia de dependência está naturalmente associada a uma relação de subordinação. Falar que um Banco Central é dependente significa assumir que o mesmo é subordinado à vontade do Poder Executivo Federal. E de fato em um primeiro e perfunctório olhar parece natural que seja assim, mormente se consideramos que os bancos centrais, autárquicos ou não, são em regra, órgãos do Poder Executivo Federal.

Por outro lado, reconhecer um banco central como dependente é enquadrá-lo como órgão meramente executor da política monetária ditada pelo Ministério da Fazenda ou por outro órgão do Poder Executivo Federal a qual por lei esteja subordinado.

Apesar de ainda se verificar na literatura econômica, a ausência de um padrão paramétrico de mensuração do grau de autonomia dos bancos centrais, universalmente aceito pelos especialistas, é consensual que a sujeição do Banco Central à vontade do Poder Executivo constitui um sinal inequívoco de dependência. Além deste, há por certo outros parâmetros reveladores de dependência de um banco central. Convém então mencioná-los:

- a) A não participação na definição e elaboração da política monetária;
- b) A ausência de poder de veto;
- c) A nomeação do presidente do Banco Central por indicação do Poder Executivo Federal;
- d) A ausência de mandato definido do presidente do Banco Central para o exercício da função;
- e) A possibilidade de o presidente do Banco Central ser demitido *ad nutum* pelo Presidente da República;
- f) A nomeação de todos os membros do Conselho do Banco Central por indicação do Poder Executivo Federal;
- g) A necessidade de participação de, ao menos, um membro do governo no Conselho do banco central;
- h) A ausência de cláusula no Estatuto do banco central que o obrigue a perseguir a estabilidade monetária;

- i) A inexistência de medidas de caráter legal que dê suporte jurídico ao banco central nos eventuais conflitos com o Poder Executivo Federal em matéria de política monetária.

Em uma análise mais aprofundada é possível se falar em graus variados de dependência dos bancos centrais. De forma objetiva, a dependência de um banco central pode ser verificada e analisada em função de duas dimensões: a comportamental e a formal.

Pela dimensão comportamental a dependência do banco central avalia-se por sua necessidade de obter aprovação de outros atores (Executivos e das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional) em relação ao seu desempenho no exercício de sua atividade.

Pela dimensão formal verifica-se o arcabouço jurídico-legal que determina a ligação do banco central com o Poder Executivo Federal, e, por conseguinte, determina o grau de subordinação daquele a este.

Na realidade, na prática, apesar das inúmeras construções intelectivas, o estabelecimento do grau de dependência de um banco central permanece questão tormentosa e sujeita à subjetividade e às variáveis conjunturais.

## 2.2 Banco central independente

A divisão dos poderes, na clássica visão de Montesquieu, é “o poder que detém o poder.”<sup>2</sup>

Reconhecendo que em um Estado típico convivem harmoniosamente três poderes (o legislativo, o executivo e o judiciário), falar em banco central independente é admitir que este estivesse “descolado” da subordinação direta ou mesmo da subordinação indireta do Poder Executivo e dos demais poderes, formando, pela liberdade que a lei lhe deu, um quarto poder? Em sendo assim, a governabilidade de uma nação que adotasse o modelo do banco central independente não correria o risco de ser afetada pelo risco de desarticulação das políticas econômicas, principalmente das políticas monetária e fiscal?

Na realidade, a maioria dos autores que defendem a ideia de um “banco central independente” não são tão radicais assim.

O que se observa na prática quando se analisa conteúdo destes papers é que estes autores, na maioria, defendem na realidade a ideia de um banco central autônomo. Isto é, muitos autores empregam o termo independência como sinônimo de autonomia. Mas isto é atécnico e constitui um grande equívoco. Os termos independência e autonomia não são sinônimos.

<sup>2</sup> RELAE, Giovanni e Dario Antiseri. MONTESQUIEU. *História da Filosofia: Do humanismo a Kant*. Giovanni Relae e Dario Antiseri. São Paulo : Paulinos, 1990, p. 754.

Independência e autonomia são conceitos políticos, sendo o primeiro termo bem mais amplo que o segundo.

Independência é a não sujeição a qualquer outro órgão externo. Implica também decidir e implementar decisões com liberdade plena de atuação.

Já a autonomia é a liberdade de atuação dentro de limites estabelecidos pela lei. O órgão autônomo não decide qual é o objetivo, mas decide com liberdade como melhor atingi-lo. Um órgão autônomo não tem o poder de isoladamente formular suas metas, mas detém a discricionariedade da seleção dos instrumentos (meios) para que suas metas sejam atingidas com eficiência. Em resumo, independência de um banco central diz respeito “à possibilidade de determinar regras de exercício”.<sup>3</sup>

Na tentativa de se encontrar critérios objetivos para estabelecer as condições imprescindíveis para que um banco central possa ser classificado como independente do poder executivo federal, Manfred Neumann listou cinco exigências (as condições de independência de Neumann)<sup>4</sup> de verificação obrigatória:

- Proibição de o banco central emprestar recursos a qualquer autoridade do setor público, incluindo nesta vedação empréstimos ao Tesouro em qualquer hipótese ou tempo;
- Ausência de subordinação do banco central às instruções originadas do Poder Executivo. O banco central independe só guarda vinculação com o seu Estatuto;
- Liberdade total de atuação em relação a fixação (no caso de câmbio fixo) ou monitoramento (no caso de câmbio flutuante) das taxas de câmbio, inclusive em relação a política de controle de ingresso e saída de divisas.
- Garantia total ou incondicional dos membros da diretoria do banco, enquanto atuarem nos limites da lei, quanto ao impedimento de serem exonerados ad nutum.
- Existência de garantias constitucionais em relação à alterações dos Estatutos do banco central por lei infraconstitucional.

---

3 SADDI, Jairo S.. O poder e o cofre: repensando o Banco Central. São Paulo: Texto Novo, 1997, p. 54.

4 NEUMANN, Manfred. Apud. SADDI, Jairo S.. O poder e o cofre: repensando o Banco Central. São Paulo: Texto Novo, 1997, p. 53.

Uma classificação bastante utilizada nos livros-textos especializados se apoia em dois critérios formais de determinação da autonomia de um banco central: a autonomia orgânica e a autonomia funcional<sup>5</sup>.

**Autonomia Orgânica** - Refere-se às relações institucionais entre o Estado e o Banco Central, nas condições tanto de nomeação dos dirigentes quanto de exercício de suas funções.

**Autonomia Funcional** - Compreende a liberdade de ação do Banco Central na definição de suas atribuições e objetivos em matéria de política econômica e em termos de obter autonomia financeira própria.

A rigor, dentre as razões justificadoras da atribuição de autonomia legal a um banco central, por certo, se insere a preocupação com a estabilidade no longo prazo, enquanto que o governo, como qualquer governo, está mais preocupado com as próximas eleições.

De qualquer forma, admitindo a pluralidade conceitual, cremos ser possível (e assim ousamos) bem conceituar um banco central independente. Nosso conceito é:

Um banco central independente é aquele que mediante outorga legal detém o poder monetário e exerce cumulativamente com liberdade e autonomia as funções típicas de autoridade monetária.

E até recentemente não havia na prática banco central que reunisse os pressupostos da independência.

Em resumo, o que aqui se diz é que a ideia de banco central independente é apenas um desenvolvimento teórico sem respaldo na realidade fática? Até 1º de junho de 1998, a resposta à indagação acima formulada seria um rotundo sim. Hoje há alternativa! O que é o Banco Central Europeu senão um pioneiro banco central independente? De fato, o Banco Central Europeu (BCE) é uma realidade que mudou sensivelmente o sistema financeiro Europeu.

### 1.3 Banco central autônomo

Um banco central autônomo situa-se em ponto intermediário entre os polos banco central independente e banco central dependente. Autonomia de um banco central implica este possuir uma relativa liberdade de atuação. Na execução da política monetária o grau desta liberdade é bastante variável entre os bancos centrais autônomos. É fundamental ter claro que a liberdade de execução da política monetária, identificada aqui como característica relevante na classificação de um banco central como dotado de autonomia, de forma alguma, por extensão, implica liberdade na

5 COSTA, Fernando Nogueira da. *Economia Monetária e Financeira: uma abordagem pluralista*, São Paulo: MAKRON Books, 1999. p. 186.

formulação da política monetária. Esta última característica (elemento) não é exigível a um banco central autônomo. A autonomia de um banco central, quando se enfoca estritamente a política monetária, diz respeito a possibilidade de a autoridade monetária escolher, combinar e dosar os instrumentos de política monetária de modo a alcançar os objetivos e metas pré-estabelecidos. Um banco central autônomo, em regra, constitui um órgão, autárquico ou não, integrante da estrutura administrativa do Estado. Nesta condição está subordinado ao Poder Executivo Federal.

Entretanto, o detalhe que faz a diferença é que mesmo que subordinado ao poder do Presidente da República, um banco central autônomo de forma alguma se sujeita às ingerências políticas do Poder Executivo Federal. Um banco central autônomo, como já dito, possui a necessária liberdade para conduzir, sem interferências, a execução da política monetária de acordo com os objetivos e metas pré-definidos.

Em apertada síntese, os pressupostos da autonomia de um banco central, ou seja, os elementos essenciais configuradores da condição de autônomo são: a limitação de objetivos e funções; a especificidade e precisão de metas; a base estatutária para a autonomia; as garantias institucionais do Executivo; e a nomeação da diretoria do banco central em que se conferem garantias pessoais ou funcionais à mesma.

## **2 BANCO CENTRAL EUROPEU (BCE) E O ARCABOUÇO JURÍDICO DA UNIÃO EUROPEIA EM MATÉRIA DE POLÍTICA MONETÁRIA UNA PARA A ZONA DO EURO**

Neste item trataremos de analisar e comentar o sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) e o Banco Central Europeu (BCE).

Este item tem por principal objetivo investigar aspectos jurídicos e econômicos relacionados ao grau de autonomia do Banco Central Europeu (BCE). Foi dito no item precedente a este que os especialistas classificam os bancos centrais quanto ao grau de autonomia em dependentes, autônomos e independentes. Contudo, os pressupostos exigidos para que um banco central seja reconhecido como independente não foram completamente preenchidos por autoridade monetária de nenhum país. Tem-se um modelo teórico de banco central independente; faltava um caso concreto de independência. Esta falta está, a nosso ver, suprida: O Banco Central Europeu (BCE) é o primeiro e até o momento único banco central realmente independente. E esta assertiva deve ser entendida não como afirmação gratuita e sim como uma hipótese que irá ser objeto de teste no próximo item.

De fato, neste item, após fazermos um pequeno histórico da criação do Banco Central Europeu, pretendemos, com o suporte jurídico da legislação pertinente da União Europeia em matéria de política monetária para a zona do euro, pavimentar o caminho, para então analisar e avaliar, no próximo item, segundo nossa melhor argumentação, a tese da independência do Banco Central Europeu.

## **2.1 A Constituição do SEBC.**

Em junho de 1988 o Conselho Europeu com vistas a estruturar um planejamento ao processo de implementação da União Monetária Europeia (UME) criou um comitê liderado por Jacques Delors, o então presidente da Comissão Europeia, para estudar e elaborar uma proposta concreta de identificação e superação dos estágios a serem percorridos até a efetivação da União Europeia. Do estudo desenvolvido por esta comissão nasceu um relatório, hoje denominado por Delors Report, em que foram descritos pormenorizadamente as três estágios a serem superadas para que a união econômica e monetária fosse alcançada.

### **2.1.1 O Primeiro Estágio**

Com base no Delors Report, o Conselho Europeu decidiu em junho de 1989 que o primeiro estágio da união econômica e monetária começaria em 01 de julho de 1990 \_ data que a princípio todas as restrições relacionadas a movimentação de capitais entre os Estados Membros fossem abolidas. Neste tempo, o Comitê dos Governadores dos Bancos Centrais dos Estados - Membros da então Comunidade Econômica Europeia assumiram responsabilidades adicionais. Em 12 de março de 1990, decidiu o Conselho que as políticas monetárias dos Estados - Membros seriam, promovidas de forma coordenada de modo a se alcançar o objetivo da estabilidade dos preços.

O Delors Report concluiu que para a realização dos estágios dois e três, era necessária a revisão do Tratado de Roma. Para a consecução desta tarefa foi convocada em 1991 uma conferência intergovernamental. As negociações resultaram no Tratado sobre a União Europeia. Este tratado foi aprovado em dezembro de 1991 e assinado em 07 de fevereiro de 1992.

### **2.1.2 O Segundo Estágio**

O estabelecimento do Instituto Monetário Europeu (IME) em 01 de janeiro de 1994 marcou o início do segundo estágio da UME, e com isto o Comitê de Governadores deixou de existir.

É importante notar que o IME não tinha responsabilidade pela condução da política monetária da União Europeia - as autoridades monetárias nacionais permaneceram responsáveis por isto - e também não tinha competência para executar intervenção na política cambial.

As duas principais tarefas do IME foram:

- a) estreitar a cooperação dos bancos centrais e coordenar a política monetária;
- b) promover os preparativos requeridos para o estabelecimento do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC), para a condução de uma política monetária única e para a criação de uma moeda única no terceiro estágio.

Em dezembro de 1995 o Conselho Europeu aprovou o nome da unidade monetária europeia a ser introduzida no início do estágio três: o euro. Foi decidido então que o euro entraria em vigor em 01 de janeiro de 1999. Entretanto, somente em janeiro de 2002 deverão lançadas as notas e moedas do euro. As notas e moedas nacionais, por sua vez, devem desaparecer em junho do mesmo ano.

Em dezembro de 1996 o EMI apresentou seu relatório para o Conselho Europeu. Este relatório efetivamente forneceu as bases da resolução do Conselho Europeu sobre os princípios e elementos fundamentais do novo mecanismo de taxa de câmbio (ERM II). O ERM II foi adotado em junho de 1997.

Em junho de 1997 foram adotadas também os Tratados da Estabilidade e do Pacto de Crescimento.

Em dois de maio de 1998, o Conselho da União Europeia, composto por chefes de Estado e de governo, unanimemente, decidiu que onze Estados-Membros (Bélgica, Alemanha, Espanha, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Áustria, Portugal e Finlândia) preencheram as condições necessárias para a adoção da moeda única em 01 de janeiro de 1999. Estes países puderam então ingressar no estágio 03. Nesta reunião, o Conselho da União Europeia, após os entendimentos políticos necessários, indicaram os nomes dos membros do Comitê executivo do Banco Central Europeu (BCE).

Em 25 de maio de 1998 os governos dos onze países membros nomearam o Presidente, o Vice-Presidente e quatro outros membros do Comitê executivo do Banco Central Europeu (BCE).

Por fim, com o estabelecimento do BCE em junho de 1998 o EMI concluiu suas tarefas e foi iniciado seu processo de liquidação.

### 3.1.3 - O Terceiro Estágio.

Conforme previsto, em 01 de janeiro de 1999 foi iniciado o terceiro e último estágio da UME com o lançamento do euro como a nova moeda oficial de 11 Estados-Membros. De fato, naquela oportunidade, o euro começou a substituir, em duas fases, as antigas moedas nacionais dos países aderentes a zona do euro. Na primeira fase, o euro foi utilizado como moeda virtual nas operações de pagamento que não envolviam notas e moedas, bem como para fins contabilísticos. Nessa fase, as antigas moedas continuavam a ser utilizadas nas operações de pagamento em numerário e a ser consideradas subdivisões do euro. Na segunda fase, que teve por marco inicial a data de 1 de Janeiro de 2002, o euro foi introduzido fisicamente sob a forma de notas e moedas.

Finalmente, não é despidendo observar que Esse terceiro estágio se caracterizou, sobretudo, pela definição irrevogável e permanente das taxas de câmbio (*irrevocable locking of the exchange rates of the currencies*) e pela condução da política monetária única pelo BCE.

### 3.2 - Critérios de convergência

Para integrar o terceiro estágio da União Econômica e Monetária Europeia (e, conseqüentemente, aderir ao euro), foi necessário que as economias dos Estados-Membros cumprissem determinados critérios de convergência.

Estes critérios são as cinco condições de boa gestão combinadas com a autonomia da autoridade monetária de cada Estado-membro.

- **1º critério: inflação**

O primeiro critério determina que a taxa de inflação dos candidatos não podem superar em mais de 1,5% a taxa média dos três países com menor inflação.

- **2º critério: taxa de Juros.**

O segundo critério impõe que as taxas de juros de longo prazo não poderão ultrapassar em mais de dois pontos percentuais o valor médio dos três países com a inflação mais baixa.

- **3º critério: estabilidade cambial.**

Este critério preceitua que os membros do euro terão de ter respeitado, há pelo menos dois anos, as margens normais de flutuação

do mecanismo cambial do sistema monetário Europeu (SME), ou seja, sem desvalorização.

- **4º critério: déficit público.**

Este critério estipula que o déficit público anual não deveria superar 3% do PIB, a menos que viesse a diminuir, de forma constante e substancial, até perto dos 3% mencionados.

- **5º critério: dívida pública.**

Este critério requer que a dívida pública não exceda a 60% do PIB, a menos que a taxa sofresse um decréscimo nos últimos anos que permitisse a um ritmo satisfatório a aproximação aos 60% mencionados.

### **2.3 Aspecto constitucional da abdicação da soberania monetária.**

Os Estados-Membros aceitos no clube do euro, não somente cumpriram os critérios de convergência; eles abriram mão da soberania monetária. E este último aspecto assumiu, no caso português relevância constitucional. De fato, abdicar da soberania monetária envolve mais que alterar leis infraconstitucionais e mudar o estatuto do banco central; é questão constitucional.

No caso português, ingressar no clube do euro envolveu muita criatividade jurídica. A questão é que a Constituição portuguesa – tal como a brasileira em seu art. 60 – possui um artigo que enumera as cláusulas pétreas. Entre as cláusulas pétreas inseria-se a vedação à abdicação da soberania monetária. Consagrados constitucionalistas portugueses, entre eles J.J. Gomes Canotilho<sup>6</sup>, debateram o tema. Segundo a avaliação do governo português o ingresso no clube do euro representaria substanciais vantagens econômicas a Portugal. Portanto, a vedação constitucional significava um entrave que precisava ser superado. Após muitos debates a solução criativa encontrada foi a supressão no artigo da Constituição que enumera as cláusulas pétreas da menção ao artigo que vedava à abdicação da soberania monetária. A lógica é que o artigo enumerador das cláusulas pétreas não é uma cláusula pétrea, e, portanto, é possível de alteração. E ao ser alterado é possível revogar o inconveniente artigo. Assim foi feito.

---

6 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 2ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003.

## 2.4 A Independência do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) e do Banco Central Europeu (BCE).

O Protocolo nº 18 do Estatuto do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) relaciona entre as atribuições do SEBC definir e implementar a política monetária dos Estados-membros (Art. 3º). De forma ainda mais contundente, o artigo 7º do Protocolo nº 18 é evidenciador da independência que se atribui ao SEBC na implementação da política monetária dos Estados-membros. Na mesma linha, o Art. 8º do Protocolo nº 18 especifica que o SEBC é governado por decisões emanadas do corpo do BCE. Desta forma, o BCE assumiu a gestão exclusiva do euro, incluindo a fixação de taxas de juros da zona. De fato, o Tratado de Maastricht garante-lhe uma independência total face ao poder político. A sua missão prioritária é assegurar a estabilidade do euro, ou seja, lutar contra a inflação. É governado por um diretório, ou comissão executiva, de seis membros, entre os quais o presidente. Os demais membros da Comissão Executiva do BCE são: o Vice-presidente do BCE e quatro vogais, nomeados de comum acordo pelo Conselho Europeu, com base na recomendação do Conselho e prévia consulta ao Parlamento e ao Conselho do Governo, entre responsáveis de comprovada experiência pessoal em assuntos monetários ou bancários e de reconhecido prestígio. O seu mandato será de 8 anos e não é renovável. As funções da Comissão Executiva do BCE são: a) Preparar as reuniões do Conselho do Governo; b) Por em prática a política monetária em conformidade com as orientações e decisões adotadas pelo Conselho do BCE, transmitindo instruções necessárias aos bancos centrais nacionais; c) Exercer delegação de determinados poderes, quando assim seja estabelecido pelo Conselho do governo.

O BCE possui também um conselho, o Conselho do BCE, formado pelo diretório e pelos governadores dos bancos centrais dos Estados-membros. A este órgão cumpre encarrega-se de adotar as grandes orientações e de formular a política monetária única. As suas votações necessitam do voto de dois terços dos seus membros, tomando-se as decisões por maioria simples, salvo em certos casos estabelecidos nos Estatutos. Entre as funções do Conselho BCE informadas no Art. 12 do Protocolo do Estatuto do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) merecem destaque: a) formular a política monetária dos Estados-membros; b) tomar as apropriadas decisões relacionadas aos objetivos de intermediação monetária; c) determinar as taxas de juros, a oferta monetária dos SEBC e a gestão de reservas no SEBC; d) Adotar as orientações e decisões necessárias para garantir o cumprimento das funções atribuídas SEBC;

e) Adotar o Regulamento interno; f) Exercer funções consultivas e; g) Adotar decisões em matéria de cooperação internacional.

Portanto, enquanto o Conselho do BCE é o órgão formulador da política monetária, o Comitê Executivo é o órgão executor da mesma. Em outros termos, o Conselho do BCE detém o poder monetário e o Comitê Executivo é a autoridade monetária.

Outro órgão a compor o organograma do BCE é Conselho Geral do BCE. A composição do Conselho Geral do BCE é a seguinte: o Presidente do BCE, o Vice-Presidente do BCE, os governadores dos bancos centrais nacionais (BCN) dos 28 Estados-Membros da União Europeia (UE). Por outras palavras, o Conselho Geral inclui representantes dos 19 países da área do euro<sup>7</sup> e dos 9 países não participantes na área do euro<sup>8</sup>. Os Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) e do Banco Central Europeu (BCE) propugnam que o Conselho Geral do BCE deverá ser dissolvido quando todos os Estados-Membros da UE tiverem adotado a moeda única.

Segundo o conceito de banco central independente exposto no item 2.2 do presente artigo, resta plausivelmente demonstrado acima que o BCE efetivamente é independente. E se examinarmos o BCE em relação as condições de independência de Neuman<sup>9</sup> combinada com a inteligência do Protocolo n° 18 chegaremos de igual modo a mesma conclusão.

### **3 MECANISMO DE TRANSAÇÕES MONETÁRIAS DEFINITIVAS DO EUROSISTEMA E A APARENTE ANTINOMIA COM A PROIBIÇÃO DO BCE FINANCIAR ESTADOS-MEMBROS DA ZONA DO EURO.**

Nos subitens seguintes será desenvolvida uma breve exposição sobre explicação sobre o que é o Mecanismo de Transações Monetárias Definitivas (OMT) do eurosistema. E em seguida, as duas principais críticas ao Mecanismo de Transações Monetárias Definitivas (OMT) do eurosistema serão objeto de análise. Por fim, as decisões do Tribunal de Justiça e pelo *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional Alemã) a respeito do OMT serão brevemente comentadas.

#### **3.1 Breve explicação sobre o que é o Mecanismo de Transações Monetárias Definitivas (OMT) do eurosistema.**

---

7 Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Finlândia, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Eslováquia, Estônia, Portugal, Grécia, Eslovênia, Chipre, Malta, Letônia e Lituânia.

8 Bulgária, Croácia, Dinamarca, Hungria, Polónia, Roménia, Reino Unido, República Checa e Suécia.

9 Vide item 2.2 deste artigo.

O mecanismo de Transações Monetárias Definitivas (OMT) do eurosistema trata-se de uma medida de política monetária tomada pelo Conselho do BCE, anunciada em 02 de agosto de 2012 e parametrizada nos termos da Ata da 340ª reunião do Conselho do Banco central Europeu (Conselho do BCE), de 5 e 6 de setembro de 2012, por meio da qual o BCE poderá fazer aquisições ilimitadas de obrigações governamentais no mercado secundário de obrigações soberanas com o intuito de preservar o mecanismo de transmissão da política monetária que seja adequado, consistente e coerente com a unicidade da política monetária da zona do euro. Este mecanismo descrito acima criado pelo Conselho do BCE foi denominado de OMT (Outright Monetary Transactions – OMTs).

O OMT, em outras palavras, é um instrumento de política monetária de uso potencial que possui por escopo mitigar os efeitos da crise da dívida soberana que se instalou em um grupo certo e determinado de países da zona do euro. Estes países afetados da dívida soberana se encontravam de fato com os fundamentos macroeconômicos mais vulnerabilizados quando a crise econômica de 2008 se deflagrou nos EUA e contaminou colateral e indelevelmente várias economias da zona do euro.

Em apertada síntese, parece ser razoável reconhecer - e aqui deveras se reconhece -, que as principais causas da crise da dívida soberana que impactou alguns países da zona do euro nos últimos seis anos foram:

- a) A baixa compatibilidade da política monetária do BCE com as peculiaridades inerentes às políticas econômicas de um grupo de países da zona do euro;
- b) A deficiência de coordenação da política fiscal de alguns Estados-membros da zona do euro com a política monetária do eurosistema;
- c) A inevitável perda da soberania monetária dos Estados-membros da zona do euro trouxe, por consequência lógica, a impossibilidade gerencial destes se adaptarem aos choques econômicos externos pela via da desvalorização monetária;
- d) A vedação instituída pelo artigo 123º da TFUE<sup>10</sup> de os Estados-membros da zona do euro contratarem empréstimos do BCE

---

<sup>10</sup> Artigo 123.º  
(ex-artigo 101.º TCE)

1. É proibida a concessão de créditos sob a forma de descobertos ou sob qualquer outra forma pelo Banco Central Europeu ou pelos bancos centrais nacionais dos Estados-Membros, adiante designados por “bancos centrais nacionais”, em benefício de instituições, órgãos ou organismos da União, governos centrais, autoridades regionais, locais, ou outras autoridades públicas, outros organismos do sector público ou empresas públicas dos Estados-Membros, bem como a compra direta de títulos de dívida a essas entidades, pelo Banco Central Europeu ou pelos bancos centrais nacionais.

para financiarem seus orçamentos fiscais com recursos emprestados pelo BCE.

Sem dúvida, a crise da dívida soberana afetou, em graus diversos, desfavoravelmente, a economia de alguns países da zona do euro, tais como: Grécia, Irlanda, Portugal, Espanha e Itália. A mencionada crise obrigou estes países da zona do euro a implementarem e a executarem um programa macroeconômico de ajuste fiscal sabidamente impopular e bastante doloroso, no curto prazo, para as suas respectivas populações. E dentre as medidas de ajuste fiscal propostas pelo FMI, pela Comissão Europeia e pelo BCE se destacam as seguintes:

- a) A desregulamentação das relações de trabalho visando ao aumento da produtividade marginal do trabalho (PMgT) para elevar a competitividade empresarial dos Estado-membro;
- b) A privatização das sociedades empresárias nas quais o Estado-membro possua participação no capital social;
- c) A reforma previdenciária com cortes de benefícios previdenciários e elevação da idade mínima para se aposentar;
- d) A flexibilização das relações de trabalho para reduzir os níveis de desemprego da economia.

### **3.2 Algumas críticas ao Mecanismo de Transações Monetárias Definitivas (OMT) do eurosistema.**

As críticas ao OMT podem ser sistemicamente reunidas em dois grupos quanto à natureza nuclear das objeções: a) a alegação de que o mesmo invade a competência dos Estados-Membros da zona do euro determinarem suas políticas econômicas em conformidade com as disposições dos tratados da União Europeia; e b) a alegação de aparente manifesta antinomia com a proibição do BCE financiar Estados-Membros da zona do euro.

Nos subitens imediatamente subsequentes a estas duas grandes críticas serão objeto de análises e comentários.

---

2. As disposições do n.º 1 não se aplicam às instituições de crédito de capitais públicos às quais, no contexto da oferta de reservas pelos bancos centrais, será dado, pelos bancos centrais nacionais e pelo Banco Central Europeu, o mesmo tratamento que às instituições de crédito privadas.

### 3.2.1 O Mecanismo de Transações Monetárias Definitivas (OMT) do eurosistema e a alegação de que o mesmo invade a competência dos Estados-Membros da zona do euro determinarem suas políticas econômicas em conformidade com as disposições dos tratados da União Europeia.

Em um primeiro e perfunctório olhar, ao se cotejar as disposições do OMT com o conteúdo dos Artigos 119<sup>o11</sup> e 127<sup>12</sup>, n<sup>o</sup> 1 e n<sup>o</sup> 2 do Tratado da União Europeia (TUE) combinados com os artigos 17<sup>o</sup> 24<sup>o</sup> do Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE se pode aduzir que as disposições do OMT poderiam potencialmente propiciar uma invasão de competência na seara das políticas econômicas dos Estados-Membros, e, particularmente, naquilo que seja estrito à matéria de política monetária. Em outros termos, isto aparentemente significa dizer que a decisão do Conselho do BC, de 06 de setembro de 2012, referente ao OMT, implica usurpar a competência dos Estados-Membros em matéria de política econômica, o que redundaria em um caso clássico de déficit de democracia<sup>13</sup>.

Entretanto, sob uma ótica holística, o fato de que a política monetária constitui uma das espécies do gênero política econômica e, mormente, considerando a análise realizada nos itens precedentes, se torna possível

11 Artigo 119.<sup>o</sup>(ex-artigo 4.<sup>o</sup> TCE)

1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 3.<sup>o</sup> do Tratado da União Europeia, a ação dos Estados-Membros e da União implica, nos termos do disposto nos Tratados, a adoção de uma política econômica baseada na estreita coordenação das políticas econômicas dos Estados-Membros, no mercado interno e na definição de objetivos comuns, e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência.

2. Paralelamente, nos termos e segundo os procedimentos previstos nos Tratados, essa ação implica uma moeda única, o euro, e a definição e condução de uma política monetária e de uma política cambial únicas, cujo objetivo primordial é a manutenção da estabilidade dos preços e, sem prejuízo desse objetivo, o apoio às políticas econômicas gerais na União, de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência.

3. Essa ação dos Estados-Membros e da União implica a observância dos seguintes princípios orientadores: preços estáveis, finanças públicas e condições monetárias sólidas e balanço de pagamentos sustentável.

12 Artigo 127.<sup>o</sup> (ex-artigo 105.<sup>o</sup> TCE)

1. O objetivo primordial do Sistema Europeu de Bancos Centrais, adiante designado "SEBC", é a manutenção da estabilidade dos preços. Sem prejuízo do objetivo da estabilidade dos preços, o SEBC apoiará as políticas econômicas gerais na União tendo em vista contribuir para a realização dos objetivos da União tal como se encontram definidos no artigo 3.<sup>o</sup> do Tratado da União Europeia. O SEBC atuará de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência, incentivando a repartição eficaz dos recursos e observando os princípios definidos no artigo 119.<sup>o</sup>

2. As atribuições fundamentais cometidas ao SEBC são:

- a definição e execução da política monetária da União,
- a realização de operações cambiais compatíveis com o disposto no artigo 219.<sup>o</sup>,
- a detenção e gestão das reservas cambiais oficiais dos Estados-Membros,
- a promoção do bom funcionamento dos sistemas de pagamentos.

13 Déficit de democracia na União Europeia diz respeito ao fato de que suas instituições e os respetivos procedimentos de tomada de decisão carecem, no âmbito da União Europeia (UE), de legitimidade democrática e, devido à sua complexidade, se revestem de pouca acessibilidade aos cidadãos europeus. Efetivamente, os eleitores da UE não sentem que têm uma forma eficaz de rejeitar um governo com o qual estejam insatisfeitos ou para mudar, de determinadas formas, o curso da política e das políticas. O controle social na UE não parece ser satisfatoriamente eficiente.

asseverar fundamentadamente, que os países que aderiram ao euro, nesse ato, renunciaram à possibilidade de estabelecerem uma política monetária diversa ou não alinhada com a política monetária para a zona do euro determinada pelo BCE por intermédio do Conselho do BCE. Esta conclusão que aqui se expõe não malfero o princípio das atribuições de competências alinhavado no Art. 5º, nº 2 do TUE. Efetivamente, não há nos instrumentos e objetivos do OMT nada que possa ser considerado conflitante com o principal objetivo de toda e qualquer política monetária: o compromisso com a estabilidade dos preços (controle da inflação) mediante o manejo pela autoridade monetária dos instrumentos de política monetária de modo a visar alcançar o centro da meta monetária definida por quem detém o poder monetário. E no caso, dos países da zona do euro, o poder monetário é detido pelo Conselho do BCE. E para alcançar a meta monetária, a autoridade monetária do BCE deve considerar simultaneamente dois objetivos meio: a transmissão adequada da política monetária e a unicidade desta política. Sobre o tema, a leitura das disposições do capítulo IV do Protocolo relativo ao SEBC e do BCE é por si suficiente para espantar qualquer dúvida quanto ao mandato outorgado pelos países da zona do euro ao BCE para que este estabeleça e execute a política monetária da zona do euro. Aos que enxergam nisto um exemplo evidente de déficit de democracia na UME, não custa lembrar que, segundo Platão, Atenas perdeu a guerra para Esparta e Sócrates foi condenado a beber cicuta em razão de haver excesso de democracia em Atenas. Em outros termos, a existência de um órgão de coordenação central no estabelecimento e execução da política monetária é condição necessária a ser observada, intrinsecamente, em toda e qualquer união monetária. Então, por qual razão, na UME, esta regra, consagrada pela teoria das uniões monetárias, não deveria ser observada?

#### **4.2.2 - O mecanismo de transações monetárias definitivas do eurosistema e a aparente manifesta antinomia com a proibição do BCE financiar Estados-Membros da zona do euro**

A regra do nº 1 do artigo 123º do TUE<sup>14</sup> impõe a vedação do financiamento do BCE aos Estados-Membros, o que inclui também a compra direta de títulos de dívida a essas entidades, pelo Banco Central Europeu.

14 Artigo 123.º (ex-artigo 101.º TCE)

1. É proibida a concessão de créditos sob a forma de descobertos ou sob qualquer outra forma pelo Banco Central Europeu ou pelos bancos centrais nacionais dos Estados-Membros, adiante designados por “bancos centrais nacionais”, em benefício de instituições, órgãos ou organismos da União, governos centrais, autoridades regionais, locais, ou outras autoridades públicas, outros organismos do sector público ou empresas públicas dos Estados-Membros, bem como a compra direta de títulos de dívida a essas entidades, pelo Banco Central Europeu ou pelos bancos centrais nacionais.

Cabe, pois, neste subitem analisar e concluir se o OMT configuraria potencialmente um malferimento à regra estabelecida pelo n° 1 do artigo 123° do TUE.

Conforme explicado no subitem 4.1 deste artigo o OMT caracteriza-se por ser uma medida de política monetária tomada pelo Conselho do BCE, por meio da qual o BCE poderá fazer aquisições ilimitadas de obrigações governamentais no mercado secundário de obrigações soberanas com o intuito de preservar o mecanismo de transmissão da política monetária que seja adequado, consistente e coerente com a unicidade da política monetária da zona do euro.

Ora, a vedação imposta pelo do n° 1 do artigo 123 do TUE diz respeito à proibição de financiamento pelo BCE aos Estados-Membros na forma de compra direta de títulos de dívida soberana de Estados-Membros (compra no mercado primário), mas não proíbe que o BCE realize aquisição de títulos soberanos de Estados-Membros no mercado secundário.

Ademais, o n° 1 do artigo 18 do Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE admite que o SEBC, dentro dos objetivos estabelecidos e definidos pela política monetária, realize incondicionalmente operações nos mercados financeiros, o que não exclui a compra e venda de obrigações soberanas de Estados-membros.

É preciso ter em mente que o teor da regra do n° 1 do art. 123 do TUE coaduna-se com o compromisso de um concertamento com uma política fiscal responsável com a não geração de déficits fiscais nos Estados-Membros que venham a extrapolar o limite prudencial de 3% do PIB. Por outro lado, isto leva a também reconhecer que eventuais compras realizadas pelo BCE no mercado secundário de títulos soberanos não estão autorizadas a, por vias transversas, descumprir a vedação imposta pelo n° 1 do art. 123 do TUE. Seria este o caso do OMT? Em outras palavras, poderiam as potenciais operações de compra de títulos soberanos de Estados-Membros no mercado secundário produzirem efeitos análogos ao de uma compra de títulos soberanos no mercado primário?

Da leitura das regras do OMT se extrai que os operadores do mercado de títulos soberanos não podem ter por certo que o BCE de fato irá efetivamente realizar operação de compra de títulos soberanos de Estados-Membros no mercado secundário. O que foi anunciado foi tão somente a possibilidade de fazê-lo, e, neste caso, respeitando-se certas condicionalidades discriminadas. Se não há certeza quanto à realização efetiva de compras de títulos públicos soberanos de Estados-Membros no mercado secundário pelo SEBC não se pode atribuir aos operadores deste mercado a denominação de intermediários do SEBC. E isto parece ser um argumento forte o suficiente para afastar a ideia de o OMT possa

configurar uma operação de financiamento direto do BCE aos Estados-Membros, circunstância esta que caso fosse configurada é, conforme já exposto, absolutamente antinômica à regra do n° 1 do artigo 123 do TUE.

A circunstância de OMT estabelecer condicionalidades como o compromisso do Estado-Membro com o cumprimento de um programa de ajuste macroeconômico supervisionado Fundo Europeu de Estabilidade Financeira (*European Financial Stability Facility*) e sujeito ao acompanhamento pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) permite aferir que o OMT não se transformaria em um incentivo para que os Estados membros venham a se desviar do compromisso com a realização de uma política fiscal responsável. E isto parece óbvio na medida, como já dito, que não há garantia para os Estados-Membros de que o SEBC venha a de fato a utilizar o OMT. A utilização do OMT pelo SEBC é meramente potencial, respeitadas as condicionantes por certo.

### **3.3 OMT e o decidido pelo Tribunal de Justiça e pelo Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional Alemã).**

Idêntica conclusão com o exposto nos subitens 4.2.1 e 4.2.2 se extrai do Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 16 de junho de 2015, processo C-62/14, que teve por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, pelo *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional Alemã), com fulcro no artigo 267° do TUE. E, finalmente, em decisão divulgada em 21 de junho de 2016, o próprio *Bundesverfassungsgericht*, a despeito dos juízes desta corte constitucional haverem reconhecido no Acórdão que ainda remanescem com dúvidas em relação à execução do OMT, os mesmos declararam que se sentem vinculados à decisão do Tribunal de Justiça informada supra que veio a rejeitar os recursos apresentados em face programa do OMT por entender que o instrumento está conforme a lei uma vez que não afeta atualmente a responsabilidade orçamentária do *Bundestag* [parlamento] e não excede manifestamente as competências atribuídas ao Banco Central Europeu. Entretanto, na decisão tomada pelo *Bundesverfassungsgericht* a aprovação do OMT restou condicionada aos seguintes pressupostos: a) a compra de títulos de um determinado país não pode ser anunciada com antecedência; b) o volume tem que ser limitado e; c) entre a emissão de um título e a sua compra por parte do BCE deve haver a fixação de um prazo; d) só poderão ser adquiridos títulos de países com acesso aos mercados de financiamento, apenas excepcionalmente o BCE poderá manter um título de dívida soberana até ao seu vencimento e os títulos devem ser novamente colocados no mercado assim que a intervenção deixar de ser necessária.

#### 4 CONCLUSÃO

O OMT não implica, em conformidade com tudo que aqui se expôs, invasão de competência dos Estados-Membros da zona do euro determinarem suas políticas econômicas em conformidade com as disposições dos tratados da União Europeia; e também não é antinômico com a proibição do BCE financiar Estados-Membros da zona do euro, se, evidentemente, forem respeitadas as condicionalidades inerentes ao OMT.

#### REFERÊNCIAS

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção). 16 de junho de 2015. No processo C-62/14. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dd1e3aa22b03614035b87094058e52259b.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRbxb0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&docid=165057&cid=456873](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dd1e3aa22b03614035b87094058e52259b.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRbxb0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&docid=165057&cid=456873) Acesso em 03.10.2016.

ALESINA, Alberto; SUMMERS, Lawrence. Central bank independence and macroeconomic performance: some comparative evidence. *Journal of Money, Credit and Banking*, Ohio, v. 24, p. 11-37, may, 1993.

\_\_\_\_\_. GATTI, R. Independent Central Banks: *Low Inflation at no Cost*. *AEA Papers and Proceedings*. v. 85, nº 2, maio, 1995.

\_\_\_\_\_. GRILLI, Vittorio. The European Central Bank: Reshaping Monetary Politics in *Europe. Working Paper*, n. 3860, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, Oct. , 1991.

BADE, Robert; PARKIN, Michael. *Central banks laws and monetary policy*. Ontario: University of Western Ontario, 1980.

BINGHAM, T. R. G. *Banking and monetary policy*. Paris: OECD, 1985.

BLUDEN, George. *The role of the central bank*. London: Preager. 1985.

BUNDESBANK The Deutsche. *Its monetary policy, instruments and functions*. Frankfurt: Bundesbank, 1992.

CAESAR, R. European Central Bank. *The issue of independence*. London: Institute of Economic Affairs, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7. ed. 2ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003.

CARDIM de CARVALHO, F. J. The Independence of Central Banks a Critical Assesment of the Arguments. *Journal of Post Keynesian Economics*, v. 18, n. 2, winter, 1995-96.

COSTA, Fernando Nogueira da. *Economia Monetária e Financeira: uma abordagem pluralista*, São Paulo: MAKRON Books, 1999.

CROSS, Sam. Following the Bundesbank - The spread of central bank independence. *Foreign Affairs*, v. 73, n. 2, 128-133, mar./abr., 1994.

CUKIERMAN, A., *Central bank's strategy, credibility and independence*. Cambridge: The MIT Press, 1990.

EIJFFINGER, Silvester; SCHALING Eric. Central bank independence in twelve industrial countries. *BNL Quarterly Review*, v. N. 184, p. 48-49, mar. 1993.

HAAN, J. De e Sturm, Jan. The Case for Central Bank Independence. *Banca Nazionale del Lavoro Quarterly Review*, n. 182, p. 304-337, set. 1992.

LASTRA, Rosa Maria. *The independence of central banks*. Cambridge, 1991. Dissertação (mestrado) Harvard University.

\_\_\_\_\_, *Banco Central e regulamentação bancária*. tradução: Dan Markus Kraft. Belo Horizonte: Livraria Dey Rey, 2000.

LIPPI, Francesco. *Central Bank independence, targets and credibility: political and economic aspects of delegation arrangements for monetary policy*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, 1999.

MONTESQUIEU. *História da Filosofia: Do humanismo a Kant*. Giovanni Relae e Dario Antiseri. São Paulo: Paulinos, 1990.

MOURY, Catherine. *A Democracia na Europa*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos e Catherine Moury, agosto de 2016.

NEUMANN, Manfred. Central bank independence as a prerequisite of price stability. In: *The economics of E.M.U. background studies for European economy*. European Economic Community Press, n. 44, p. 1-90.

\_\_\_\_\_. Precommitment by central bank independence. *Open Economies Review*, v. 2, p. 95-112, 1991.

PÖLH, Karl Otto. *Two monetary unions - The Bundesbank's view in Europe's constitutional future*. London: Institute of Economic Affairs, p. 21-53, 1990.

RELAE, Giovanni e Dario Antiseri. MONTESQUIEU. *História da Filosofia: Do humanismo a Kant*. Giovanni Relae e Dario Antiseri. São Paulo: Paulinos, 1990.

SADDI, Jairo S.. *O poder e o cofre: repensando o Banco Central*. São Paulo: textonovo, 1997.

SECONDAT, Charles; P.J. Goossens & Daisy Roterod. *The German Constitutional Court's decision about the European Central Bank's OMT mechanism: A masterpiece of judicial arrogance*. Disponível em: <https://www.ciaonet.org/attachments/25130/uploads>. Acesso em: 03 out. 2016.

SYLLA, Richard. The autonomy of monetary authorities. The case of the US Federal Reserve System. In: TÓNIOLO, Giann. *Central Banks's Independence in Historical Perspective*. New York: Columbia University

\_\_\_\_\_. *Central Bank Independence: What is it and What will it do for us?* London: Institute of Economic Affairs, 1993.

*Tratado da União Europeia*. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Lisboa/tratados-TUE-TFUE-V-Lisboa.html>>. Acesso em: 03 out. 2016.

---

# A UNIÃO EUROPEIA – ORIGENS HISTÓRICAS, LEGISLAÇÃO, FORMAÇÃO, EVOLUÇÃO, EFETIVIDADE E ATUAIS DESAFIOS. RELEVÂNCIA NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.

---

*THE EUROPEAN UNION – HISTORICAL ORIGINS, LEGISLATION, FORMATION, DEVELOPMENT, EFFECTIVENESS AND CURRENT CHALLENGES. RELEVANCE IN HUMAN RIGHTS PROTECTION.*

*Maria do Socorro Alagia Vaz Leandro  
Advogada da União*

*lotada na Consultoria Jurídica da União na Bahia.  
Especialista em Direito Público pela Universidade Salvador - UNIFACS.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Origens da União Europeia – Breve histórico; 2 Evolução; 2.1 Tratados; 2.2 Princípios Constitucionais e Valores da U.E. 2.2.1 Princípio da Integração; 2.2.2 Princípio da Solidariedade; 2.2.3 Princípio da Subsidiariedade; 2.2.4 Princípio do Respeito pela Identidade Nacional dos Estados-Membros; 2.2.5 Princípio do Equilíbrio Institucional; 2.2.6 Princípio da Proporcionalidade; 3 Instituições, Organismos e Cortes que integram a União Europeia; 3.1 Parlamento Europeu; 3.2 Conselho Europeu; 3.3 Conselho da União

Europeia; 3.4 Comissão Europeia; 3.5 Tribunal de Justiça da União Europeia; 3.5.1 Função do TJUE; 3.5.2 Reenvio Prejudicial; 4 Conselho da Europa 5 Proteção dos Direitos humanos e Fundamentais; 5.1 Assinatura da Convenção Europeia dos Direitos Humanos; 5.2 A Proteção dos Direitos Fundamentais na U.E. 5.3 Marcos fundamentais relativos aos direitos humanos no âmbito europeu; 5.3.1 Declaração Universal dos Direitos do Homem; 5.3.2 Convenção Europeia dos Direitos Humanos; 5.3.3 Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia; 6 Desafios da União Europeia na Atualidade; 7 Considerações Finais; Referências

**RESUMO:** O artigo tem por objetivo apresentar, em linhas gerais, aspectos respeitantes à formação e desenvolvimento do sofisticado e complexo bloco econômico, político e social em referência, regido pelos respectivos Tratados e capitaneado por suas instituições, trazendo à luz os motivos que ensejaram a sua formação, as principais estruturas que o integram, sua evolução e atual configuração, bem como instrumentos legais essenciais regentes e Cortes que a compõem, dando relevo à sua efetividade como política destinada ao fortalecimento da Comunidade, hoje União Europeia, que garantiu a recuperação e crescimento do continente no pós Segunda Guerra Mundial, bem como sua relevância no campo dos direitos humanos, mencionando ainda os principais desafios atualmente enfrentados, buscando nos familiarizar, dentro do possível, com esse importante ente supranacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** União Europeia. Formação e Composição. Direitos humanos. Desafios.

**ABSTRACT:** This article aims to present, in general, aspects relating to the formation and development of sophisticated and complex economic bloc, political and social in question, governed by the relevant treaties and captained by its institutions, bringing to light the reasons that gave rise to its formation, the main structures that integrate, its evolution and current configuration, as well as essential legal instruments regents and cuts that make up the emphasis on its effectiveness as a policy aimed at strengthening the Community, now the European Union, which guaranteed the recovery and growth of the continent after the Second World War and its relevance in the field of human rights, even

mentioning the main challenges currently facing, seeking familiarize ourselves as much as possible with this important supranational entity.

**KEYWORDS:** European Union. Formation and composition. Human rights. Challenges.

### INTRODUÇÃO:

O presente artigo teve como especial ensejo a participação de grupo de membros da Advocacia-Geral da União no curso International Courts and Constitutions History, Rules and Comparative Law, promovido pelo Centro de Studi Giuridici Latinoamericani, Università di Roma Tor Vergata, o qual foi um prazer e uma honra participar, consistindo numa rica experiência sob os pontos de vista profissional e pessoal, abrangendo as aulas e as visitas a algumas das Cortes mais proeminentes do mundo e mais importantes da Europa. Em poucos e intensos dias, os advogados e procuradores tiveram a oportunidade de conhecer, ainda que em linhas gerais, o funcionamento de algumas das Cortes Europeias, respectivas composições, localização das sedes, jurisdição e legislação regente, assim como os Tratados internacionais que não só regem como delinham toda a conduta jurisdicional daquelas instituições, influenciando a vida da população europeia, e, via reflexa, do mundo.

A experiência muito acrescentará aos trabalhos desenvolvidos nos órgãos a que estamos vinculados, nos mais diversos campos de atuação dos profissionais envolvidos, considerando-se, pois, da mais alta relevância as lições primordiais extraídas dessa experiência, a exemplo do contato e conhecimento das instituições e história, sobretudo no que concerne ao aprendizado relativo à avançada estrutura política denominada União Europeia, de inquestionável notabilidade, sendo, apesar de todas as grandes dificuldades enfrentadas, bem sucedido exemplo dos fenômenos conhecidos como blocos regionais <sup>1</sup>

Releva salientar que se trata a União Europeia de ente supranacional de contornos complexos até mesmo para o cidadão europeu, demandando um profundo estudo e conhecimento para sua adequada abordagem acadêmica, restringindo-se, o presente artigo, modestamente a mencionar apenas aspectos mais proeminentes sem pretender esgotar tão sofisticado instituto, em seus inúmeros e variáveis desdobramentos e aspectos.

---

<sup>1</sup> Klingl, Bernard J. L. de G. *A evolução do processo de tomada de decisão na União Europeia e sua repercussão para o Brasil* / Bernard J. L. de G. Klingl. – Brasília : FUNAG, 2014.

## 1. ORIGENS DA UNIÃO EUROPEIA – BREVE HISTÓRICO

A União Europeia possui como lema a expressão latina “In varietate concordia” - unida na diversidade - que reflete a intenção de integração do instituto, a despeito das peculiaridades e interesses nacionais visando a um bem comum e para música, o Hino à Alegria ou Ode à Alegria<sup>2</sup>, composição clássica de Ludwig van Beethoven sobre o poema escrito por Friedrich Schiller feito em 1785. Sua escolha se justifica pelo fato de que Neste poema Schiller expressa uma visão idealista da raça humana como irmandade, uma visão que tanto este como Beethoven partilhavam.

O Hino foi oficialmente adotado pelo Conselho da Europa Em 19 de Janeiro de 1972 e expressa os ideais de liberdade, paz e solidariedade, ideais que a Europa e as suas instituições como um todo querem e ambicionam prosseguir.

Para entender melhor a União europeia em sua atual configuração, torna-se válido traçar breve histórico sobre os tratados e legislação que lhe deram origem.

A noção de identidade que levou à conformação da União Europeia, tal como é conhecida hoje, possui raízes que antecedem os instrumentos jurídicos que fundamentam a sua criação e o seu desenvolvimento. O objetivo deste capítulo introdutório é o de buscar a linha condutora de evolução de certa percepção de identidade, que permitiu e continua permitindo que o processo de integração da União Europeia se desenvolva, e de identificar a lógica que orienta essa integração. A compreensão da natureza desse processo é importante instrumento para o exame da evolução decisória na União Europeia e de sua repercussão no Brasil, matéria central do trabalho, pois permite inferir que a integração alcançada resulta de longa maturação e que o patrimônio dela derivado assentase em fundamento sólido.

A existência dessa identidade foi formalmente reconhecida no texto do Tratado de Lisboa. Em seu preâmbulo, os governos dos EstadosMembros fizeram referência expressa ao conjunto de valores e experiências que permitiram aos povos da Europa a construção de uma história conjunta. *Buscouse marcar o entendimento de que as conquistas alcançadas no plano dos direitos da pessoa humana, da liberdade, da democracia, da igualdade e do Estado de Direito, ao longo de sua história,*

---

<sup>2</sup> Em alemão, Ode an die Freude

*são resultantes de um longo processo de evolução compartilhado pelos diversos povos que dele participaram desde tempos remotos.*<sup>3</sup>

Embora os ideais de integração não fossem novidade no mundo no caso particular da Europa a forma mais próxima da atual fora concebida após a Segunda Guerra Mundial, tendo como marco o Congresso para a Europa Unida, em maio de 1948, em Haia, presidida por Winston Churchill, do qual resultou a proposta de criação, em Estrasburgo, do Conselho da Europa, em 05/05/1949.<sup>4</sup>

O Primeiro-Ministro britânico nos períodos de 1940-1945 e 1951-1955), vislumbrou uma Europa unida no pós -segunda guerra mundial, sendo ele um dos idealizadores da criação dos “Estados Unidos da Europa”. Depois do conflito mundial, acreditava que só uma Europa unida poderia assegurar a paz. O seu objetivo era eliminar definitivamente as “doenças” europeias do nacionalismo e do belicismo.<sup>5</sup>

Declarou que o continente não podia continuar a arrastar o ódio e o desejo de vingança suscitados pelas feridas do passado e que a primeira medida para reconstituir a “família europeia” da justiça, da clemência e da liberdade era “criar uma espécie de Estados Unidos da Europa”, que viabilizariam o retorno da esperança e alegria aos europeus.

Nesse sentido, vale a referência às oportunas citações retiradas da Declaração Schuman, proferida pelo ministro francês dos Negócios Estrangeiros, Robert Schuman, a 9 de maio de 1950, na qual propôs a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço<sup>6</sup>.

Entre outras palavras inspiradoras e motivacionais, afirmou que *“A paz mundial não poderá ser salvaguardada sem esforços criativos que estejam à altura dos perigos que a ameaçam”,* bem como *“a Europa não se fará de uma só vez, nem de acordo com um plano único. Far-se-á através de realizações concretas que criarão, antes de mais, uma solidariedade de fato.”* (Grifo nosso)

Outras lideranças de relevo tiveram importância fundamental nesse processo, em períodos distintos da história, cujas atuações foram determinantes para a concepção e criação da União Europeia, na forma como hoje se conhece.

3 Klingl, Bernard J. L. de G. *A evolução do processo de tomada de decisão na União Europeia e sua repercussão para o Brasil* / Bernard J. L. de G. Klingl. – Brasília : FUNAG, 2014.

4 Ao oferecer ao povo da Europa a inspiração que uniu os aliados na luta contra o nazismo e o fascismo, Winston Churchill tornou-se um impulsor da integração europeia e um combatente ativo pela sua causa.

5 <[https://europa.eu/european-union/about-eu/history/founding-fathers\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/history/founding-fathers_pt)>.

6 <[https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_pt)>

## 2 EVOLUÇÃO

Para construir a Europa até alcançar a atual configuração, 28 Estados celebraram entre si tratados que instituíram comunidades europeias. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 01/12/2009, a comunidade europeia foi substituída pela união Europeia, agora dotada de personalidade jurídica.

União Europeia é uma União Econômica, política e social resultante da evolução de esforços criadores que partiram de lideranças no contexto da segunda metade do Século XX aos quais a população aderiu e trabalhou conjuntamente para seu êxito.

Durante décadas, depois de 1945, a Europa toma distância da guerra e persegue sua reconstrução e também seu desenvolvimento. A integração, pois, é Construída pela interação de fatores internos (pacificação e recuperação econômica) e externos (projeção autônoma e contenção da influência soviética)<sup>7</sup>, haja vista que o esforço também se destina a tomar distância da Guerra Fria e do confronto ideológico, relegados à responsabilidade maior das duas superpotências de então, que polarizavam o mundo.<sup>8</sup>

### 2.1 OS TRATADOS

Como já dito anteriormente, com o final da Segunda Guerra Mundial, surgiu a necessidade de integração dos países europeus para fazer frente ao cenário de devastação política e econômica em que se encontrava imersa a Europa, surgindo como primeira grande iniciativa e fruto dos esforços conjuntos a CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, fundada em 1951 e, posteriormente, a Comunidade Econômica Europeia (CEE).

Juntamente com esses, definem a União Europeia basicamente: o Tratado da Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM) e o Tratado da União Europeia (UE), o Tratado de Maastricht, que estabelece fundamentos da futura integração política. Neste último tratado, se destaca acordos de segurança e política exterior, assim como a confirmação de uma Constituição Política para a União Europeia e a integração monetária, através do euro.<sup>9</sup>

7 OSORIO, Luiz Felipe Brandão. A União Europeia e o Direito Comunitário: uma manifestação regional do direito internacional. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13777](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13777)>. Acesso em out 2016.

8 CERVO, Amado Luiz: O Brasil e a União europeia; série Diplomacia ao alcance de todos; Thesaurus Editora de Brasília, 2009, extraído do <http://funag.gov.br/loja/download/556-Livro-Na-Rua-19-O-Brasil-e-a-Uniao-Europeia.pdf>>. Acesso em: 03/10/2016.

9 <<http://www.suapesquisa.com/uniaoeuropeia/>>

A CECA foi proposta pela Declaração Schuman, datada de 09/05/1950, a qual tinha por objetivo instituir um mercado comum do carvão e do aço entre os países fundadores, França, República Federal da Alemanha, Itália, Países Baixos, Bélgica e Luxemburgo, sendo uma das primeiras instituições europeias supranacionais que deram origem à atual União Europeia<sup>10</sup>.

Visava à recuperação dos países europeus devastados pela Segunda Grande Guerra, por meio, basicamente, da fusão dos interesses econômicos das nações envolvidas.

A Comunidade Econômica Europeia (CEE), por sua vez, era uma organização internacional criada pelo Tratado de 1957, mais conhecido como Tratado de Roma (o qual também constituiu a Comunidade Europeia da Energia Atômica - Euratom), congregando inicialmente a França, a Alemanha, a Itália e Bélgica, Luxemburgo e Holanda (Benelux), tendo como principal objetivo a integração econômica dos países envolvidos, criando um mercado econômico comum.<sup>11</sup>

Com a instauração da CEE e a criação do mercado comum pretendia-se alcançar dois objetivos. O primeiro era a transformação das condições económicas das trocas comerciais e da produção no território da Comunidade. O segundo, de carácter mais político, colocou a CEE ao serviço da construção funcional da Europa política, constituindo um passo para uma unificação mais alargada da Europa.<sup>12</sup>

O Tratado CEE sofreu alterações ao longo dos anos, provocadas, entre elas:

<p><b>1. Tratado de Bruxelas, denominado “Tratado de Fusão” (1965)</b></p>	<p>Este Tratado substituiu os três Conselhos de Ministros (CEE, CECA e Euratom), as duas Comissões (CEE, Euratom) e a Alta Autoridade (CECA), por um <b>Conselho único e uma Comissão única</b>. Para além desta fusão administrativa, verifica-se o estabelecimento de um orçamento de funcionamento único.</p>
--	--

10 <[https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_pt)>

11 <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3Axy0023>>

12 Ibid.

<p><b>2. Tratado da União Europeia (TUE), Maastricht (1992)</b></p>	<p>Instituiu a União Europeia, congregando numa só entidade, a União Europeia, as três Comunidades (Euratom, CECA, CEE) e as cooperações políticas institucionalizadas nos domínios da política externa, da defesa, da polícia e da justiça. <i>A CEE passa a designar-se CE.</i> Cria a União Económica e Monetária, institui novas políticas comunitárias (educação, cultura) e alarga as competências do Parlamento Europeu.</p>
<p><b>3. Tratado de Amsterdam (1997)</b></p>	<p>Modificou o TUE, permitindo ampliar as competências da União mediante a criação de uma política comunitária de emprego, a comunitarização de uma parte das matérias que eram da competência da cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos, as medidas destinadas a aproximar a União dos seus cidadãos e a possibilidade de formas de cooperação mais estreitas entre alguns Estados-Membros (cooperações reforçadas).</p>
<p><b>4. Tratado de Nice (2001)</b></p>	<p>Trata da composição da Comissão, da ponderação dos votos no Conselho e do alargamento dos casos de votação por maioria qualificada. Simplifica igualmente o recurso ao procedimento de cooperação reforçada e torna mais eficaz o sistema jurisdicional.</p>
<p><b>5. Tratado de Lisboa (2007)</b></p>	<p>“Versão mais recente desse extraordinário exercício de integração”<sup>13</sup> <i>O Tratado de Lisboa implementa amplas reformas.</i> Acaba com a Comunidade Europeia, elimina a antiga arquitetura da UE e efetua nova repartição das competências entre a UE e os Estados-Membros. O modo de funcionamento das instituições europeias e o processo de decisão são igualmente sujeitos a modificações. Visa a melhorar a tomada de decisões. Introduce reformas em várias políticas internas e externas da UE.</p>

13 KLINGL, Bernard J. L. de G. A evolução do processo de tomada de decisão na União Europeia e sua repercussão para o Brasil / Bernard J. L. de G. Klingl. – Brasília : FUNAG, 2014. Disponível em: <<http://funag.gov.br/loja/download/1104-a-evolucao-do-processo-de-tomada-de-decisao-na-ue.pdf>>.

<p>O Tratado da CEE (1957) foi ainda alterado pelos seguintes Tratados de Adesão sofrendo sete alargamentos, até a configuração atualmente conhecida da UE<sup>14</sup>:</p>	
<p><b>1. Tratado de Adesão do Reino Unido, da Dinamarca e da Irlanda (1972)</b></p>	<p>Aumenta de seis para nove o número de Estados-Membros da Comunidade Europeia.</p>
<p><b>2. Tratado de Adesão da Grécia (1979)</b></p>	
<p><b>3. Tratado de Adesão da Espanha e de Portugal (1985),</b></p>	<p>Eleva de dez para doze o número de Estados-Membros da Comunidade Europeia.</p>
<p><b>4. Tratado de Adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia (1994),</b></p>	<p>Aumenta para quinze o número de Estados-Membros da Comunidade Europeia.</p>
<p><b>5. Tratado de Adesão de Chipre, da Eslováquia, da Eslovénia, da Estónia, da Hungria, da Letónia, da Lituânia, de Malta, da Polónia e da República Checa (2003)</b></p>	<p>Eleva de quinze para vinte e cinco o número de Estados-Membros da Comunidade Europeia.</p>
<p><b>6. Tratado de Adesão da Bulgária e da Roménia (2005)</b></p>	<p>Elevou de vinte e cinco para vinte e sete o número de Estados-Membros da Comunidade Europeia.<sup>15</sup></p>
<p><b>7. Tratado de adesão da Croácia (2013)</b></p>	<p>A Croácia passou a ser o 28º Estado-Membro da UE. Obs.: É a primeira vez que o Parlamento Europeu se pronuncia sobre um Tratado de Adesão, advindo essa nova competência da entrada em vigor do Tratado de Lisboa.</p>

Feita uma breve exposição dos mais relevantes tratados responsáveis por inaugurar e dar contornos à União europeia, releva passar às instituições que compõem o bloco.

14 Atualmente a política de alargamento da UE agrupa os países candidatos à adesão à União e os países candidatos potenciais dos Balcãs Ocidentais.

15 <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3Axy0023>>

## 2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E VALORES DA U.E.

É possível encontrar os princípios que regem a União Europeia ou a maioria deles em seu Tratado (TUE), a exemplo dos que estão aqui relacionados em lista não exaustiva e cujos itens não serão analisados detidamente por fugir à intenção desse trabalho.

### 2.2.1 PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO – ART. 1º DO TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA

### 2.2.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE - art. 4º, n.3

### 2.2.3 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE - Art. 5º, n.3:

### 2.2.4 PRINCÍPIO DO RESPEITO PELA IDENTIDADE NACIONAL DOS ESTADOS-MEMBROS - art. 4º, n.2.

### 2.2.5 PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO INSTITUCIONAL - art. 13, n.2

### 2.2.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - art. 5º, §3º<sup>16</sup>

A esses poder-se-ia acrescentar o respeito pela diversidade cultural dos povos europeus; lealdade comunitária; gradualismo; respeito pelo adquirido comunitário; democracia; Integração Diferenciada; transparência; economia Social de Mercado; Não-Discriminação.

A esse propósito, pela pertinência trazemos a exposição de Fausto Quadros, onde reforça os ideais perseguidos pelo ente supranacional em questão:

De facto, enquanto que o Direito Internacional clássico visa apenas coordenar horizontalmente as soberanias dos Estados como expressão que elas são do individualismo internacional em que aquele Direito ainda em grande parte se funda e que faz dele um Direito fragmentário, *a União Europeia e a sua Ordem Jurídica têm por objetivo primordial fomentar a criação de interesses comuns entre os Estados e, depois, valorizá-los e ampliá-los.* Por isso, à uma concepção comunitária das relações entre os Estados e entre eles e os indivíduos, isto é, ela *visa criar entre estes uma margem tão ampla quanto possível de solidariedade, que impõe a*

16 FURTADO, Rogério Dourado. *Princípios que moldaram a União Europeia. Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 31 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52856&seo=1>>. Acesso em: out. 2016.

*criação de um poder integrado, de relações verticais de subordinação entre esse poder, por um lado, e os Estados e os seus sujeitos internos, por outro, e de um Direito comum.*<sup>17</sup> (Grifo nosso)

### 3 INSTITUIÇÕES, ORGANISMOS E CORTES QUE INTEGRAM A UNIÃO EUROPEIA

O Tratado da União Europeia (TUE), no Título III, concernente às disposições relativas às instituições, em seu art. 13º, dispõe:

#### Artigo 13.o

1. A União dispõe de um quadro institucional que visa promover os seus valores, prosseguir os seus objetivos, servir os seus interesses, os dos seus cidadãos e os dos Estados-Membros, bem como assegurar a coerência, a eficácia e a continuidade das suas políticas e das suas ações. As instituições da União são:

- o Parlamento Europeu,
- o Conselho Europeu,
- o Conselho da União Europeia,
- a Comissão Europeia,
- o Tribunal de Justiça da União Europeia,
- o Banco Central Europeu,
- o Tribunal de Contas.

2. Cada instituição atua dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas pelos Tratados, de acordo com os procedimentos, condições e finalidades que estes estabelecem. As instituições mantêm entre si uma cooperação leal.

#### 3.1 PARLAMENTO EUROPEU

O parlamento europeu é composto por 751 deputados eleitos e é o único órgão da União Europeia que resulta de eleições diretas<sup>18</sup>. É o órgão legislativo da UE e representa 504 milhões de habitantes dos 28 países membros. Questões sobre política externa, segurança, agricultura, meio-ambiente,

17 QUADROS, Fausto. *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 116.(cit na obra acima).

18 <<http://www.europarl.europa.eu/portal/pt>>.

transporte, saúde, educação, proteção ao consumidor e liberdades civis. As nações são representadas de acordo com o tamanho: Malta, Luxemburgo, Estônia e Chipre vão eleger seis deputados; a Itália e a Grã-Bretanha, 73; a França 74 e Alemanha 96. Tem sede em Estrasburgo, França.

### 3.2 CONSELHO EUROPEU

O Conselho Europeu dá à União os impulsos necessários ao seu desenvolvimento e define as orientações e prioridades políticas gerais da União. O Conselho Europeu não exerce função legislativa. É composto pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros, bem como pelo seu Presidente e pelo Presidente da Comissão (ART. 15º, TUE)

O Conselho exerce, juntamente com o Parlamento Europeu, a função legislativa e a função orçamental. O Conselho exerce funções de definição das políticas e de coordenação em conformidade com as condições estabelecidas nos Tratados. O Conselho é composto por um representante de cada Estado-Membro ao nível ministerial, com poderes para vincular o Governo do respectivo Estado-Membro e exercer o direito de voto

Órgão responsável pela nomeação do Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança que conduz a política externa e de segurança comum da União.

### 3.3 CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA

**Instituído em** 1958 (como Conselho da Comunidade Económica Europeia) e é a voz dos governos dos países da UE, aprovando a legislação e coordenando as políticas. É formado por ministros dos governos de cada país da UE, em função da matéria agendada e a presidência é exercida rotativamente pelos países da UE, por períodos de seis meses. Tem sede em Bruxelas (Bélgica)<sup>19</sup>

O Conselho da UE é, juntamente com o *Parlamento Europeu*, o *principal órgão de decisão* da EU. Exercem, juntos, a função legislativa e a função orçamentaria.

### 3.4 COMISSÃO EUROPEIA

A Comissão promove o interesse geral da União e toma as iniciativas adequadas para esse efeito. A Comissão vela pela aplicação dos Tratados, bem como das medidas adotadas pelas instituições por força destes. Controla

---

19 <[https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/council-eu\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/council-eu_pt)>.

a aplicação do direito da União, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça da União Europeia (art. 17º TUE).

Os membros da Comissão são escolhidos entre os nacionais dos Estados-Membros, com base num sistema de rotação igualitária entre os mesmos que permita refletir a posição demográfica e geográfica dos integrantes.

### 3.5 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE)

Foi criado pelo Tratado de Roma, em 1957, como Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, cujo objetivo é garantir o respeito ao direito na interpretação e aplicação dos tratados. O órgão como um todo exerce competência na verificação do cumprimento do direito comunitário, na garantia de efetividade e construindo a hermenêutica das normas comunitárias.

Inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados, garantindo o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados em todos os Estados-membros. A Corte data de 1952 e tem sede em Luxemburgo.

É interessante consignar que os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.

O TJUE é composto de, pelo menos, um juiz por cada Estado-Membro, e é assistido por onze advogados-gerais.

Tem por competência, nos termos do disposto nos Tratados: a) Sobre os recursos interpostos por um Estado-Membro, por uma instituição ou por pessoas singulares ou coletivas; b) A título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos atos adoptados pelas instituições; c) Nos demais casos previstos pelos Tratados (art. 19º TUE). A ele cabe a resolução de disputas legais entre os governos nacionais e as instituições da EU.

Apelações sobre questões de direito só podem ser interpostas perante o Tribunal de Justiça contra acórdãos e despachos do Tribunal Geral. Também é possível, em certas circunstâncias, ser usada por indivíduos, companhias ou organizações para propor ações contra instituições da união europeia, se sentirem que seus direitos foram violados/infringidos de alguma forma.

Em consonância com o Artigo 267º do Tratado da União Europeia, o Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.<sup>20</sup>

20 Artigo 267.o (ex-artigo 234.o TCE) O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja

Suas decisões são importantes para a consolidação e o desenvolvimento do direito comunitário. Logo, a jurisprudência europeia exerce papel bem além daquele esclarecedor de controvérsias dentro deste ordenamento, pois *é conformador do ordenamento jurídico*, bem como *consagrador de princípios*.<sup>21</sup>

### 3.5.1 FUNÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Com a entrada em vigor do tratado de Lisboa, a EU dotou-se de personalidade jurídica e retomou as competências anteriormente conferidas à CE

A EU cria, assim, as suas próprias normas jurídicas e leis e para fazer respeitar a lei e interpreta-la e aplica-la do mesmo modo em todos os estados membros faz-se necessário um órgão jurisdicional que é o TJUE que é composto por três jurisdições: Tribunal de Justiça, Tribunal Geral e Tribunal da Função Pública

Sua missão essencial tal como um tribunal supremo ou constitucional, consiste em *examinar a legalidade dos atos das instituições da União e assegurar, designadamente através da apreciação dos pedidos de decisão prejudicial, a interpretação e a aplicação uniformes do direito da União*. Também intervém para aplicar o direito da União e resolver conflitos entre as instituições da União, entre essas e os estados-membros ou ainda entre os próprios estados-membros

A jurisprudência do TJUE constitui, juntamente com os tratados, regulamentos, diretivas e decisões, *o direito da União*.

### 3.5.2 REENVIO PREJUDICIAL

O reenvio prejudicial é um processo exercido perante o TJUE que permite a uma jurisdição nacional interroga-lo sobre a interpretação ou a validade do direito europeu. *O reenvio prejudicial permite, assim, garantir a segurança jurídica através de uma aplicação uniforme do direito da União Europeia*.

---

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

<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>>

21 OSORIO, Luiz Felipe Brandão. A União Europeia e o Direito Comunitário: uma manifestação regional do direito internacional. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13777](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13777)>. Acesso em out 2016.

O reenvio prejudicial faz parte dos processos que podem ser exercidos perante o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Este processo está aberto aos juízes nacionais dos Estados-Membros, que podem recorrer ao Tribunal para o interrogar sobre a interpretação ou a validade do direito europeu num processo em curso, tratando-se de uma pergunta relativa à *aplicação do direito europeu*.

O reenvio prejudicial favorece a cooperação ativa entre as jurisdições nacionais e o Tribunal de Justiça e a aplicação uniforme do direito europeu em toda a UE.<sup>22</sup>

Ao final dessa breve exposição sobre as principais instituições que compõem a União Europeia, vale destacar que não se deve confundir Conselho Europeu nem Conselho da União Europeia com o Conselho da Europa, o qual não é uma instituição da União Europeia.

#### 4 CONSELHO DA EUROPA

Organização internacional política cujas origens remontam ao ano de 1948, baseada na relevância de uma Europa unida, como uma maneira de evitar nova guerra. Tal movimento também tinha por escopo uma política para revelar os valores ocidentais e controlar o avanço comunista. *É instituição pioneira no processo de integração da Europa.*<sup>23</sup>

O Conselho da Europa é uma instituição internacional fundada a 05 de Maio de 1949, a mais antiga instituição europeia em funcionamento. Os seus propósitos são a defesa dos direitos humanos, o desenvolvimento democrático e a estabilidade político-social na Europa. Tem personalidade jurídica reconhecida pelo direito internacional e serve cerca de 800 milhões de pessoas em 47 Estados, incluindo os 28 que formam a União Europeia.

Hoje, o Conselho da Europa é a maior e mais antiga organização intergovernamental com carácter político integrando 46 países, incluindo todos os Estados-membros da União Europeia e 21 países da Europa Central e Oriental.

Para além dos Estados signatários acima referidos, foram aceites pelo Conselho da Europa como Estados Observadores os Estados Unidos da América, o Canadá, a Santa Sé, o Japão e o México. Estes Estados têm observadores que podem assistir às reuniões destes dois órgãos bem como às reuniões dos grupos e nas demais conferências.<sup>24</sup>

22 <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A114552>>.

23 The Council of Europe - an Overview. Free documentation disponível em: [www.edoc.coe.int](http://www.edoc.coe.int)

24 <[http://www.dgpj.mj.pt/sections/reacoes-internacionais/copy\\_of\\_anexos/o-que-e-o-conselho-da4586/](http://www.dgpj.mj.pt/sections/reacoes-internacionais/copy_of_anexos/o-que-e-o-conselho-da4586/)>

Dentro do Conselho da Europa encontra-se a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e tem sede em Estrasburgo, na França<sup>25</sup>

## 5 A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

A proteção dos direitos humanos na Europa se faz primordialmente pela atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos. Trata-se de uma Corte internacional instituída em 1959. Esse Tribunal não é um órgão da União Europeia, contrariamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia, mas uma jurisdição do Conselho da Europa. Os 47 Estados membros deste Conselho também devem ser imperativamente membros deste Tribunal e aceitar as suas decisões. Obviamente, isso afeta também os 28 membros da União Europeia, pois eles também fazem parte dessa “Grande Europa”.<sup>26</sup>

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem instituído pela Convenção, com as alterações do Protocolo n.º 14, é composto por um número de juízes igual ao de Estados contratantes, que são eleitos por um mandato de nove anos não renovável, pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa e termina aos 70 anos de idade.

*Os juízes exercem as suas funções a título individual e não representam os Estados.* Não podem exercer uma atividade incompatível com os seus deveres de independência e imparcialidade ou com a disponibilidade exigida pelo desempenho de funções o tempo inteiro.<sup>27</sup>

A CEDH tem por função precípua proteger a Convenção Europeia de Direitos Humanos, assinada inicialmente em 1950 e hoje agregando 47 países, incluindo os vinte e oito membros da União Europeia.

No que tange à estrutura institucional, a CEDH manteve as características de uma corte de uma organização internacional e está incumbida de julgar violações da Convenção perpetradas exclusivamente pelas partes contratantes.

A Convenção traz semelhança com os principais incisos dos dispositivos dos direitos fundamentais prescritos na Constituição Federal brasileira, protegendo direitos básicos, como à vida, à liberdade, contra tortura, tratamento desumano e escravidão, o direito a um julgamento justo, à irretroatividade da lei penal, direito à privacidade, liberdade de expressão, de imprensa, de associação de casamento e o direito à propriedade.

<sup>25</sup> <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho\\_da\\_Europa](https://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_da_Europa)>.

<sup>26</sup> <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Tribunal\\_Europeu\\_dos\\_Direitos\\_Humanos](https://pt.wikipedia.org/wiki/Tribunal_Europeu_dos_Direitos_Humanos)>.

<sup>27</sup> <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>>.

É um sistema fechado, em que os valores fundamentais são explicitamente declarados, estabelecendo, por conseguinte, um sistema axiológico similar à estrutura de uma Constituição.<sup>28</sup>

## 5.1 ASSINATURA DA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

(*Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*)

A Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais foi adotada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, e entrou em vigor em 1953 foi elaborada no seio do Conselho da Europa.

Tratava-se, na intenção dos seus autores, de tomar as medidas a assegurar a garantia coletiva de alguns dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.<sup>29</sup>

A Convenção consagrava, por um lado, uma série de direitos e liberdades civis e políticos e estabelecia, por outro lado, um sistema que visava garantir o respeito das obrigações assumidas pelos Estados Contratantes. Entre as instituições responsáveis por este controlo estava o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, objeto de estudo deste tópico<sup>30</sup>.

Nos termos da Convenção de 1950, os Estados contratantes e, no caso dos Estados que reconheciam o direito de recurso individual, os requerentes individuais (pessoas singulares, grupos de particulares ou organizações não governamentais), podiam apresentar na Comissão queixas dirigidas contra os Estados contratantes, por violação dos direitos garantidos pela Convenção.

Onze Protocolos adicionais foram adotados desde a entrada em vigor da Convenção. Os Protocolos n.ºs 1, 4, 6 e 7 acrescentaram direitos e liberdades aos direitos e liberdades que estavam consagrados na Convenção.

Em 13 de Maio de 2004 foi aberto à assinatura em Estrasburgo, o Protocolo n.º 14 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que introduzia alterações a fim de manter e reforçar a eficácia do sistema de controle do Tribunal.

Qualquer Estado contratante (queixa estadual) ou qualquer particular que se considere vítima de uma violação da Convenção (queixa individual) pode dirigir diretamente ao Tribunal de Estrasburgo uma queixa alegando

28 Pollicino, Oreste e Bassini, Marco. “ECHR and EU Law: Europe as country of rights” aula ministrada no curso Cortes Constitucionais,

29 <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>>.

30 A Comissão Europeia dos Direitos do Homem (criada em 1954) e o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, também compartilhavam essa missão.

a violação por um Estado contratante de um dos direitos garantidos pela Convenção.

O procedimento se dá com base na subsidiariedade processual em relação aos Estados Contratantes<sup>31</sup>.

Deve haver o esgotamento prévio dos remédios domésticos e seis meses das decisões finais, (art. 35 Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>32</sup>) –havendo exceções, a exemplo da inexistência de remédio em nível nacional e violações que ameaçam a vida.

Segundo o professor Giorgio Repetto na sua exposição acadêmica,<sup>33</sup> integrante da grade do Curso de Cortes Constitucionais<sup>34</sup> *são quatro os grupos básicos de direitos humanos a que a Corte é chamada a garantir*, salientando que as referências aos dispositivos legais referem-se à Convenção Europeia de Direitos Humanos:

1. O absoluto e primordial (*ius cogens*) direito à vida (art. 2) proibição da tortura e escravidão (arts. 3 e 4) direito à vida e à liberdade (art. 5);
2. Garantias processuais (*fair trial*) arts. 6 e 7 (*nulla poena sine legge*) direito a um remédio efetivo;
3. Individuo como parte de uma comunidade direito ao respeito para a vida provada e familiar (8), pensamento, consciência (9), imprensa (10) reunião (11), casamento (12);
4. *Áreas residuais: propriedade*, direito ao voto, educação (Prot. n. 1)<sup>35</sup>

O objeto da jurisdição da CEDH está de acordo com o art. 1 da Convenção, segundo o qual as altas partes contratantes devem garantir a todos dentro de sua jurisdição os direitos e as liberdades definidos nessa convenção.

31 REPETTO, Giorgio. The Protection of Rights in the ECHR and the Strasbourg Court, aula ministrada no Curso Cortes Constitucionais, Tor Vergata, Roma 30/06/2016

32 ARTIGO 35º Condições de admissibilidade 1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva. [..]

33 REPETTO, Giorgio. The Protection of Rights in the ECHR and the Strasbourg Court, aula ministrada no Curso Cortes Constitucionais, Tor Vergata, Roma 30/06/2016

34 International Courts and Constitutions History, Rules and Comparative Law, promovido pelo Centro de Studi Giuridici Latinoamericani, Università di Roma Tor Vergata

35 Ibid.

ARTIGO 1º Obrigação de respeitar os direitos do homem As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.

Os estados devem conter de fazer qualquer coisa que possa infringir ou de alguma forma limitar o gozo de um direito (obrigação negativa)

Requisitos de admissibilidade para aplicação individual, com o recebimento da demanda pelo Tribunal:

1. Requisitos subjetivos (desvantagem significativa; arts. 34/35);
2. Requisito processual (art. 35 paragrafo 1º) exaurimento do remédios domésticos;
3. Requisito jurisdicional (*ratione personal loci temporis*)

No que concerne à jurisdição da CEDH, deve ser fundada nos seguintes critérios<sup>36</sup>:

*Ratione personae* – dentro do âmbito da responsabilidade de um estado contratante

*Ratione loci* – dentro do território do estado contratante ou outras áreas controladas

*Ratione temporis* – violação cometida depois da entrada em vigor da convenção em relação a esse estado contratante.

## 5.2 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA

A propósito de tópico acima formulado, os professores Oreste Pollicino e Marco Bassini<sup>37</sup> trouxeram à discussão os precedentes jurisprudenciais a seguir relacionados, reforçando o entendimento pelo reconhecimento que os direitos humanos fundamentais estão consagrados nos princípios

<sup>36</sup> Os refugiados também são admitidos para proteção e seu caso não envolve um problema de admissibilidade.

<sup>37</sup> Pollicino, Oreste e Bassini, Marco. "ECHR and EU Law: Europe as country of rights" aula ministrada no curso Cortes Constitucionais [...]

gerais do direito comunitário, atribuindo-lhes muito mais efetividade e proteção para o cidadão e a sociedade como um todo.

No caso 1969, *Stauder* a Corte Europeia de justiça reconheceu a salvaguarda dos direitos humanos fundamentais também pelo direito comunitário, a que se pode acrescentar o caso 1974, *Nold*; 1975, *Ruttilli*; 1989, *ERT*; 2003, *Mary Carpenter*, os quais, cada um dentro de suas especificidades ratificaram o conceito de respeito aos direitos humanos e seu respectivo reconhecimento e garantia no âmbito da União Europeia.

Ao mesmo tempo, nos alerta que o exercício dos direitos fundamentais não pode ser sem limites. A exemplo do caso 1991, *Wachauf*, em que a Corte opinou os direitos fundamentais reconhecidos pela Corte não eram absolutos, contudo, devendo ser considerados em relação à sua função social. Consequentemente, restrições podem ser impostas ao exercício desses direitos, em benefício do interesse geral da comunidade.

Embora em situações distintas, mas nessa mesma esteira de entendimento, apresentam-se os casos como *Schimidberger v. Austria* 2003; 2004 *Omega* e outros, os quais não procederemos à descrição detalhada ante a impossibilidade de nos estendermos no tema.

Não podem, portanto, nesse sentido, pairar **dúvidas** de que o objetivo de proteger a dignidade humana é compatível com a lei comunitária, hoje União Europeia.

O tema é, pois, da mais alta relevância guardando ainda controvérsias acerca da amplitude dos direitos humanos, individuais versus os direitos e interesses da coletividade, merecendo a reflexão e detido exame, caso a caso, a exemplo dos precedentes formados pelos tribunais e analisados pelos estudiosos do assunto, visando à solução que melhor atenda, de forma coerente e justa, aos interesse e direitos do cidadão e das coletividades.

### **5.3 MARCOS FUNDAMENTAIS RELATIVOS AOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO EUROPEU**

#### **5.3.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM**

É um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de Dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos.<sup>38</sup> Não está relacionado com a União Europeia.

38 <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>

### 5.3.2 CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

Assinada a 04 de novembro de 1950, em Roma<sup>39</sup>, teve por inspiração a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), destinando-se a assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efetivos dos direitos nela enunciados.

Também conhecida como Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a Convenção de 1950 preconiza assegurar os seguintes direitos e vedar a prática de condutas abusivas contra o indivíduo:

- Artigo 2.º : Direito à vida
- Artigo 3.º : Proibição da tortura
- Artigo 4.º : Proibição da escravatura e do trabalho forçado
- Artigo 5.º : Direito à liberdade e à segurança
- Artigo 6.º : Direito a um processo equitativo
- Artigo 7.º : Princípio da legalidade
- Artigo 8.º : Direito ao respeito pela vida privada e familiar
- Artigo 9.º : Liberdade de pensamento, de consciência e de religião
- Artigo 10.º : Liberdade de expressão
- Artigo 11.º : Liberdade de reunião e de associação
- Artigo 12.º : Direito ao casamento
- Artigo 13.º : Direito a um recurso efetivo
- Artigo 14.º : Proibição de discriminação

### 5.3.3 CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Assinada em Nice, em 07 de dezembro de 2000, foi recepcionada com o mesmo status de Tratado quando das alterações promovidas no Tratado da União Europeia pelo Tratado de Lisboa, 2007, estando reconhecido no Artigo 6º do TUE, vazado, agora, nos seguintes termos:

---

39 O texto da Convenção inclui as modificações introduzidas pelo Protocolo nº 14 (STCE nº 194), entrado em vigor em 1 de Junho de 2010. O texto da Convenção foi anteriormente modificado nos termos das disposições do Protocolo nº 3 (STE nº 45), entrado em vigor em 21 de Setembro de 1970, do Protocolo nº 5 (STE nº 55), entrado em vigor em 20 de Dezembro de 1971 e do Protocolo nº 8 (STE nº 118), entrado em vigor em 1 de Janeiro de 1990, incluindo ainda o texto do Protocolo nº 2 (STE nº 44) que, nos termos do seu artigo 5º, parágrafo 3º, fazia parte integrante da Convenção desde a sua entrada em vigor em 21 de Setembro de 1970. Todas as disposições modificadas ou acrescentadas por estes Protocolos foram substituídas pelo Protocolo nº 11 (STE nº 155), a partir da data da entrada em vigor deste, em 1 de Novembro de 1998. A partir desta data, o Protocolo nº 9 (STE nº 140), entrado em vigor em 1 de Outubro de 1994, foi revogado e o Protocolo nº 10 (STE nº 146) ficou sem objeto.

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.

A Carta de direitos fundamentais da União Europeia, está dividida em 54 artigos, organizados em 7 Capítulos que tratam da Dignidade, Liberdades, Igualdade, Solidariedade, Direitos do cidadão, Justiça e Disposições gerais.

## 6 DESAFIOS DA UNIÃO EUROPEIA NA ATUALIDADE

Entre os desafios enfrentados pela União Europeia está a resistência oposta por alguns de seus Estados-membros, no tocante à primazia da legislação da UE sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, que, em caso de choque, deverão ser declinados em favor da legislação comunitária<sup>40</sup>.

A despeito da integração entre EM e UE, promovida, entre outras ferramentas, pelo art. 267 Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e art. 4 par. 3<sup>o</sup><sup>41</sup> do Tratado da União Europeia (TUE), o ente supranacional ainda tem como *óbice* a própria aceitação pelos Estados contratantes.

Tal contrariedade se manifesta na relutância de Tribunais nacionais em reconhecer a primazia da legislação da União Europeia e aceitá-la como parâmetro constitucional em suas decisões.

Outro aspecto suscitado pelos integrantes é a alegada perda de soberania, provocada pela União, assim como questionamentos quanto à efetiva participação popular nas decisões das instituições e organismos dirigentes da União Europeia.

Exemplo claro dessa insatisfação é a recentemente ocorrida votação pelo BREXIT, onde, por conta de pressões políticas e de parcelas da população, foi convocado plebiscito para decidir sobre a permanência ou saída do Reino Unido do bloco econômico no qual havia ingressado em 1973, então Comunidade Econômica Europeia (CEE).

40 GUZZETTA, Giovanni. Fundamental Rights Pluralism and Constitutional Protection, aula ministrada, no Curso Cortes Constitucionais [...], Roma, 28/06/2016.

41 3. Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados. Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União. Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União.

Os britânicos votaram pelo sim e os argumentos para justificar a saída seriam os perigos da União Europeia face às fragilidades do sistema de bloco, como as promessas de segurança e prosperidade que não se teriam cumprido com a adesão e União dos Estados-membros.

Em documentário<sup>42</sup> produzido acerca do tema, os ingleses trazem ainda como problemas detectados no formato de integração sob o qual se encontra hoje, a falta de conhecimento da população quanto a seus governantes, em sua maioria nomeados; a dificuldade na prestação de contas pelos dirigentes; falta de crescimento; engessamento político e econômico, violação das soberanias nacionais; tratando-se, na visão dos defensores da ruptura, a União Europeia, de uma instituição anti-democrática, devido à concentração das lideranças do bloco em órgãos únicos que dirigem todos os Estados-Membros, em detrimento da soberania nacional.

Não lhes agrada a ideia de entregar sua soberania a um poder central fora de seu controle, à medida em que criticam o conceito de “soberania conjunta” e o excesso de cargos, desnecessários, como 4 presidentes da união europeia e tantos comissários, bem como excesso de estruturas administrativas, que confundem a população que, inadvertidamente, promove a transferência maciça de poder que decorre desse desconhecimento por parte dos administrados.

Tal movimento, se confirmado, pode agravar a crise pela qual vem passando o continente europeu, como foi noticiado pela mídia por ocasião das eleições para renovação do Parlamento Europeu em setembro, quando a previsão era de um fortalecimento dos partidos conservadores, contrários à União do bloco e à imigração, isso graças ao descontentamento da população com os sete anos de crise econômica, cortes de gastos e alto nível de desemprego – são 26 milhões de pessoas sem trabalho, questão agravada ainda pela crise dos refugiados, outro grave problema de natureza humanitária, política e econômica, a ser enfrentado sobretudo pela Europa.

Nesse cenário, deverá a União Europeia envidar os melhores esforços a fim de equacionar diferenças econômicas e culturais na formação do bloco, buscando alternativas políticas para a solução de problemas como o desemprego, compor com os Estados insatisfeitos chegando a soluções que atendam aos interesses da coletividade.

Todo esse esforço visa a superar as crises e ameaças internas e externas, com o objetivo de manutenção do ente e preservação do ideal bem sucedido de integração e coesão do bloco, tendo em mente a necessidade de abdicar para obter vantagens maiores e melhores, que a União Europeia como ente supranacional de sua envergadura pode proporcionar como retribuição aos sacrifícios inevitavelmente impostos aos membros, mas

42 BREXIT: O Filme. Disponível em <https://youtu.be/QbjYi1QrTWY>

que rendem inquestionáveis e valorosos benefícios proporcionados aos seus habitantes, como a livre circulação de pessoas, mercadorias e serviços, entre outras reconhecidamente positivas, para os cidadãos e a economia.

Como assevera o professor Amado Luiz Cervo ao tratar do bloco econômico europeu<sup>43</sup>:

A formação de blocos inerente aos processos de integração somente alcança resultados palpáveis no médio ou longo prazos. A União Europeia lança raízes no Tratado de Roma de 1957, expande-se nos anos 1980, introduz o euro como moeda comum em 1999, integra vinte e cinco países em 2004, 27 em 2007. *Esse itinerário de sucessos tropeça, todavia, no malogro do projeto que lhe conferiria uma constituição comum, em choques de interesses internos aos países e na vontade nacional de alguns, que paira sobre a União. [...]*

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Europa é um continente admirável, cujo poder de recuperação e criação de soluções criativas e estratégias, viabilizou seu *êxito em sair das crises* que se lhe apresentavam e apresentam, crises de dimensões muitas vezes avassaladoras, como um passeio pela história do velho continente pode demonstrar, seja pelo enfrentamento de desastres naturais ou provocados pelo homem, crises econômicas, conflitos bélicos, terrorismo entre tantos outros.

Sequencialmente a Segunda Grande Guerra, cujo impacto foi de dezenas de milhões de mortos e prejuízos políticos, econômicos sociais e sobretudo humanos para uma população sofrida, assistiu-se ao surgimento e crescimento de grandes lideranças políticas que juntamente com a população e esforço conjunto reergueram tornando-se ainda mais fortes e resilientes, organizados, mantendo a capacidade de preservação de sua cultura, tradições e patrimônio, ao que é acrescido ainda maior valor se imaginarmos o mosaico de que se forma a Europa, composta por tantos e tão distintos países, cada um com uma língua, características e peculiaridades, povos que ao seu modo se integram, buscando mecanismos de divisão dos espaços benefícios e exercendo a cidadania por todo o continente.

Temos muito a aprender com o velho continente, seja por sua maioria em relação a nós pertencentes ao novo mundo, incorporando, no que for cabível, considerada a nossa realidade e sem desmerecer nosso avanços e boas práticas, as *noções* de união, respeito aos direitos humanos,

43 CERVO, Amado Luiz. O Brasil e a União Europeia; série Diplomacia ao alcance de todos; Thesaurus Editora de Brasília, 2009. Disponível em <<http://funag.gov.br/loja/download/556-Livro-Na-Rua-19-O-Brasil-e-a-Uniao-Europeia.pdf>>. Acesso em: 03/10/2016.

valorização das próprias instituições, luta pela preservação do patrimônio público e implementação de políticas que favoreçam a cultura e a educação tão necessárias a nós, proporcionando condições realmente dignas de vida à população para que enfim sinta realmente o conceito da palavra cidadão.

Por fim, a despeito de todos os desafios enfrentados pela União Europeia, é possível afirmar o êxito da política de integração no cenário em que estava a Europa no século XX, até os dias de hoje, permanecendo um dos mais expressivos blocos, abrangendo os campos econômico, social e político, incluindo a defesa dos direitos consignados e garantidos nos Tratados que regem o ente supranacional, mantendo sua indiscutível influência, permanecendo na vanguarda de importantes institutos para a humanidade através da história.

## REFERÊNCIAS

KLINGL, Bernard J. L. de G. A evolução do processo de tomada de decisão na União Europeia e sua repercussão para o Brasil / Bernard J. L. de G. Klingl. – Brasília : FUNAG, 2014. Disponível em: <<http://funag.gov.br/loja/download/1104-a-evolucao-do-processo-de-tomada-de-decisao-na-ue.pdf>>.

OSORIO, Luiz Felipe Brandão. A União Europeia e o Direito Comunitário: uma manifestação regional do direito internacional. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13777](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13777)>. Acesso em out 2016.

CERVO, Amado Luiz: O Brasil e a União europeia; série Diplomacia ao alcance de todos; Thesaurus Editora de Brasília, 2009. Disponível em: <<http://funag.gov.br/loja/download/556-Livro-Na-Rua-19-O-Brasil-e-a-Uniao-Europeia.pdf>> em 03/10/2016>.

QUADROS, Fausto. *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

POLLICINO, Oreste e BASSINI, Marco. “ECHR and EU Law: Europe as country of rights” aula ministrada no Curso Cortes Constitucionais e Constituições, Tor Vergata, Roma, 29/06/2016.

REPETTO, Giorgio. The Protection of Rights in the ECHR and the Strasbourg Court, aula ministrada no Curso Cortes Constitucionais [...], Roma, 30/06/2016

GUZZETTA, Giovanni. *Fundamental Rights Pluralism and Constitutional Protection*, aula ministrada, no Curso Cortes Constitucionais [...], Roma, 28/06/2016.



---

# LIBERDADE DE EXPRESSÃO, HATE SPEECH E A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE DE ESTRASBURGO)

*FREEDOM OF SPEECH, HATE SPEECH AND THE EUROPEAN  
COURT OF HUMAN RIGHTS (STRASBOURG COURT)*

---

*Mariana Munhoz da Mota*

*Advogada da União em exercício na Coordenação-Geral de Ações Estratégicas da  
Procuradoria-Regional da União da 1ª Região. Pós-graduada em Direito Público*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A proteção internacional dos direitos humanos; 2 A Convenção Europeia de Direitos Humanos e seu órgão de efetivação: A Corte Europeia de Direitos Humanos; 3 Liberdade de expressão. 4 Liberdade de expressão x Hate speech; 5 Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O conflito entre a liberdade de expressão, valor caro à democracia, e os demais direitos fundamentais corolários da dignidade da pessoa humana, há muito é objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, tanto no âmbito do direito interno como no direito internacional. A preocupação com a disseminação do discurso de ódio (hate speech) ganha contornos importantes na atualidade, tendo em vista o poder disseminador da internet e das redes sociais. O presente artigo tem o propósito de analisar, em breves linhas, o posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos quando se depara com a liberdade de expressão em confronto com a dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos. Liberdade de expressão. Dignidade da pessoa humana. Discurso de ódio. Sistema Internacional de Proteção. Convenção Europeia. Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte de Estrasburgo). Jurisprudência.

**ABSTRACT:** The conflict among freedom of speech, this special value from democracy, and other fundamental rights corollaries of human dignity has been long discussed by judges and legal doctrine in the national and international orders. The concern about the dissemination of hate speech nowadays is relevant given the fact that the power of dissemination on internet and social medias. This study aims to analyse in short lines the matters of European Court of Human Rights when dealing with freedom of speech versus human dignity.

**KEYWORDS:** Human Rights. Freedom of speech. Human dignity. Hate Speech. International System of protection. European Convention on Human Rights. European Court of Human Rights (Strasbourg Court). Jurisprudence.

## INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é “um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos”.<sup>1</sup>

Trata-se de direito fundamental decorrente dos ideais liberais, reconhecido especialmente como forma de proteção do cidadão em face do Estado. Seu conteúdo foi lapidado ao longo do tempo, e sobre ele se debruçaram diversos filósofos. John Stuart Mill, por exemplo, defendia ser a liberdade de expressão instrumento para obtenção da verdade, pois poderia propiciar amplo debate e prevalectimento das melhores e mais justas ideias.

Atualmente, pode-se afirmar que se incluem entre a liberdade de expressão faculdades diversas, tais como comunicação de pensamentos e ideias por meios verbais ou não verbais, expressões artísticas e apresentações musicais, elaboração de críticas políticas e charges satíricas, publicação de opiniões na internet, entre outros. Depreende-se, pois, que é valor inerente e essencial à ordem democrática e ao pluralismo político.

No entanto, seria a liberdade de expressão um valor absoluto, a ser protegido a todo custo? Não se pode olvidar que em uma sociedade plural, o conteúdo da liberdade de expressão nem sempre é inofensivo, pois palavras podem gerar graves consequências e até mesmo incitar ódio contra outros cidadãos que não compartilham do mesmo modo de vida que o interlocutor.

Nesse contexto, surge a preocupação do Estado e da comunidade jurídica com o problema do hate speech (discurso de ódio), termo utilizado para definir o exercício abusivo da liberdade de expressão, capaz de gerar graves e injustificadas consequências.

Em quais casos pode o Estado afastar a liberdade de expressão a fim de evitar lesão à dignidade de seus cidadãos, sem que isso represente censura ou violação à pluralidade de pensamentos? A resposta a essa pergunta depende muito de fatores históricos e dos valores preponderantes em cada ordenamento jurídico.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a liberdade de expressão é amplamente protegida pelo Poder Judiciário, sendo possível observar a prevalência dos direitos de liberdade, ainda que o discurso contenha manifestações preconceituosas e intolerantes. É o que se depreende de decisões da Suprema Corte envolvendo integrantes da Ku Klux Klan.<sup>2</sup>

1 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Fl. 402.

2 Daniel Sarmiento leciona que, em caso envolvendo atos praticados pela organização Ku Klux Klan, nos quais pessoas encapuzadas queimavam cruzes e proferiam palavras de ordem contra negros e judeus, a Suprema

Na Alemanha, por outro lado, país fortemente abalado pelas atrocidades do regime Nazista, pode-se perceber uma tendência maior a coibir o hate speech, pois no direito alemão, é a dignidade da pessoa humana o valor máximo, e não a liberdade de expressão. O caso mais debatido na Corte Constitucional Alemã sobre o tema envolveu a negação do Holocausto, tendo sido firmado o entendimento de que a negatividade de um fato histórico em nada contribui para a formação da opinião pública, e, por isso, não é constitucionalmente protegida pela liberdade.

O tema é deveras polêmico, e não é possível, neste artigo, esgotar seu conteúdo. O objeto do estudo é delimitado, e seu escopo consiste em analisar determinadas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o tema.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, é o órgão jurisdicional criado no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos para proteção internacional dos direitos humanos. Atualmente ela recebe requerimentos de particulares que se dizem vítima de violações praticadas por algum Estado signatário da Convenção.

Para exposição do trabalho, inicialmente será traçado um breve histórico da proteção internacional dos direitos humanos e da criação da Corte Europeia de Direitos Humanos. Em seguida, serão apresentadas informações a respeito do funcionamento da Corte e sua sistemática de julgamento.

Posteriormente, serão abordados o conceito de liberdade de expressão e seu conteúdo na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Outrossim, serão elencadas as razões que justificam a regulação do hate speech nas ordens jurídicas e, por fim, serão analisados casos concretos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos sobre esse tormentoso assunto.

## 1 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A história da proteção internacional dos Direitos Humanos não equivale inteiramente à história da evolução dos direitos humanos em geral. Noções similares com as atuais ideais de direitos humanos e de direitos naturais são encontradas desde a Antiguidade, por razões diversas, entre as quais está a difusão do Cristianismo.

Contudo, somente com o surgimento do Iluminismo e com o advento das Revoluções Americana e Francesa, ideias relacionadas à universalização dos direitos humanos começam a se propagar. A partir de então, declarações de direitos são elaboradas, e o arcabouço de proteção internacional começa a se formar, ainda que de forma incipiente. Em 1864, por exemplo, foi

---

Corte decidiu que a defesa de ideias racistas seria decorrente da liberdade de expressão. O que seria proibido seria a incitação a atos violentos.

assinado um dos primeiros tratados voltados diretamente à proteção da pessoa humana, visando conferir proteção aos combatentes que, em conflito armado, estivessem fora de combate.<sup>3</sup>

Nesse contexto, também tiveram importante papel na internacionalização o Direito Humanitário, e a criação de instituições internacionais, como a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, em 1919. No entanto, a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge apenas em meados do século XX, após o final da II Segunda Guerra Mundial.

Como ensina Thomas Buergenthal,

O moderno direito internacional dos direitos humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.<sup>4</sup>

Ou seja, os terríveis atos praticados pelos governos totalitários na Europa, em especial pelo regime nazista alemão, tiveram como consequência a certeza de que a violação dos direitos humanos não pode ser entendida como um problema nacional e limitado ao território de um país, mas sim como uma questão a ser tratada por toda a comunidade internacional.

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a proclamação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos constituem o efetivo marco a partir do qual a proteção internacional dos direitos humanos passa a ser prioridade na agenda internacional. E, nessa esteira, surgem os primeiros tribunais internacionais voltados a julgar indivíduos envolvidos nessas violações, a exemplo do Tribunal de Nuremberg (Tribunal Militar Internacional).

Importante destacar que esse contexto histórico também culminou na flexibilização do conceito de soberania nacional absoluta, pois passou a vigorar o entendimento de que os Estados Nacionais podem vir a ser responsabilizados no âmbito internacional, quando suas instituições se mostram falhas ou omissas na proteção dos direitos humanos.

Entretanto, impende registrar que o sistema internacional de proteção aos direitos humanos constitui sistema subsidiário e complementar ao direito nacional. Cabe aos próprios Estados agir para efetivamente proteger os direitos de seus cidadãos. Os mecanismos internacionais são acionados somente quando o Estado falha nessa proteção.

3 Convenção de Genebra para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha.

4 BUERGENTHAL, Thomas. apud PIOVESAN, Flávia, p. 137

## **2 A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E SEU ÓRGÃO DE EFETIVAÇÃO: A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

Com o fim da II Guerra Mundial, o continente europeu iniciou sua reconstrução e reorganização, buscando, primordialmente, impedir a ocorrência de novos conflitos armados. Vários movimentos passam a pedir a criação de uma organização supranacional, com a finalidade de prevenir o retorno de regimes totalitários.

A ideia de criar uma assembleia europeia aparece pela primeira vez durante o Congresso da Europa, realizado em Haia, em 10 de maio de 1948. Após algumas divergências entre França e Inglaterra, em 5 de maio de 1949 é criado um órgão com a missão de zelar pelo consenso no continente europeu: o Conselho da Europa.

Originariamente, dez países europeus assinaram seu Estatuto: Bélgica, Dinamarca, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Suécia e Reino Unido. Pela primeira vez na história instituiu-se uma assembleia parlamentar internacional.

Tal entidade foi criada com os objetivos de promover a democracia e a prevalência de um estado de direito, de proteger os direitos humanos e de procurar soluções comuns para os problemas das sociedades, bem como para desenvolver a estabilidade democrática na Europa.

A cidade de Estrasburgo foi escolhida para ser a sede permanente do Conselho (e, futuramente, também da Corte), por uma razão simbólica: por vários séculos a cidade esteve no centro de conflitos entre a França e a Alemanha, e agora poderia servir como o símbolo da reconciliação europeia.

É importante ressaltar, desde logo, que o Conselho da Europa não se confunde com a União Europeia, bloco regional que na atualidade ultrapassa a ideia de mero bloco econômico, representando verdadeira integração regional. O Conselho, atualmente, é composto por 47 países membros, e tem o objetivo de fortalecer os direitos humanos e a democracia no continente europeu. A União Europeia, por sua vez, é composta por 28 países (em um futuro próximo, talvez 27, em razão do Brexit), e legisla a respeito de comércio internacional, imigração, circulação de pessoas, entre outros.

A primeira, e talvez a maior realização do Conselho da Europa, foi a adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos, assinada em 4 de novembro de 1950, na cidade de Roma, pelos Estados membros, e ratificada em 1953. Em vigor deste então, o Tratado já foi alterado por quatorze protocolos adicionais.

Ao ser assinado, este tratado possuía três objetivos delimitados: listar e definir os direitos a serem garantidos; especificar as condições em que estes direitos poderiam ser exercidos; criar mecanismos para que

estes direitos fossem obrigatoriamente observados. Importa esclarecer que, em virtude da forte influência liberal/capitalista britânica, não foram garantidos direitos sociais na Convenção, mas apenas aqueles direitos que se convencionou chamar de direitos de primeira geração ou dimensão.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, em suma, assegura: direito à vida, direito a julgamento justo e devido processo legal, liberdade de expressão, pensamento, consciência e religião, proteção à propriedade privada, respeito à vida familiar e privada. Por outro lado, proíbe a tortura e o tratamento degradante, a pena de morte, a escravidão e o trabalho forçado, bem como a detenção arbitrária e ilegal.

Não é exagero afirmar que a Convenção é o principal instrumento de proteção dos direitos humanos na Europa. Contudo, nos dias atuais a proteção não se restringe ao continente europeu, já que Rússia e Turquia (países que se localizam parcialmente também na Ásia), por exemplo, são signatárias do tratado. Ademais, registre-se que, em virtude do contexto histórico, até a década de 80 era uma convenção assinada apenas por países da Europa ocidental. Somente com o fim da União Soviética os países do leste europeu vieram a assinar a convenção.

Para dar efetividade à proteção dos direitos humanos e assegurar o respeito aos compromissos assumidos, a Convenção previu, em seu artigo 19, a criação de um tribunal, de caráter permanente, composto por juízes indicados pelos países contratantes. Eis o fundamento legal para a criação da Corte Europeia de Direitos Humanos.

A Corte foi de fato criada em 1959. A primeira sessão ocorreu entre 23 e 28 de fevereiro daquele ano, e em 14 de novembro realizou-se o primeiro julgamento – Caso *Lawless v. Ireland*. Atualmente a Corte é composta por quarenta e sete juízes - um representante de cada país signatário da Convenção, eleitos pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa.

Importante destacar que a Corte Europeia de Direitos Humanos não se confunde com o Tribunal de Justiça da União Europeia (Corte de Luxemburgo), órgão jurisdicional da União Europeia, ou com a Corte Internacional de Justiça (Corte de Haia) – órgão jurisdicional da ONU. Sua atribuição é exclusiva para analisar violações aos direitos elencados na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

O trabalho desempenhado pela Corte ao longo destas décadas é de suma importância, pois a Convenção evoluiu sobretudo graças à interpretação das suas disposições. Por meio de sua jurisprudência, o Tribunal transformou a Convenção num instrumento vivo, alargando assim os direitos garantidos e permitindo a sua aplicação a situações que não eram previsíveis quando da adoção da mesma.

Inicialmente, a estrutura criada pela Convenção previa a existência de dois órgãos distintos: a Comissão de Direitos Humanos, e a Corte. Entretanto, com a entrada em vigor do Protocolo nº 11 à Convenção, em 1998, essa estrutura foi substituída por uma única Corte, estabelecida em tempo integral. Essa alteração pôs um fim às funções de filtro da Comissão, possibilitando que os reclamantes trouxessem os casos diretamente à Corte.

A Convenção estabelece uma distinção entre dois tipos de queixas: as individuais, apresentadas por qualquer pessoa singular, grupo de particulares ou organização não governamental que considere que os seus direitos foram violados; e aquelas interestaduais, apresentadas por um Estado contra outro. Entretanto, verifica-se que na prática, desde a criação do Tribunal, a grande maioria dos casos julgados refere-se a demandas apresentadas por particulares.

Importante destacar também que os requerentes particulares não necessitam ser nacionais de algum país membro. Basta que a lesão tenha ocorrido no âmbito de sua jurisdição. Por exemplo, a Corte já teve a oportunidade de julgar caso envolvendo cidadão brasileiro (famoso caso Jean Charles), no qual alegou-se que o Reino Unido havia violado o direito à vida. Ademais, o acesso à Corte prescinde de representação por advogado no início do processo.

Constituem condições mínimas para que a Corte possa analisar algum caso: (i) o fato deve ter acontecido depois da ratificação da Convenção pelo Estado; (ii) o Estado ao qual se imputa a violação tem que ser necessariamente um Estado membro do Conselho da Europa; (iii) o direito alegado como violado tem que ser protegido pela Convenção Europeia; (iv) os remédios domésticos devem ter sido esgotados, ou seja, a Corte só atua caso a questão tenha sido analisada por todas as instâncias e o direito nacional tenha sido falho ou omissivo; (v) o requerimento deve ser apresentado no prazo decadencial de 6 meses após a última decisão no país; (vi) a lesão tem que acarretar uma desvantagem significativa para o suplicante; (vii) o requerente deve ser a vítima da lesão, ou ter sofrido diretamente seus efeitos (por exemplo, um familiar próximo).

Por outro lado, não há como abordar a Corte de Estrasburgo sem tecer breves comentários sobre suas técnicas decisórias. Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que a Corte visa não só a manutenção dos direitos humanos, mas sua efetiva implementação.

Os julgamentos da Corte são feitos com base em entendimento comum e observância, com o intuito de fixar um parâmetro mínimo de atuação estatal. Ou seja, os Estados parte devem observar um patamar mínimo estabelecido pela jurisprudência para cada direito. Mas não é só. Podem ir além e adotar outras medidas, com o intuito de fortalecer a proteção.

Destarte, pode-se concluir que a jurisdição da Corte objetiva que os Estados signatários não só se abstenham de qualquer prática ou ato que infrinja de alguma maneira o limite para gozo do direito (obrigação negativa). Mas que também adotem medidas para tornar os direitos previstos na Convenção efetivos. Nesse sentido, os Estados devem se engajar na adoção de medidas (obrigações positivas). A esse respeito, a Corte já afirmou que “the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory, but rights that are practical and effective”, que em uma tradução livre significa que a Convenção se destina a garantir não apenas direitos em tese, mas direitos práticos e efetivos.

Um outro aspecto que deve ser mencionado é a criação da doutrina da margem de apreciação pelo sistema internacional, a fim de tentar preservar o multiculturalismo. Embora haja um contínuo processo de integração continental, é fato que os países da Europa possuem fortes diferenças culturais. Por conseguinte, uma total harmonização de valores e princípios de direitos humanos é praticamente impossível.

Por essa razão, surgiu essa doutrina, segundo a qual certas questões controversas, sobre as quais não houver consenso entre os sistemas jurídicos, só podem ser discutidas, processadas e dirimidas no âmbito do direito nacional. Assim, a Corte Europeia não poderia decidir em tais casos, por não possuir familiaridade com as especificidades culturais e valores preponderantes em cada ordenamento.

Como exemplo da aplicação dessa doutrina pela Corte Europeia de Direitos Humanos há o caso *Lautsi v. Itália*. A margem de apreciação foi utilizada 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, deveriam prevalecer as peculiaridades das crenças e tradições daquele país.<sup>5</sup>

Por fim, mister ressaltar que os julgamentos proferidos pela Corte Europeia constituem decisões condenatórias, passíveis de execução. Ao apreciar um caso concreto, a Corte pode efetivamente condenar um Estado membro por violação à Convenção, e nesse caso, as consequências advindas da condenação são de dois tipos: compensação monetária para a vítima (art. 41)<sup>6</sup> e/ou adoção de medidas gerais para prevenir futuras violações idênticas, inclusive mediante alteração da legislação doméstica (art. 46).

5 MELO JUNIOR, José Ricardo. O conflito entre o universalismo dos direitos humanos e o multiculturalismo: reflexos na aplicação da doutrina da margem de apreciação. *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, p. 15, out./dez. 2015.

6 Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.

As sentenças proferidas pela Corte são vinculantes para os Estados condenados. Ou seja, há obrigação de executar a reparação financeira e de adotar medidas gerais. O Comitê de Ministros do Conselho da Europa é o órgão responsável por velar pela execução das sentenças, sobretudo para assegurar o pagamento efetivo dos montantes atribuídos pelo Tribunal aos requerentes para reparação dos prejuízos que estes sofreram.

### 3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como registrado na introdução deste trabalho, a liberdade de expressão é uma das mais antigas aspirações do ser humano na ordem social. Com efeito, é direito fundamental de elevada importância, principalmente para assegurar a pluralidade de pensamentos e evitar o domínio da tirania.

Do direito à liberdade de expressão exsurge um dever de abstenção para o Estado, de forma que ele não tenha como impedir ou coibir a manifestação de ideias. Assim, no contexto histórico em que foi declarada, a liberdade de pensamento destina-se primordialmente a regular a relação entre o Estado e o indivíduo.

A liberdade de expressão está intimamente ligada à ideia de democracia. Como bem explica Daniel Sarmento:

O ideário democrático não se circunscreve à exigência de eleições livres e periódicas. Na verdade, uma democracia real pressupõe a existência de um espaço público robusto e dinâmico, em que os temas de interesse geral possam ser debatidos com franqueza e liberdade. Só assim os cidadãos podem ter acesso às informações e às ideias existentes sobre as mais variadas questões, o que lhes permite formarem as suas próprias opiniões sobre temas controvertidos e participarem conscientemente no autogoverno da sua comunidade política. Só dessa maneira se consolida uma opinião pública livre, que viabiliza o exercício do controle social sobre os atos do governo, a fim de que os governantes tornem-se responsáveis e responsivos perante a população<sup>7</sup>.

Por isto, esse direito é amplamente protegido pelos ordenamentos jurídicos nacionais e igualmente pela comunidade internacional, e, em geral, ameaças a seu exercício tendem a ser repelidas com veemência.

No âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a liberdade de expressão encontra expressa proteção no art. 10:

---

<sup>7</sup> SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"*.

## Liberdade de expressão

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia<sup>8</sup>.
2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

Assim, a Convenção reafirma que qualquer pessoa tem liberdade de expressar suas convicções, bem como de transmiti-las e recebe-las de quem quer que seja, sem sofrer interferência estatal por isso. Por essa previsão, qualquer cidadão, pode, por exemplo, criticar as instituições ou discordar das políticas adotadas em seu país.

A Corte Europeia, nesse ponto, possui a relevante atribuição de zelar pela proteção da liberdade de expressão, em especial em países cujo regime democrático seja recente. Não são raros os casos envolvendo violação à liberdade de expressão por razões políticas.

Por outro lado, depreende-se do texto transcrito que a própria Convenção estabelece que a liberdade de expressão, embora constitua direito resguardado, não é absoluta. Tal direito deve ser exercido com deveres e responsabilidades, não podendo ser utilizado como escudo para a prática de crimes ou de atos que violem a segurança pública.

A existência da liberdade de expressão como direito humano elencado na Convenção tampouco impede que cada país crie certas condições e restrições, a fim de que os demais valores sejam protegidos. O problema surge quando tais restrições ultrapassam a razoabilidade, e por isso, grande

---

8 Conforme leciona Tarlach McGonagle, a segunda parte do item 1 foi inserida na Convenção em decorrência das propagandas utilizadas pelo regime nazista durante a 2ª Guerra Mundial: "This provision was inserted mainly as a reaction to the abuse of radio, television and cinema for Nazi propaganda during the Second World War"

quantidade das reclamações levadas ao exame da Corte fundamenta-se no excesso ilegítimo de condicionantes, reservas ou proibições ao direito de livre expressão.

Em tais casos, os julgadores analisam se eventuais restrições criadas pelos ordenamentos nacionais decorrem de lei, se perseguem fins legítimos e, finalmente, se são necessárias em uma sociedade democrática para alcançar tais finalidades. Caso decida que os fins perseguidos são ilegítimos, a Corte pode condenar o Estado a alterar sua legislação sobre o tema.

#### 4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO X HATE SPEECH

Conquanto a liberdade de expressão seja amplamente defendida, não há como negar que seu exercício ilimitado, em sociedades caracterizadas pela pluralidade de crenças e aspectos culturais distintos, pode ser um pretexto para a incitação ao ódio e a prática de crimes.

A expressão “hate speech”, embora seja amplamente utilizada pela comunidade jurídica, não possui uma definição legal específica nos tratados internacionais. Trata-se de expressão que sintetiza um amplo leque de discursos extremamente negativos, que incitam ódio, discriminação, preconceito e desprezo por grupos determinados (em geral minoritários).

Todavia, convém registrar que, muito embora não haja uma definição legal do conceito de hate speech, alguns tratados preveem a proibição de condutas que certamente se enquadrariam como discurso de ódio. Como exemplo, cite-se a Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio<sup>9</sup> e a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial<sup>10</sup>.

Robert Post ensina que nem toda manifestação negativa se caracteriza como discurso de ódio, na medida em que sentimentos negativos são inerentes à condição humana. Diferentes pontos de vista fazem parte de qualquer sociedade democrática, até mesmo posições minoritárias, duras e críticas.

O desafio reside, pois, em definir o limite para tais manifestações, ou seja, encontrar o ponto em que uma manifestação negativa, protegida pela liberdade de expressão, se transforma em discurso de ódio, merecendo

9 Art III Serão punidos os seguintes atos:  
(c) a incitação direta e pública a cometer o genocídio;

10 Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente: [...]

regulamentação estatal. Nas palavras de David Kretzmer, é necessário descobrir que critérios nos permitem distinguir entre ofensas que justificam a intervenção estatal daquelas que não justificam<sup>11</sup>.

A preocupação com a disseminação do discurso de ódio decorre especialmente da necessidade de haver tolerância em uma sociedade plural, marcada por um amplo desacordo moral. Esta é uma lição que a civilização moderna vem aos poucos aprendendo, mas que ainda hoje precisa ser enfatizada. Aceitar e respeitar o outro na sua diferença, reconhecendo o seu direito de viver à sua maneira, é cada vez mais essencial no contexto da crescente diversidade cultural, étnica e religiosa que caracteriza a vida nas sociedades contemporâneas.

A especial atenção com o hate speech se justifica por dois fundamentos principais: (i) impedir que grupos minoritários sejam impedidos de participar da vida pública e que tenham sua dignidade assegurada, (ii) prevenir danos psicológicos e à autoestima das vítimas do discurso de ódio.

A doutrina indica ainda que a adoção de medidas de repressão ao discurso de ódio não atenta contra o Estado Democrático. Pelo contrário, expressões de intolerância e preconceito comprometem a discussão real de ideias, e por isso, podem ser objeto de sanção estatal. A esse respeito, Daniel Sarmento explica que:

Portanto, não é só porque as ideias associadas ao hate speech são moralmente erradas que o Estado deve coibir esta forma discurso. O fato de uma idéia ser considerada errada não é base suficiente para a sua supressão da arena de discussão. Este é o pilar fundamental da liberdade de expressão, que não deve ser ameaçado. Mais relevante do que o erro é a constatação de que as expressões de ódio, intolerância e preconceito manifestadas na esfera pública não só não contribuem para um debate racional, como comprometem a própria continuidade da discussão. Portanto, a busca da verdade e do conhecimento não justifica a proteção ao hate speech, mas, pelo contrário, recomenda a sua proibição.<sup>12</sup>

Assim, há fundamento para que, nas sociedades atuais, em que a tolerância e a dignidade também são valores a serem protegidos pelo Estado, discursos disseminadores de ódio, como intolerância e preconceito, sejam repelidos, sem que isso constitua ofensa à liberdade de expressão, na medida em que estes em nada contribuem para o exercício da democracia e para a discussão de ideais.

11 David Kretzmer, *Freedom of Speech and Racis* apud *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*.

12 SARMENTO, op. cit.

## 5 JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Feitas as considerações acima, passamos a analisar alguns casos concretos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Antes, porém, convém esclarecer que, ao enfrentar o conflito entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, a Corte Europeia de Direitos Humanos utiliza abordagens distintas, a partir do disposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A primeira abordagem que se extrai dos precedentes é a de exclusão da proteção prevista no artigo 10 da Convenção, com fundamento na prevalência do artigo 17, que proíbe o abuso de direito. Essa posição é adotada quando comentários e pensamentos expressos, além de se caracterizarem como hate speech, negam valores fundamentais da Convenção.

A outra abordagem, por seu turno, é a de aplicar certas restrições à margem de atuação estatal permitida pelo artigo 10, parágrafo 2. Essa postura prevalece quando o discurso, embora se caracterize como hate speech, não tem o condão de destruir ou negar valores fundamentais da Convenção.<sup>13</sup>

Por outro lado, há precedentes em que a Corte efetivamente entende que deve prevalecer a liberdade de expressão, ainda que estejam em jogo ideias radicais e polêmicas, a exemplo daquelas defendidas por radicais do Islã. Nesse sentido, a Corte já afirmou que a liberdade de expressão é aplicável também para ideias que chocam determinado setor da sociedade, em razão da pluralidade de pensamentos existente nas ordens democráticas, em especial ideias políticas.

Os casos submetidos à apreciação da Corte envolvem os mais diversos temas: antissemitismo e negação do Holocausto; ofensas raciais, religiosas e de orientação sexual; ideias que pedem a restauração de regimes totalitários; divulgação de ideologias políticas contrárias às ideologias dominantes, entre outros. Intentamos, neste trabalho, apresentar precedentes que demonstrem a diversidade de temas e de posicionamentos.

Inicialmente, é importante destacar que a Corte Europeia parece demonstrar, até os dias atuais, grande preocupação com o ressurgimento das ideias racistas e intolerantes defendidas durante a II Guerra Mundial. Tal preocupação é compreensível e justificada, visto que, conforme ensinamento de Flávia Piovesan,

Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de 11 milhões de pessoas. [...]

<sup>13</sup> Conforme resumo constante de [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Hate\\_speech\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf)

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável.

Por isso, julgamos adequado iniciar a exposição dos precedentes com casos envolvendo ofensas aos judeus e a negação do Holocausto.

a) Pavel Ivanov v. Rússia, julgado em 2007

Neste julgamento, a Corte se deparou com a seguinte situação: um editor de jornal foi condenado, na Rússia, pela incitação de ódio utilizando-se mídia de massa. Ele havia publicado uma série de artigos argumentando que judeus seriam a fonte do mal no país, e pedindo sua exclusão da vida social. Ademais, ele reiteradas vezes, inclusive durante seu julgamento, defendeu que os judeus não deveriam ter direito a uma dignidade nacional.

Ele apresentou requerimento à Corte, alegando que sua condenação não era justificada. Os julgadores, no entanto, entenderam inexistir dúvidas quanto ao teor antessemitista das publicações, e concordaram com o entendimento do Tribunal nacional de que, por suas publicações, o requerente incitou ódio contra o povo judeu. Destacaram, ainda, que um ataque veemente contra um grupo étnico viola diretamente os valores adotados pela Convenção, em especial a tolerância, a paz social e a não-discriminação. Por isso, não poderia o requerente se beneficiar da proteção conferida pelo artigo 10.

Trata-se, pois, de precedente no qual o ideal de liberdade de expressão foi ponderado com outros princípios fundamentais, em especial a dignidade de um grupo de pessoas. Ao final, prevaleceu o entendimento de que, nesse caso, o discurso de ódio estava configurado, sendo legítima, pois, a atuação estatal para sua repressão.

b) Caso M'Bala M'Bala v. France, julgado em 2015

Neste caso, de outubro de 2015, o Tribunal julgou requerimento apresentado por Dieudonné M'Bala M'Bala, cidadão francês que se apresenta publicamente como “comediante”, realizando apresentações polêmicas.

Engajado politicamente, M'Bala M'Bala já havia se envolvido em diversas confusões em seu país. Conforme noticiado na mídia, a Justiça francesa o condenou sete vezes, entre outras coisas por incitar o ódio. Apesar

das críticas - ou, talvez, por causa delas -, alguns de seus vídeos têm mais de 2 milhões de visualizações na internet. E o público lota seus shows.<sup>14</sup>

O caso julgado envolve, em síntese, os seguintes fatos: ao final de um show, em dezembro de 2008, em Paris, o requerente convidou Robert Faurisson (um acadêmico que já havia sido condenado diversas vezes na França por suas opiniões revisionistas e negativistas, principalmente por negar a existência das câmaras de gás nos campos de concentração), para subir ao palco e receber um “prêmio por sua audácia e insolência”. O prêmio tinha a forma de um candelabro de três partes, e foi entregue por um ator trajando um pijama listrado e com uma estrela amarela no peito, onde se lia a palavra “judeu”.

Por tal atitude, Dieudonné M’Bala M’Bala fora condenado na França a pagar multa de 10.000 Euros. Inconformado, recorreu à Corte Europeia, alegando que seu direito à liberdade de expressão havia sido violado pelo Estado francês.

Ao analisar a pretensa violação, a Corte concluiu que, em razão do disposto no artigo 17 – proibição ao abuso de direito –, não estaria o comediante albergado pela proteção do artigo 10. Os julgadores concluíram que a performance ofensiva não poderia se enquadrar como entretenimento. Ao contrário, estaria configurado verdadeiro encontro político, que, sob o pretexto de ser comédia, promoveu as ideias defendidas por Robert Faurisson.

Entenderam os juízes também não se tratar de performance satírica ou provocativa, mas sim de uma demonstração de ódio, antissemitismo e negação do Holocausto. Concluíram, ainda, que o requerente usou seu direito à liberdade de expressão para fins incompatíveis com os direitos previstos na Convenção.

Vale destacar, a propósito, que o teórico Robert Faurisson, que participou da encenação junto ao comediante, também já havia tentado se socorrer do sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Em 1996, a Comissão de Direitos Humanos da ONU, no caso Robert Faurisson vs France considerou válida multa imposta pelo governo francês com fundamento na Loi Gassot, sob o argumento de que “como as declarações feitas pelo autor, lidas no seu contexto, eram de natureza a levantar ou fortalecer sentimentos anti-semitas, a restrição destinou-se a garantir à comunidade judia o respeito e a possibilidade de viver livre do medo de uma atmosfera de anti-semitismo”.

### c) Caso Vejdeland and Others v. Sweden, julgado em 2012

---

14 Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150114\\_dieudonne\\_franca\\_pai](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150114_dieudonne_franca_pai)>  
Acesso em: 03 set.

Trata-se de caso emblemático, envolvendo a proteção à dignidade dos homossexuais. Em breve síntese, os requerentes foram condenados na Suécia por distribuírem, em uma escola secundária, folhetos de uma organização denominada National Youth.

Em tais folhetos eram defendidas ideias no sentido de que os homossexuais teriam sido os responsáveis pelo desenvolvimento da AIDS, e que teriam “efeito moralmente destrutivo na sociedade”.

A Corte entendeu que esses pensamentos constituem ofensas abusivas, ainda que não constituam uma chamada direta para atos odiosos, destacando que a discriminação baseada na orientação sexual é tão séria e danosa quanto a discriminação baseada na diferença de raça, origem ou cor. Por isso, entenderam os julgadores não ter havido violação à liberdade de expressão, e que as medidas adotadas pelas autoridades suecas foram necessárias à proteção da reputação e dos direitos de terceiros.

Trata-se, mais uma vez, de julgado em que a Corte ponderou que o hate speech não pode ser tolerado, sob o pretexto de se tratar de pensamento decorrente da liberdade de expressão.

Passamos a analisar, agora, casos em que a Corte entendeu ter havido violação ao direito de liberdade de expressão.

#### d) Caso Handyside v. the United Kingdom, julgado em 1976

Este foi o primeiro caso expressivo analisado pela Corte Europeia, envolvendo violação à liberdade de expressão.

Embora não trate especificamente de caso envolvendo discurso de ódio, este precedente é importante, pois a Corte expressamente afirmou que a liberdade de expressão não se aplica somente às informações e ideias facilmente recebidas pela sociedade, mas também àqueles que ofendem e chocam qualquer setor da população. Isso como consequência do pluralismo e da tolerância, sem os quais não pode haver sociedade democrática. Isso significa que qualquer condição ou restrição deve ser proporcional aos fins perseguidos pela norma que visa proibir.<sup>15</sup>

#### e) Gündüz v. Turkey, julgado em 2003

Neste caso, a CEDH entendeu que houve violação ao artigo 10 da Convenção. O requerente se dizia membro de uma seita islâmica. Durante

15 No original: “Freedom of expression applies] not only to “information” or “ideas” that are favorably received ... but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there can be no “democratic society.” This means ... that every “formality,” “condition,” “restriction” or “penalty” imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued”

um debate que foi transmitido pela televisão, ele teceu severas críticas aos princípios democráticos e às instituições seculares, e abertamente pediu a introdução da Sharia (lei do Islã) no país. Em seu país, foi condenado por incitar a população ao ódio e hostilidade com base na religião.

Recorreu à CEDH, alegando violação a seu direito de liberdade de expressão. A CEDH entendeu que, de fato, houve violação ao artigo 10 da Convenção, pois as ideias defendidas pelo requerente foram lançadas em um debate público, e já eram ideias familiares ao público.

O debate, inclusive, tinha procurado apresentar a seita e sua visão de que os valores democráticos seriam incompatíveis com a concepção do Islamismo. Ressaltou-se que esse tópico já estava em amplo debate na mídia da Turquia, e por isso, a Corte entendeu que as colocações do requerente não poderiam ser consideradas incitação à violência ou discurso de ódio baseado em intolerância religiosa. O simples fato de defender a Sharia, sem convocar violência para implementá-la, não poderia ser considerada como hate speech.

Assim, nesse caso, a liberdade de expressão prevaleceu, embora o interlocutor tenha defendido ideias extremistas.

f) *Perinçek v. Switzerland*, julgado em 2015

Trata-se de caso envolvendo a condenação de um político turco, na Suíça, por ter publicamente expressado sua visão de que a deportação e os massacres sofridos pelos Armênios no Império Otomano, no ano de 1915 e seguintes, não constituiu um genocídio.

Os tribunais suíços entenderam que as motivações de seu discurso eram racistas e nacionalistas, e que seus apontamentos não contribuíam para um debate histórico sobre o tema. Ele, então recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos alegando que sua condenação criminal representaria violação à liberdade de expressão.

A Corte entendeu que efetivamente houve violação ao direito insculpido no artigo 10 da Convenção, pois não seria razoável imputar uma condenação criminal com o objetivo de proteger os direitos da comunidade Armênia nesse caso. Destacou, ainda, que o discurso não constituiu um chamamento a atos de ódio e intolerância, e que, no contexto em que foi proferido (na Suíça), não havia tensões históricas sobre o tema. Considerou, ainda, que não existia uma obrigação internacional imputada à Suíça para repelir tais atos, e por fim, que não houve violação à dignidade da comunidade armênia.

## 6 CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou analisar, sem exaurir o tema, a postura adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos diante de casos que envolvam a colisão entre a liberdade de expressão e outros direitos humanos, em especial a dignidade da pessoa humana.

É possível perceber uma forte tendência em coibir o discurso de ódio, quando relacionado ao antissemitismo e a negação do Holocausto, certamente em razão do trauma gerado no continente Europeu pelas atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial pelo regime nazista.

Por outro lado, verifica-se que, não é qualquer ofensa que permite o cerceamento da liberdade de expressão. A Corte já manifestou o entendimento de que a pluralidade de pensamentos pressupõe a coexistência de ideias que podem chocar determinados setores da sociedade.

Em nosso entendimento, este tema deve ser objeto de preocupação tanto pela comunidade jurídica internacional, como pela comunidade nacional, inclusive a brasileira, tendo em vista a crescente utilização da internet como meio de propagação de discurso de ódio e incitação da violência.

Por fim, fazemos alusão à palestra do professor Paulo Pinto de Albuquerque, juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos por Portugal, que na palestra proferida aos advogados públicos participantes do Curso “Internacional Courts and Constitutions – History, rules and comparative law”, alertou que, em todo o mundo “sempre haverá uma minoria a ser perseguida”. É necessário, pois, ponderar que o discurso de ódio contribui para a violação de direitos das minorias, e, por isso, deve ser objeto de atenção estatal.

## REFERÊNCIAS

Anotações das aulas dos professores Giorgio Repetto, Oreste Pollicino, Marco Bassini e Giovanni Guzzeta e da Palestra do professor Paulo Pinto de Albuquerque, Juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos. Curso Internacional Courts and Constitutions – History, rules and comparative law – 27 de junho a 8 de julho de 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

*European Convention on Human Rights*. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)>.

*Factsheet – Hate speech. European Court of Human Rights*. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Hate\\_speech\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf)>.

MCGONALE, Tarlach. *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c170f>>.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

*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).*

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

The ECHR in 50 questions. *European Court of Human Rights*. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/50Questions\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_ENG.pdf)>

*The origins of the Council of Europe*. Disponível em: <<http://www.cvce.eu/en/education/unit-content/-/unit/026961fe-0d57-4314-a40a-a4ac066a1801/13839cdf-3e7e-4985-995f-2b6d9b534633>>.

---

ALGUMAS LINHAS ACERCA DA  
DIGNIDADE HUMANA: O JULGADO DO  
*BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* SOBRE  
OS PEEP SHOWS

*FEW WORDS OVER THE HUMAN DIGNITY:  
BUNDESVERFASSUNGSGERICHT CASE ON PEEP SHOWS*

---

*Nícolas Francesco Calheiros de Lima*  
*Procurador Federal. Especialista em Direito Constitucional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve narrativa do julgado; 2 Dignidade humana; 2.1 A herança judaico-cristã; 2.2 A dignidade em Immanuel Kant e a autodeterminação dos indivíduos; 2.3 Atos consensuais entre indivíduos capazes pode ferir a dignidade da pessoa humana?; 2.4 Paternalismo e esfera privada: o direito geral de personalidade e o direito geral de ação; 3 Argumentos contrários à decisão proibitiva do *peep show*; 4 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** Este artigo trata sobre a dignidade da pessoa humana por meio da análise do julgado do Tribunal Constitucional Federal alemão (Bundesverfassungsgericht) sobre a prática do peep show. A dignidade, no caso concreto, pode ser utilizada tanto para defender como para proibir o peep show. Assim, busca-se as origens metafísicas da dignidade humana, passando pela posição ontológico-racional de Immanuel Kant até chegarmos a uma concepção não-ontológica, dada a mutabilidade segundo variáveis histórico-culturais. Dá-se destaque à autodeterminação, conteúdo da dignidade humana, ao paternalismo e ao tratamento dado pelo Tribunal Constitucional alemão ao direito geral de personalidade e ao direito geral de ação para uma visão crítica do julgado.

**ABSTRACT:** This article is about the human dignity through the analysis of the judgment of the German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) on the practice of peep show. Human dignity, in this case, can be used both to defend and to prohibit the peep show. Thus, the article seek the metaphysical origins of human dignity, through the ontological-rational position of Immanuel Kant until it approaches a non-ontological conception, given the changeability according to historical-cultural variables. It gives prominence to self-determination, content of human dignity, paternalism and lessons given by the German Constitutional Court about the general right of personality and the general right of action for a critical view of the trial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dignidade humana. Immanuel Kant. Autodeterminação. Tribunal Constitucional Federal alemão. Peep show.

**KEYWORDS:** Human dignity. Immanuel Kant. Self-determination. Paternalism. General right of personality. General right of action. German Federal Constitutional Court. Peep show.

## INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana tem, hoje, um papel fundamental nos ordenamentos jurídicos ocidentais. Ela consta expressamente do texto constitucional de inúmeros países, com construções históricas bem distintas, como Brasil, Alemanha, Itália, Portugal, Espanha, Grécia, Turquia, Suíça, Polónia, Rússia, Sérvia, entre outros.

Em alguns países, como na Alemanha, Portugal e Romênia, a dignidade é expressamente mencionada logo no primeiro artigo do texto constitucional.

Ademais, possui lugar de destaque na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo Parlamento Europeu em 2000 e tornada legalmente vinculante na maior parte da União Europeia, em 2009, por meio do tratado de Lisboa.

O *Bundesverfassungsgericht* (BvGe), o Tribunal Constitucional Federal alemão, tem entendido e estruturado os direitos fundamentais, não apenas como um direito de defesa subjetivo determinado do cidadão perante o poder público, mas também como uma ordem objetiva de valores. Esta ordem reconhece a proteção da liberdade e da dignidade humanas como o fim supremo do direito, que permeia jurídica e objetivamente a totalidade do ordenamento legal.

Não obstante a importância de que goza na atualidade, a dignidade humana continua a ostentar um conceito vago, impreciso, nebuloso. Entretanto, isso não se dá pela ausência de atenção ao tema, mas em razão de sua enorme complexidade. No Brasil e no mundo, há hoje vasta produção doutrinária sobre seu conteúdo e aplicação, que esmiúçam o pensamento de filósofos e juristas desde a Grécia Antiga até o pós-positivismo.

Considerando a utilidade de uma abordagem problemática, ou a partir de um problema, toma-se aqui o caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão a respeito do *peep show* para se abordarem temas ligados ao objeto do trabalho, a saber, a dignidade humana.

### 1 BREVE NARRATIVA DO JULGADO

Na Alemanha, discutia-se a possibilidade de conceder-se uma licença de funcionamento para um estabelecimento onde se praticava o chamado *peep show*, no qual uma mulher dança nua numa cabine fechada, mediante remuneração, para um espectador individual.

A licença de funcionamento não fora concedida administrativamente sob o argumento de que aquela atividade seria degradante para a mulher e, portanto, violaria a dignidade da pessoa humana.

Em razão disso, os interessados ingressaram com ação judicial questionando o ato administrativo. Eles argumentavam que a mulher estaria realizando aquele trabalho por livre e espontânea vontade e, portanto, não teria motivo para falar-se em violação à dignidade da pessoa humana. Complementando sua tese, arguiram que várias casas noturnas nas quais se praticava o strip-tease obtiveram a devida licença de funcionamento, razão pela qual o *peep show* também deveria ser permitido.

O caso chegou até a Corte Constitucional Federal Alemã, que deveria decidir se merecia prevalecer a autonomia da vontade da mulher, que estava ali voluntariamente, por eleição própria, ou a dignidade da pessoa humana, já que aquela atividade colocaria, em tese, a dançarina na condição de mero objeto de prazer sexual.

Ao julgar a referida demanda judicial, em 1981, a Corte Constitucional Alemã proferiu decisão polêmica chancelando a proibição da referida prática, já que, segundo este órgão julgador, o *peep show* violaria a dignidade da pessoa humana.

O caso é interessantíssimo para o estudo da dignidade humana, pois ela pode ser invocada para fundamentar as duas decisões possíveis. A dignidade humana da dançarina, a ser protegida pelo Estado, pode ser aviltada ante a realização de uma atividade degradante, que a reduz a um objeto, como pode ser consagrada para proteger seu direito à autodeterminação e sua liberdade geral de ação.

## 2. A DIGNIDADE HUMANA

### 2.1. A herança judaico-cristã

O conceito de dignidade humana, como dito, é polissêmico, vago, complexo. Ele surge, em seus primórdios, através de acepções ontológicas, que são aquelas que consideram a dignidade como algo ínsito ao ser humano (ou ao ser racional), o qual, por ser portador de determinadas qualidades inalienáveis, deve gozar de tratamento especial.

A separação entre humanos dignos e os demais animais poderia ser questionada, uma vez que há inúmeros elementos que unem seres humanos e não-humanos, como a dor, o fôlego, a vida. Entretanto, a dignidade animal e eventuais direitos dos animais não será objeto do presente trabalho.

Como primeira acepção ontológica, deve-se apontar a origem divina da dignidade. Apontada por muitos como originada das sagradas escrituras judaico-cristãs (Pentateuco), essa dimensão exerceu e exerce, na atualidade, uma enorme influência nos países ocidentais.

Consta do livro do Gênesis que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. Esta imagem de Deus, do hebraico *Tselem Elohim*, mais comumente mencionada no termo latino *Imago Dei*, assim como o conceito de dignidade humana, é de difícil conceituação na Teologia e na Filosofia. Entretanto, consagra a visão de que há algo divino no ser humano e que, portanto, deve ser respeitado.

Essa origem metafísica é, segundo STARCK, um importante pressuposto intelectual para o desenvolvimento do conceito ontológico de dignidade humana. Nos termos do autor<sup>1</sup>:

A alta valorização do indivíduo na civilização ocidental diferencia-a das demais culturas avançadas. Uma vez que a civilização ocidental está impregnada de modo decisivo pelo cristianismo, é natural procurar raízes da garantia da dignidade humana no cristianismo. Com isso, todavia, não se pode esperar que, lá, o conceito jurídico de dignidade do homem, ou mesmo da respectiva garantia jurídica, seja desvendado. Trata-se, antes, dos pressupostos intelectuais ou – falando metaforicamente – dos embriões para um desenvolvimento tardio da garantia constitucional da dignidade humana. Tais pressupostos podem ser vistos na imagem cristã do homem [...]

A imagem humana, na visão hebraico-cristã, considera, portanto, a fagulha divina presente em todos os seres humanos. É esse o fundamento cultural mais persistente para a visão ocidental de valor humano e liberdade. Ainda na lição de STARCK<sup>2</sup>:

A liberdade do homem, como conceito central da Teologia cristã, é a liberdade individual; ela é pressuposto para a culpa e a penitência. Esse alicerçamento do homem na Metafísica encontra correspondência na incompletude e abertura do homem, e serve como fundamento para a sua liberdade, assim como para a sua fraternidade, uma vez que todos os homens são criados, igualmente, à imagem e semelhança de Deus. A dignidade humana, nessa perspectiva, não pode significar simplesmente, por isso, a autodeterminação do homem, mas a autodeterminação com base no valor individual de cada homem, portanto também no [valor próprio] do outro homem. A essa imagem humana é que corresponde o fato de atribuir-se dignidade ao indivíduo

1 STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. In: *Dimensões da dignidade*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 202.

2 *Ibidem*.

e de garanti-la juridicamente, o que significa respeitá-la pelos meios estatais e protegê-la da ameaça de terceiros.

Esta origem judaico-cristã, ainda que não declarada expressamente, é extremamente influente na atualidade e acaba por trazer, a reboque, inúmeros outros fundamentos da ética cristã, como não-violência, amor ao próximo, amor ao inimigo, santidade, decência, mansidão, entre outras virtudes.

Desse modo, ao analisar se a dignidade humana é aviltada por alguma prática consensual que envolva violência, práticas sexuais não ortodoxas, punição, entre outras, o intérprete pode utilizar, sem total consciência, um arcabouço que está acoplado historicamente às origens da dignidade humana.

Esta é a primeira observação para uma melhor análise do caso: embora a ética cristã seja de uma relevância indescritível, deve haver uma necessária purificação do conceito de dignidade humana de sua origem metafísica de modo a evitar que se limite demasiadamente a autodeterminação dos indivíduos.

## 2.2 A dignidade em Immanuel Kant e a autodeterminação dos indivíduos

Inúmeros outros filósofos desenvolveram o tema, mas certamente foi Immanuel Kant, o filósofo de Königsberg, quem forneceu a maior contribuição para os fundamentos atuais do conceito de dignidade humana. Após Kant, a dignidade ganhou um status moral, conferindo ao sujeito a aptidão de possuir direitos e deveres, gerando a obrigação, oponível *erga omnes*, de ele ser respeitado por todos os outros membros da coletividade.

Os fundamentos da dignidade encontrados em Kant também são ontológicos, apriorísticos, pois ela se encontraria presente em todos os seres racionais em igual medida, o que a aproximaria do conceito de igualdade, isonomia. Além da igualdade, a dignidade teria relações umbilicais com a autodeterminação. Isso porque, sendo o ser humano racional, ele é capaz de viver e agir consoante sua razão. Nas palavras de COSTA NETO<sup>3</sup> encontramos o seguinte excerto sobre o filósofo alemão:

A dignidade humana parece fundar um status que diferencia o ser racional dos demais seres. Essa posição de destaque, ou condição peculiar, tornam-no sujeito de direitos e deveres e garantem sua autonomia, ou seja, dá ao sujeito a prerrogativa de autodeterminar-se.

3 COSTA NETO, João. *Dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26.

[...] Prioritariamente, deve o ser racional ditar as próprias condutas, e, apenas excepcional e justificadamente, deve ocorrer o contrário.

Se os seres racionais têm a capacidade de autodeterminar-se, deve-se proteger essa esfera de decisão. Daí que subjugar um ser racional, transformando-o em mero meio, mero objeto, iria de encontro ao pensamento de Kant. Em suas próprias palavras<sup>4</sup>:

O homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim [...]. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é objeto de um respeito).

E prossegue Kant<sup>5</sup>:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade [...] essa apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.

Vê-se, portanto, que a dignidade, segundo o pensamento de Kant, acaba por albergar a dimensão axiológica, na qual seria um valor intrínseco, mas não metafísico, porém intimamente relacionado com a noção de autonomia e racionalidade, consideradas fundamentos e conteúdo do conceito de dignidade.

<sup>4</sup> Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37-38.

<sup>5</sup> Idem, p. 38.

Então, ao se considerar proteger a dignidade de alguém, não se deve fazê-lo de modo a proteger um objeto de um mal, um dano externo, mas proteger um ser autodeterminável, autônomo, racional, em uma palavra, uma pessoa, que é livre, um fim em si mesmo. É a essa pessoa que cabe decidir como viver sua vida, que profissão seguir, que decisões éticas tomar; em suma, a ela cabe a direção de sua vida.

### **2.3 Atitudes consensuais entre indivíduos capazes pode ferir a dignidade da pessoa humana?**

O conceito de autonomia de Kant, contudo, não implicava ser o indivíduo dono de si mesmo. Assim, no campo sexual, por exemplo, o uso do próprio corpo era extremamente limitado por sua filosofia moral. Assim discorre SANDEL<sup>6</sup>:

Paradoxalmente, a concepção de Kant sobre autonomia impõe certos limites ao tipo de tratamento que podemos dar a nós mesmos. Recordemos: para que eu seja autônomo é preciso que seja governado por uma lei que outorgo a mim mesmo – o imperativo categórico. E o imperativo categórico exige que eu trate as pessoas (incluindo a mim mesmo) com respeito – como finalidade, e não como um simples meio. Assim, segundo Kant, para que tenhamos autonomia é necessário que nos tratemos com respeito e que não transformemos nosso corpo em mero objeto.

Com essa linha de argumentação, Kant manifestou-se contrário ao sexo casual, ao sexo fora do casamento, à prostituição, independente de todos os participantes concordarem e reputarem corretas suas atitudes.

Continua SANDEL<sup>7</sup>:

O repúdio de Kant à prostituição e ao sexo casual aumenta o contraste entre sua concepção de autonomia – o livre arbítrio de um ser racional – e os atos individuais de consentimento. A lei moral à qual chegamos por meio do exercício de nossa vontade requer que tratemos a humanidade – nós mesmos e todas as outras pessoas – nunca somente como um meio, mas como uma finalidade em si. Embora esse requisito moral se baseie na autonomia, ele condena certos atos entre adultos, ainda que consentidos, que não estejam de acordo com o autorespeito e a dignidade humana.

6 SANDEL, Michael J. *Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012. p. 163.

7 *Idem*, p. 164.

O caráter até certo ponto intransigente dessa argumentação certamente não ofusca a enorme influência que o tratamento da liberdade e da autonomia dada pelo filósofo exerceu na atualidade.

Ademais, a despeito da alegada intransigência no campo da ética, no campo da política, Kant já asseverou que “ninguém pode obrigar-me a ser feliz segundo sua concepção do bem-estar alheio [...] porque cada um deve buscar sua felicidade da maneira que achar conveniente, desde que não infrinja a liberdade dos outros”<sup>8</sup>, em uma visão semelhante à de Stuart Mill.

Tal visão da liberdade, desenvolvida posteriormente por outros pensadores, é o melhor caminho para se tomar uma decisão mais acertada no caso do *peep show*.

Quanto à ética, certamente se pode questionar a conveniência ou o mau gosto desta ou daquela prática. Proibi-la, contudo, viola de morte a liberdade dos envolvidos. E mais: não cabe ao Estado dizer qual é a regra de vida boa que os cidadãos devem adotar. Trata-se de uma aspiração, a ser considerada pelos julgadores em casos difíceis, pois a tendência é que todo grupo social imponha coercitivamente sua visão de certo e errado.

É certo que, como já diria Becker, todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las. Regras sociais definem situações e tipos de comportamento a elas apropriados, especificando algumas ações como ‘certas’ e proibindo outras como ‘erradas’. Tais grupos, uma vez no controle dos processos políticos, utilizar-se-ão de seus conceitos de certo ou errado para criar os textos legais.

Além disso, devemos verificar que a visão ontológica da dignidade não é a única que existe. Para Hegel, por exemplo, o ser humano não nasce digno, mas torna-se digno. Hegel é um dos autores que refutam a conceituação em nível unicamente ontológico da dignidade humana. No dizer de SARLET<sup>9</sup>:

[...] as reflexões de Hegel acabaram alcançando uma influência nada desprezível nos desenvolvimentos posteriores... bastando já uma breve referência à ênfase dada por vários autores à dimensão histórico-cultural da dignidade, como é o caso de um Niklas Luhmann e um Pater Häberle, bem como à fundamentação da dignidade na capacidade comunicativa do ser humano e-ou no reconhecimento recíproco, como dão conta, entre outros, as teorizações de Jürgen Habermas e Axel Honneth...

8 Apud SANDEL, op. cit., p. 171.

9 Op. cit., p. 44.

É um fato incontestável que, se não todos os elementos englobados no conceito de dignidade humana, algo ou boa parte deriva da tradição histórico-cultural. Ir à praia de biquíni, por exemplo, já foi reputado como algo que faria da mulher um mero objeto. Também por essa razão, ante a inafastável variabilidade do conceito da dignidade humana, deve-se privilegiar as escolhas racionais realizadas pelos indivíduos.

#### **2.4 Paternalismo e esfera privada: o direito geral de personalidade e o direito geral de ação**

Viu-se anteriormente que a dignidade humana, como hoje se a conhece, deve muito a Kant e ao seu desenvolvimento dos conceitos de liberdade e autonomia. O ser humano como dono de sua própria história, capitão de sua própria embarcação, não deveria ser heterodeterminado, salvo hipóteses excepcionais tendo em vista a proteção aos direitos da coletividade.

Outra conclusão redundaria em um nefasto paternalismo (*Bevormundung*, diria Kant), uma vez que as finalidades a serem seguidas por alguém seriam determinadas não por esse mesmo alguém, mas por algum outro, seja ele um outro ser humano ou um parâmetro transcendente, tais como dogmas morais absolutos e escrituras sagradas.

É nesse sentido que leciona COSTA NETO<sup>10</sup>:

Para Karl Larenz e Manfred Wolf, o ser humano deve ter em regra o direito de perseguir os seus próprios fins (*Zwecke*) e objetivos (*Ziele*) e de não ter sua ação heterodeterminada (*fremdbestimmt*). É nesse sentido que a dignidade humana como entendemos hoje, apesar de não ser idêntica à pensada por Kant, deve muito a ele, exatamente pelo conteúdo antipaternalista que preserva.

[...]

Paternalismo é, portanto, a usurpação do processo de tomada de decisão, tanto impedindo ou coagindo aquele que toma a decisão, como sonegando informações que poderiam fazê-lo tomar uma decisão distinta dos interesses paternalistas.

Segundo o autor, a dignidade não carrega em si qualquer obrigação de adotar um meio de vida ou existência específico, tido como o correto

---

<sup>10</sup> COSTA NETO, op. cit., p. 35.

ou o apropriado, já que isso desaguaria em um acachapante paternalismo estatal.

Ademais, ainda que seja humanamente impossível extirpar qualquer tipo de julgamento da conduta alheia, deve-se verificar que todos deveriam poder desenvolver sua personalidade no ritmo e da forma que preferirem ou conseguirem. Isso envolve errar, arrepender-se, tornar a errar, regenerar-se, viver no erro, evitar o erro a qualquer custo entre outras possibilidades, todas protegidas pelo direito geral de personalidade, desde que não efetem direitos alheios.

Cada ser humano possui uma história que somente ele conhece (se, de fato, conhecê-la). Condutas paternalistas colocam todos em uma mesma embalagem, quando, em verdade, alguns precisam ser diferentes, divergentes, ainda que por um breve espaço de tempo.

O tema é polêmico e passível de inúmeras interpretações. Entretanto, se o ser humano deseja, conscientemente, reificar-se, despir-se ainda que temporariamente de sua posição racional e autodeterminante, e se isso não causa danos a outros, o Estado, ou mesmo outros indivíduos, não o podem coagir, sobretudo juridicamente, a agir da forma que considerem digna.

É que dignidade humana, além de valor intrínseco e de autodeterminação, envolve também fazer-se humano, por meio do livre desenvolvimento da personalidade. É nesse sentido que Cristoph Anders afirma que a dignidade humana assegura um amplíssimo desenvolvimento da personalidade.

Não é à toa que a Lei Fundamental alemã, que consagra a dignidade humana no art. 1º, também disciplina o direito ao livre desenvolvimento da personalidade logo em seguida, no art. 2º. Eis a transcrição de ambos os artigos<sup>11</sup>:

#### Artigo 1

[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

<sup>11</sup> *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Divulgada pelo Deutches Bundestag. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> .

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

## Artigo 2

### [Direitos de liberdade]

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.

O Tribunal Constitucional Federal alemão enxerga dois ramos fundamentais: o direito geral da personalidade, que por sua vez tem diversas concretizações, e o direito geral de ação.

Quanto ao segundo, verifica-se que os críticos apontam para os riscos de uma tutela sem contornos, como se extrai do voto dissidente do Juiz Dieter Grimm na decisão Reiten im Walde (BVerfGE 80, 137), que chamou a atenção para o fato de que nem toda ação humana pode gozar da proteção do Art. 2º, I, da Lei Fundamental na acepção de liberdade geral de ação, caso contrário as consequências dogmáticas poderiam ser desastrosas<sup>12</sup>.

Sobre o assunto, assim dispõe SCHWABE<sup>13</sup>:

Quando o TCF, juntamente com a literatura especializada, trabalha com o direito geral da personalidade, ele não vislumbra diversas configurações desse direito geral em vários âmbitos da vida, como sugere a teoria do núcleo da personalidade, mas diferentes modos de desenvolvimento do titular do direito, sobretudo a auto-determinação, a auto-conservação e a auto-exposição, dependendo do aspecto respectivamente relevante em determinado momento na vida do titular do direito que pretende fazer valer. Assim, ele poderá querer determinar autonomamente o seu próprio destino (auto-determinação), como por exemplo: casar-se ou não, ter filhos ou não, definir sua orientação

12 SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 188.

13 Idem, p. 187-188.

sexual, etc., ou se apartar do mundo externo (auto-conservação), por exemplo pelo caráter confidencial de uma consulta médica e seus documentos, caráter sigiloso de um diário ou correspondência pessoal (essa protegida, porém, por garantia específica – Art. 10 I GG) etc., ou preferirá, finalmente, escolher a forma como se apresentará ao público (auto-exposição), o que se dará pelo exercício de acepções do direito como direito à própria imagem, à própria voz, à honra pessoal etc.

Tanto o direito geral de ação quanto o direito geral da personalidade estão submetidos ao chamado trio de limites (Schrankentrias), quais sejam: segundo o teor do Art. 2 I 2º sub-período GG, o direito de terceiros, a lei moral e o mais importante deles, uma vez que segundo a própria jurisprudência do TCF abrange os demais: a ordem constitucional. Essa redução do trio à ordem constitucional também sempre sofreu críticas da literatura especializada, a mais eloqüente delas produzida e exarada por Dieter Suhr em sua célebre monografia “Die Entfaltung des Menschen durch die Menschen” (“O desenvolvimento da pessoa por intermédio das pessoas”), publicada em 1976 (Duncker & Humblot, Berlim).

Ora, saindo um pouco da Lei Fundamental alemã e voltando ao conceito de dignidade humana, tomando, contudo, a acepção de proteção ao direito geral da personalidade, sobretudo a autodeterminação, a autoconservação e a auto-exposição, em que o *peep-show* violaria a dignidade humana?

A nós parece que, de fato, não viola. Se for um ato voluntário, de uma pessoa capaz, autodeterminável, que escolheu se expor de uma maneira não-usual, mas indene aos direitos de terceiros, de modo privado, particular, somente dessa exposição tomando ciência quem nela tem interesse, é, portanto, ato que não deve ser julgado pelo Estado como bom ou mau com alegado amparo na dignidade humana.

O limite imposto pela “moral”, como constante no trio de limites (Schrankentrias), deve ser extremamente relativizado, se não extirpado por completo. É que ou determinada conduta fere regras ou princípios presentes nas leis e na Constituição, e portanto, devem ser por força deles sindicada, ou não ferem, independente de se considerar moral ou não.

Muito embora o pós-positivismo tenha promovido uma (re) aproximação entre direito e moral, é necessário reconhecer que se tratam de sistemas diferentes. Atribuir à moral a função de filtro, limite para o direito de personalidade, nunca deve ser aceita de forma ampla e genérica, mas apenas excepcionalíssimamente, pois é o direito que se nutre e é informado pela moral, e não esta que determina o direito.

### 3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À DECISÃO PROIBITIVA DO PEEP SHOW

Como se viu adiante, analisando a dignidade humana, não haveria razão pra se proibir o *peep show*. Não obstante, embora o tema abordado neste trabalho seja a dignidade humana, como se analisa um caso concreto, faz-se necessário mencionar outros argumentos além da dignidade humana, ainda que seja a ela tangente.

Não se pode deixar de mencionar o art. 12 da Lei Fundamental alemã, que consagra a liberdade de profissão. Consoante o dispositivo, “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem”.

Por outro lado, o argumento segundo o qual as casas de *strip tease* obtiveram a devida licença de funcionamento é de difícil contra-argumentação. MALMERSTEIN<sup>14</sup> narra que o Tribunal decidiu que “a simples exibição do corpo feminino não viola a dignidade humana; assim, pelo menos em relação à dignidade da pessoa humana, não existe qualquer objeção contra as performances de *strip tease* de um modo geral.

Ora, qual seria a diferença, sob o ângulo da dignidade humana, entre o *strip tease* e o *peep show*? Segundo os Ministros do Tribunal, os *peep shows* “são bastante diferentes das *performances* de *strip-tease*. No *strip-tease*, existe uma performance artística. Já em um *peep-show* a mulher é colocada em uma posição degradante. Ela é tratada como um objeto... para estímulo do interesse sexual dos expectadores”.

E prossegue o Tribunal na diferenciação, como mostra NUSSBAUM<sup>15</sup>:

The striptease, the Court argued, stands in a long tradition of erotic performance, and the fact that the woman performing it can move around, look at the audience, relate to the whole group, and be seen from many different perspectives makes her retain a kind of live humanity: her dignity is allowed “to pass untouched”. By contrast, in the peep show she is turned into a thing, a mechanical object, a mere commodity for the use of a single purchaser. Pointing to the isolation both of the woman and of the viewer in his booth, they conclude that woman has been converted from live performer to a mere “object for the arousal and satisfaction of sexual desires” (Anregungsobjekt zur Befriedigung sexueller Interessen); thus her dignity has been injured. The Court rejects the argument that the woman consented to appear

14 MALMERSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 558.

15 NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 145.

in the show: for dignity, they argue, is an objective and not a subjective matter, and cannot be alienated at will.

Percebe-se aqui, portanto, que o Tribunal mencionou: a tradição do *strip tease*; a liberdade de movimentos; a interação com o público e a possibilidade de enxergar múltiplas perspectivas na apresentação como discrimen entre ambas as performances.

Estaria correto o Tribunal ao fazer essa diferenciação? Creio que sim. Ao analisar as características de ambas as atividades, verifica-se que em uma a mulher é o sujeito ativo dela. É ela que exerce ativamente sua liberdade em uma atividade que possui algo de artístico. Na outra, por restar em uma cabine, sem existir exatamente uma plateia, há uma postura mais passiva da dançarina.

Tal distinção, contudo, justifica uma atividade ser liberada a outra proibida? Não vemos razão para tal. Isso porque, ainda que para uma única pessoa e em uma cabine, não em um palco, no *peep show* a mulher dança e se apresenta, da mesma forma que no *strip tease*. Caso diverso seria se a mulher encontrasse imobilizada, ou em jaula, ou em qualquer outra situação que a colocasse na posição de objeto ou da condição de um animal irracional.

Em suma, o *strip tease* confere, sim, mais liberdade e autonomia à dançarina, mas isso não é razão suficiente para permiti-lo ao tempo que se proíbe o *peep show*, sobretudo com lastro na dignidade humana.

Afirmar, contudo, que a dignidade é um tema objetivo, e não subjetivo, é escamotear a realidade decisória. Basta para isso mencionar a enorme controvérsia quanto ao referido julgado, havendo inúmeras opiniões, inclusive a nossa, a manifestar discordância do julgamento. Que haveria de objetivo nisso?

Também manifestando posição contrária, assim dispõe MALMERSTEIN<sup>16</sup>:

Defendeu-se, ainda, que não há um valor constitucional ligado aos “bons costumes” ou à moralidade sexual. A Constituição não obriga que se siga um comportamento sexual “convencional” ou “familiar”. Há, pelo contrário, proteção à diversidade e ao pluralismo, inclusive de cunho sexual.

Qualquer limitação a direitos fundamentais com base em justificativas fundadas na moralidade sexual é, em princípio, suspeita, a não ser quando se busca também proteger o público infantil. No caso do *peep*

16 MALERSTEIN, op. cit., p. 557-558.

show (ao contrário de outdoors, programas de televisão, revistas etc. que podem ser vistos por crianças), o trabalho é realizado em ambiente fechado e tipicamente adulto. Logo, não seria justificável a limitação ao direito fundamental (ao trabalho) nessa situação específica.

De forma lapidária, COSTA NETO<sup>17</sup> também se posiciona criticamente em relação à decisão do *Bundesverfassungsgericht*:

Parece bastante plausível que este tipo de “show” envolve um péssimo gosto e que pode, de fato, ser considerado um tanto impróprio. Contudo, nada leva a crer que esse comportamento seja vedado pela dignidade humana (SUCHOMEL, 2010).

[...]

Entretanto, como observa Helge Sodan (2011, p. 31 e s.), as proibições de Peep-shows ou de “telessexo” (Telefonsex) não podem ser sustentadas com base na dignidade humana. Tal conceito não pode transformar-se em argumento para coibir meras atitudes de mau gosto (Geschmacklosigkeiten). Tecnicamente, enquanto conceito jurídico, ela é imprestável para essa tarefa.

*Se se afirma que a dignidade humana é incompatível com Peep-shows etc., então também se afirma, indiretamente, que ela serve como forma de submeter os indivíduos aos gostos da maioria ou, em outras palavras, a fazê-los viver sob a égide de uma ética da maioria (unter der Ägide einer Majoritätsethik) (SODAN, 2011, p. 31). Ocorre que isso implicaria tornar sem efeito uma parte central da autonomia dos indivíduos. Com isso, nega-se a prerrogativa de autodeterminação de cada um, à medida que obrigam todos a seguir um mesmo padrão ético, que é um tanto oligárquico quanto heterodeterminado.*

Não há nada de objetivo, portanto, no exame da dignidade humana no caso concreto, havendo, portanto, críticas quanto ao entendimento do Tribunal, que, a nosso ver, como já dito, não foi o mais acertado.

#### 4 CONCLUSÕES

A dignidade humana, a despeito da polêmica sobre ser um valor intrínseco ou paulatinamente reconhecido (ou atribuído), envolve certa esfera de proteção a todos os seres humanos só por serem humanos.

<sup>17</sup> COSTA NETO, op. cit., p. 39.

Esse valor, contudo, está intimamente relacionado à capacidade humana de autodeterminar-se e, portanto, ao direito geral de personalidade e ao direito geral de agir.

Certo é que, com base em sua origem metafísica, o ser humano possui algo de especial, que merece ser protegido. Ademais, segundo Kant, o ser humano não deve ser tratado como mero objeto, mas sempre como um fim. Assim, a reificação, a coisificação do ser humano malfere, em regra, a dignidade humana e demanda atuação estatal para evitar ou interromper seus efeitos.

Entretanto, os atos voluntários, consentidos, de indivíduos capazes, como regra geral, quando não impliquem dano a outrem, não devem ser sindicados pelo Estado, ainda que de mau gosto ou considerados degradantes.

Isso porque não cabe ao Estado pautar regras de boa vida, escolhas morais e íntimas aos cidadãos. Também a ele não cabe o papel paternalista de vedar condutas que não atendem ao gosto da maioria.

Essa liberdade, portanto, consagra o direito geral de personalidade e o direito geral de agir, de modo que o indivíduo possa autodeterminar-se, escolhendo de que modo deseja viver e construindo uma personalidade que lhe apraz (direito ao livre desenvolvimento da personalidade).

Portanto, a diferenciação entre o *peep show* e o *strip tease*, considerados permitidos, realmente procede, pois este último tem um caráter mais livre e artístico. Contudo, essa discrepância não possui o condão de inquinhar o primeiro de violador da dignidade humana, pelas razões ora expostas.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional*

*Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA NETO, João. *Dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALMERSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 4 ed. v. 1. São Paulo: Paulus, 2009.
- SANDEL, Michael J. *Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. In: *Dimensões da dignidade*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

---

PROIBIÇÃO LEGAL DO USO DO VÉU  
ISLÂMICO INTEGRAL (BURCA E NIQAB)  
NA FRANÇA: ANÁLISE DA DECISÃO  
DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS  
HUMANOS SOBRE A QUESTÃO, À LUZ DO  
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

---

*LEGAL PROHIBITION OF THE WEARING OF THE FULL  
ISLAMIC VEIL (BURQA AND NIQAB) IN FRANCE: ANALYSIS  
OF THE DECISION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN  
RIGHTS ON THE ISSUE, IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE  
OF PROPORTIONALITY*

*Nicole Mazzoleni Facchini*

*Procuradora Federal em exercício na PSF/Passo Fundo, Bacharel em Direito pela  
Universidade de Passo Fundo e Mestre em Direito Público pela PUC/RS*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 As circunstâncias do caso S.A.V. *versus* França; 2 O princípio da proporcionalidade aplicado ao julgamento do caso da proibição legal do uso do véu islâmico integral na França; 2.1 O subprincípio da adequação; 2.2 O subprincípio da necessidade; 2.3 O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; 3 Breve análise crítica da decisão da Corte Europeia sobre o caso da proibição do véu integral; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Um dos atuais desafios enfrentados pela Europa consiste na promoção do diálogo multicultural e da liberdade de expressão. Havendo embate de direitos, deve-se empreender a oportunidade de celebrar essa rica diversidade e procurar soluções que respeitem todos os direitos envolvidos. A dificuldade surge, porém, em como equalizar conflitos concretos em que temas controvertidos e princípios polissêmicos estão em jogo, como é o caso da dignidade da pessoa humana, da identidade pessoal e cultural, da autonomia da vontade, da autoafirmação das mulheres e do direito à interação social. O presente artigo se debruça sobre essa problemática, ao focar na análise – à luz do princípio da proporcionalidade – do caso intitulado *S.A.V versus França*, apresentado à Corte Europeia de Direitos Humanos. O centro da controvérsia é a Lei francesa nº 1192/2010, que proíbe o uso de roupas destinadas a dissimular a face no espaço público, sob os argumentos, em síntese, de que tal prática afronta os princípios do secularismo, do ‘viver em conjunto’ e da dignidade das mulheres, bem como consiste em uma questão de segurança pública. Adotou-se o método de abordagem indutivo, que parte do estudo de caso para chegar a conclusões generalizadas (breve análise crítica da decisão da Corte Europeia), aliado a uma técnica de pesquisa documental bibliográfica. Ao final, o artigo suscita a reflexão sobre quais seriam os contornos da atuação estatal que limita o exercício de direitos, concluindo que o princípio da dignidade da pessoa humana representa um dos possíveis critérios para orientar o debate.

**PALAVRAS-CHAVE:** Véu islâmico integral. Corte Europeia de Direitos Humanos. Princípio da proporcionalidade. Princípio da dignidade da pessoa humana.

**ABSTRACT:** One of the current challenges facing Europe is the promotion of multicultural dialogue and freedom of expression. Having rights clash, it should undertake the opportunity to celebrate this rich diversity and seek solutions that respect all the rights involved. The difficulty arises, however, in how to equalize specific conflicts in which controversial issues and polysemic principles are at stake, as is the case of human dignity, personal and cultural identity, autonomy of the will, self-assertion of women and the right to social interaction. This article focuses on this problem by analysing - in the light of the principle of proportionality - the case entitled *S.A.V versus France*, submitted to the European Court of Human Rights. The center of the controversy is the French Law No. 1192/2010, which prohibits the use of clothing intended to conceal the face in the public space, under the arguments, in essence,

that such practice infringes the principles of secularism, of 'living together' and of women's dignity and consists of a matter of public safety. It was adopted the inductive method of approach, that starts from the case study to reach general conclusions (brief critical analysis of the European Court decision), together with a bibliographic research. Finally, the article raises the reflection on what are the contours of state action that limits the exercise of rights, concluding that the principle of human dignity is one of the possible criteria to guide the debate.

**KEYWORDS:** Full Islamic veil. European Court of Human Rights. Principle of proportionality. Principle of human dignity.

## INTRODUÇÃO

A União Europeia e os países europeus vêm enfrentando nos últimos anos grandes desafios na condução da sua política interna e de relações exteriores, considerando a intensa imigração de pessoas que não compartilham das suas mesmas ideologias e convicções religiosas, o que vem (re)suscitando ou enaltecendo o debate sobre temas polêmicos como tolerância, democracia e respeito aos direitos humanos.

Não se pode olvidar, todavia, que o fenômeno do embate entre culturas diferentes acompanha a Europa há muito mais tempo. A França (juntamente com a Alemanha)<sup>1</sup> é o país com a maior comunidade muçulmana na Europa, e um dos daqueles que historicamente mais restringe a expressão de fé em ambientes públicos. Aliás, os muçulmanos em território francês oferecem um importante panorama para a análise não apenas do fenômeno migratório e de seus desafios, mas igualmente para a compreensão da formação de uma minoria que *"se define pela identidade religiosa em um Estado republicano e laico, que rejeita perspectivas comunitaristas e multiculturais em seu espaço público"*<sup>2</sup>.

1 Conforme informação disponível em: <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/07/19/5-facts-about-the-muslim-population-in-europe/>. Acesso em 10.08.2016.

2 SAMPAIO, Daniella Portella. Muçulmanos na França: um retrato da política migratória francesa e a constituição de uma minoria. Disponível em: [http://www.academia.edu/8743937/MU%C3%87ULMANOS\\_NA\\_FRAN%C3%87A\\_UM\\_RETRATO\\_DA\\_POL%C3%8DTICA\\_MIGRAT%C3%93RIA\\_FRANCESA\\_E\\_A\\_CONSTITUI%C3%87%C3%83O\\_DE\\_UMA\\_MINORIA](http://www.academia.edu/8743937/MU%C3%87ULMANOS_NA_FRAN%C3%87A_UM_RETRATO_DA_POL%C3%8DTICA_MIGRAT%C3%93RIA_FRANCESA_E_A_CONSTITUI%C3%87%C3%83O_DE_UMA_MINORIA). Acesso em: 10.08.2016. A autora realça também que, com relação ao fenômeno migratório concernente à França, esse país, por muito tempo, caracterizou-se como um Estado de emigração, tendo milhares de colonos franceses se instalado em seus territórios na América durante a primeira fase de colonização (que se estende do século XVI ao XVIII). Durante o século XIX, na fase da descolonização, as disputas por possessões coloniais, principalmente contra a Inglaterra, levaram à extensão do império à África, Ásia e Oceania. Posteriormente, a necessidade por trabalhadores no território francês europeu foi preenchida pela vinda de estrangeiros ao país, sendo que, a partir da 2ª Guerra Mundial, a França passa a receber trabalhadores provenientes do antigo império colonial, como os muçulmanos norte-africanos.

O presente artigo propõe-se a abordar alguns aspectos relacionados a essa problemática, focando no exame do caso ‘S.A.V *versus* França’, apresentado à Corte Europeia de Direitos Humanos em 11 de abril de 2011 (nº 43835/11). O cerne do debate é a Lei francesa nº 1192/2010, que entrou em vigor em 11 de abril de 2011 e foi a primeira lei em solo europeu (seguida pela Bélgica) a banir o uso do véu islâmico integral (burca e *niqab*<sup>3</sup>), sob os argumentos, em síntese, de que tal prática afronta os princípios do secularismo, do ‘viver em conjunto’ e da dignidade das mulheres, bem como consiste em uma questão de segurança pública. Após analisar – à luz do princípio da proporcionalidade – os argumentos favoráveis e contrários à lei, o estudo pretende emitir um breve juízo de valor sobre a decisão da Corte Europeia, lançando a discussão sobre quais seriam os limites, os deveres e as possibilidades da atuação estatal que restringe o exercício de direitos, sob os fundamentos da preservação da ordem pública e da dignidade da pessoa humana.

## 1 AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO S.A.V VERSUS FRANÇA

O caso S.A.V *versus* França foi apresentado à Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos, tendo em vista a gravidade da questão discutida (o teor da Lei francesa nº 1192/2010), a qual remete à interpretação de dispositivos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como ao risco de contradição com decisão previamente tomada por esta mesma Corte.

Assim reza o diploma legal controvertido:

Lei nº 2010-1192

Art. 1º. Nenhuma pessoa pode, no espaço público, usar roupas destinadas a dissimular a face.

Art. 2º. Para os efeitos do artigo 1º, o espaço público é composto de vias públicas, bem como de locais abertos ao público ou afetados a um serviço público.

A proibição prevista no artigo 1º não se aplica se a conduta é exigida ou autorizada por lei ou regulamento, se for justificada por motivos de

3 O niqab e a burca “são tipos de véus integrais, que cobrem todo o corpo e rosto da mulher. A diferença entre estes é que o niqab deixa a área dos olhos à mostra, enquanto a burca contém apenas uma espécie de painel que permite a visão, sendo o tipo de véu que mais esconde a fisionomia da mulher. Geralmente tais tipos possuem cores escuras, como preto. Enquanto o niqab é mais comum no Golfo Pérsico, a burca é encontrada, principalmente, no Afeganistão e em certas regiões do Paquistão. Na França, é o niqab o tipo de véu integral mais comum. Entretanto, muitas vezes, as políticas ou a própria mídia fazem referência ao termo ‘burca’ para designar o conjunto dos véus integrais” (ANDRADE, Camila Sombra Muiños de. *Direitos Humanos, Imigração e Diversidade: um estudo de caso sobre o uso do véu na França*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, fl. 50. Disponível em: file:///C:/Users/nicole.facchini/Downloads/Dissertacao\_Camila\_Sombra\_Muiños\_de\_Andrade\_Corrigida.pdf. Acesso em: 11.08.2016).

saúde ou por motivos profissionais, ou se estiver em parte de atividades esportivas, festas ou eventos artísticos ou tradicionais.

Art. 3º. A violação da proibição prevista no art. 1º é punível com uma multa por infrações de segunda classe.

A obrigação de realizar o curso de cidadania a que se refere o artigo 8º 131-16 do Código Penal pode ser imposta conjuntamente ou em lugar da multa.

[...]

Art. 6º. Esta lei aplica-se a todo o território da República.

Art. 7º. O Governo apresentará ao Parlamento um relatório sobre a aplicação da presente Lei 18 meses após a sua promulgação. Este relatório avalia a implementação desta Lei, as medidas desenvolvidas pelo governo e as dificuldades encontradas.

Previamente à edição da lei, o Ministério do Interior francês, em 2009, conduziu uma pesquisa visando mapear o uso do véu islâmico integral no país (*Rapport d'Information n° 2262*). A investigação estimou em, no máximo, duas mil mulheres portando o véu integral na França; uma minoria, considerando o universo de 65 milhões de habitantes no país. Contudo, afirmou-se que o fenômeno não era existente na França até o ano de 2000, de forma que mereceria a atenção o seu crescimento recente. Relativamente ao perfil das mulheres que usavam o véu, concluiu-se que metade tinha menos de trinta anos e 90% menos de quarenta, dois terços tinham nacionalidade francesa e um quarto delas foi convertida ao Islã. Em outras palavras, o estudo revelou que se trata de uma vestimenta associada à juventude e que não se restringe às estrangeiras, mas, ao contrário, é majoritariamente escolhida pelas francesas. Quanto às motivações para utilizá-lo, a enquête destacou, em especial: a conformidade com valores familiares e comunitários, a coerção e o desejo de purificação por meio de uma prática religiosa mais austera<sup>4</sup>.

Importante registrar que, já em 15 de março de 2004, havia sido aprovada na França uma lei proibitiva do uso de símbolos religiosos ostensivos nas escolas públicas. A lei n° 1192/2010, todavia, revela um âmbito de aplicação mais vasto, uma vez que se dirige a todo espaço público.

Antes da aprovação dessa segunda medida legislativa, representantes do Conselho da Europa manifestaram-se desfavoráveis à proibição do uso do véu integral, sob os argumentos de que isso poderia resultar em uma maior alienação social das mulheres que a lei almejava proteger, bem como

4 ANDRADE, *op. cit.*

que uma proibição de caráter geral constituiria uma invasão na privacidade individual, incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Não obstante, a lei foi aprovada pela Assembleia Nacional em 13 de julho de 2010 com 335 votos a favor, um contra e três abstenções. Restou aprovada também pelo Senado em 14 de setembro do mesmo ano, com 246 votos a favor e uma abstenção. Por fim, o Conselho Constitucional francês (*Conseil Constitutionnel*), em 07 de outubro de 2010, entendeu que a lei era compatível com a Constituição.

Essa legislação continuou sendo alvo de grandes debates e foi questionada junto à Corte Europeia de Direitos Humanos em Estrasburgo. A autora da ação nasceu na França em 1990 e afirmava usar o *niqab* para viver conforme sua cultura, sua fé e convicções pessoais, e não por pressão de seus familiares. Acrescentou que não o usava de forma sistemática, evitando-o em situações que exigissem controle de segurança, e que lhe assistia o direito de usá-lo quando desejasse. Alegou que a lei viola os artigos 3<sup>o</sup>, 8<sup>o</sup>, 9<sup>o</sup>, 10<sup>o</sup> e 11<sup>o</sup> da Convenção Europeia de Direitos Humanos, isolados ou lidos em conjunto com o artigo 14<sup>o</sup> da mesma Convenção.

- 5 ARTIGO 3<sup>o</sup>. Proibição da tortura. Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.
- 6 ARTIGO 8<sup>o</sup>. Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 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 as infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.
- 7 ARTIGO 9<sup>o</sup>. Liberdade de pensamento, de consciência e de religião. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.
- 8 ARTIGO 10<sup>o</sup>. Liberdade de expressão. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.
- 9 ARTIGO 11<sup>o</sup>. Liberdade de reunião e de associação. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses. 2. O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.
- 10 ARTIGO 14<sup>o</sup>. Proibição de discriminação. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua,

A Corte Europeia, em sua fundamentação, pontuou que o diploma legal impugnado submete a requerente ao seguinte dilema: atender aos ditames da lei e, então, abster-se de se vestir de acordo com sua orientação religiosa; ou recorrer-se a cumpri-la, enfrentando as sanções penais dela decorrente. Indicou também que a limitação ou interferência decorrente da medida legislativa não seria compatível com a Convenção Europeia, a menos que visasse a um ou mais objetivos legítimos previstos na mesma Convenção e fosse necessária em uma sociedade democrática para alcançar justamente o(s) objetivo(s) almejado(s). Em outras palavras, deduz-se que a Corte analisou a questão sob o crivo do princípio da proporcionalidade, reconhecendo que o julgamento, mesmo que não encontrasse nenhuma violação, deveria buscar uma abordagem equilibrada, ponderando cuidadosamente a argumentação invocada pelas partes e pelos terceiros intervenientes.

No próximo item, assim, proceder-se-á ao exame dos diversos argumentos tecidos durante o julgamento, sistematizando-os de acordo com o princípio da proporcionalidade, que se tornou um princípio ou postulado<sup>11</sup> de máxima importância, e talvez até o mais importante<sup>12</sup>, no âmbito do tema da colisão de direitos fundamentais, mormente nas hipóteses de restrição legislativa a esses direitos. Desde já é bom salientar que a decomposição do princípio da proporcionalidade em subprincípios tem o mérito de facilitar a compreensão da sua aplicabilidade, o que reduz sensivelmente o seu grau de imprecisão. De forma bastante sintética, o princípio da proporcionalidade requer que os meios sejam adequados para atingir o fim (subprincípio da adequação), necessários dentre os disponíveis (subprincípio da necessidade) e que as vantagens da sua utilização superem as desvantagens (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito). Definir em que consiste a referida adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito diante do caso concreto, todavia, se traduz em um exercício de raciocínio complexo e imbuído de escolhas ou reflexões filosóficas e políticas.

---

religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

11 Dadas as limitações físicas desse trabalho, optou-se por não adentrar na discussão acerca da natureza da proporcionalidade. Por ora, é suficiente afirmar que, para a maioria da doutrina brasileira e estrangeira, trata-se de verdadeira norma principiológica. Em sentido contrário, dentre nós, posiciona-se Humberto Ávila, para quem há de se falar no postulado da proporcionalidade. Segundo esse autor, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, ou seja, "normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos" (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios e da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 89). Partindo dessa conceituação, Ávila advoga a ideia de que a proporcionalidade deve ser considerada postulado, e não princípio.

12 STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 145.

## 2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO AO JULGAMENTO DO CASO DA PROIBIÇÃO LEGAL DO USO DO VÉU ISLÂMICO INTEGRAL NA FRANÇA

A origem do princípio da proporcionalidade<sup>13</sup> remonta ao direito administrativo prussiano do século XIX, mais especificamente ao âmbito do poder de polícia. Heinrich Scholler<sup>14</sup> informa que a vinculação do legislador a esse princípio alcançou reconhecimento doutrinário e jurisprudencial com a Lei Fundamental da Alemanha de 1949. A partir de então, alguns passaram inclusive a defender uma evolução do princípio da “reserva de lei” para princípio da “reserva de lei proporcional”, pelo que se iniciou a admitir a possibilidade de impugnação e de eliminação não apenas das “medidas administrativas desproporcionais, mas também das leis que, ofensivas à relação entre meios e os fins, estabelecem restrições aos direitos fundamentais”<sup>15</sup>.

Assim, se historicamente o princípio surgiu como técnica para controlar o poder de polícia da Administração Pública, com o tempo se expandiu para abarcar a fiscalização sobre os limites aos direitos fundamentais, vinculando também os demais poderes públicos<sup>16</sup>.

A decomposição do princípio da proporcionalidade em princípios parciais ou subprincípios, conforme antecipado acima, facilita a sua compreensão e aplicabilidade. É claro que essa maneira de conceber o princípio, apesar de auxiliar o hermenêuta, não elimina todos os problemas. Humberto Ávila<sup>17</sup>, nesse contexto, externa que existe aparente clareza quanto à circunstância do postulado exigir o exame dos seus subprincípios. O dilema está em como interpretá-los diante do caso concreto. Em que pese essa dificuldade, as etapas de aplicação do princípio da proporcionalidade revelam-se úteis para conduzir o raciocínio do hermenêuta, e é em razão disso que serão aqui analisadas<sup>18</sup>.

13 Suzana de Toledo Barros afirma que “o germe do princípio da proporcionalidade foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII” (BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 35).

14 SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. In: Revista de Interesse Público, n. 2, 1999, p. 93-105.

15 Ibid, p. 97.

16 STEINMETZ, op. cit., p. 147.

17 ÁVILA, op. cit., p. 113.

18 A propósito do tema, uma organização não-governamental que atuou como terceira parte interveniente no julgamento mencionou que a relatora especial das Nações Unidas sobre a liberdade de religião ou crença, no seu relatório datado de 2006, havia colocado um conjunto de diretrizes para a consideração da necessidade e da proporcionalidade das restrições ao uso de vestimentas ou símbolos religiosos e teria

## 2.1 O subprincípio da adequação

O primeiro subprincípio ordena que se perquirira, diante da situação em exame, se a decisão restritiva a um dos direitos fundamentais em jogo oportuniza o alcance da finalidade perseguida<sup>19</sup>. Observe-se que a restrição pode ocorrer tanto pela via legislativa como pela jurisdicional. Cuida-se aqui de verificar, então, se o meio empregado é apropriado para atingir o fim pretendido<sup>20</sup>.

Consoante os ensinamentos de Luiz Calil de Freitas, o princípio da adequação – também conhecido como princípio da conformidade ou da idoneidade – estabelece que, na análise do caso concreto, é necessário perquirir se a afetação desvantajosa do direito fundamental foi produzida com o emprego do meio que de forma mais adequada promoverá o atingimento do fim pretendido<sup>21</sup>. Em outras palavras, impõe-se examinar se o meio eleito, *“conquanto produza limitação ou restrição a direito fundamental, é útil, idôneo, apto, apropriado à promoção do resultado pretendido, não se exigindo que de modo absoluto ele se mostre desde logo capaz de o produzir”*<sup>22</sup>.

Aplicando-se o subprincípio da adequação à lei em análise, cumpre aferir se a política que está sendo examinada é apta a promover os objetivos a que se destina. Assim, de início, impõe-se indagar qual é a finalidade da norma em questão.

Conforme o governo francês, a Lei nº 1192/2010 visa à segurança pública, bem como à garantia do respeito pelo mínimo conjunto de (três) valores em uma sociedade aberta e democrática<sup>23</sup>, a saber: igualdade entre homens e mulheres, dignidade humana e os mínimos requerimentos de uma vida em sociedade (*‘living together’*). Esses objetivos estariam contemplados no segundo parágrafo dos artigos 8º e 9º da Convenção.

Nesse ponto, vale sinalizar que, previamente à edição da lei, a conferência de Presidentes da Assembleia Nacional estabeleceu uma comissão parlamentar com a tarefa de realizar um relatório sobre o uso do véu integral no território nacional, o qual enfatizou que essa vestimenta

---

recomendado que as seguintes questões fossem respondidas pela administração ou pelo judiciário ao fazer essa avaliação: a) é apropriada a restrição em causa, tendo em conta o interesse legítimo que visa proteger?; b) é a menos restritiva?; c) é provável para promover a intolerância religiosa e evitar a estigmatização de qualquer comunidade religiosa em particular? (CASE OF S.A.S v. FRANCE. Disponível em: [http://unirep.rewi.hu-berlin.de/doc/or/2014/0827/Rspr\\_EGMR\\_zu\\_Burqaverbot.pdf](http://unirep.rewi.hu-berlin.de/doc/or/2014/0827/Rspr_EGMR_zu_Burqaverbot.pdf). Acesso em 11.08.2016).

19 STEINMETZ, op. cit., p. 149.

20 ÁVILA, op. cit., p. 116.

21 FREITAS, Luiz Fernando Calil. Direitos fundamentais: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 208.

22 Ibid, p. 208.

23 Tradução livre para “to ensure respect for the minimum set of values of an open and democratic society”.

infringe o princípio da liberdade, por ser um símbolo de subserviência e violência desumanizadora, e representa a negação da fraternidade e do contato com outros (princípio do “*vivre ensemble*”). Além de violar a dignidade da mulher que porta o véu, o seu uso violaria igualmente a dignidade de terceiros que compartilham do mesmo espaço público e que são impedidos de efetuar uma relação de troca com o outro, mesmo que apenas visual.

O governo apontou, ainda, que o estudo apresentado por duas das partes intervenientes no julgamento – segundo o qual as mulheres que usam ou usavam o véu o faziam voluntariamente – foi baseado em uma pequena amostra de mulheres (27 em um caso, e 32 em outro), recrutadas usando um método não confiável<sup>24</sup>.

A autora, ao seu turno, defendeu que o argumento do ‘respeito pelos mínimos requerimentos de uma vida em sociedade’ não levava em consideração tanto as práticas culturais das minorias que não necessariamente compartilhavam dessa filosofia como o fato de que existem outras formas de comunicação, além da visual. Sublinhou, outrossim, que o argumento da igualdade de gênero era simplista, devendo ser considerado, inclusive, que – de acordo com uma posição feminista bem estabelecida – o uso do véu frequentemente denotava a emancipação e autoafirmação das mulheres e sua participação na sociedade, sendo uma questão não de agradar aos homens, mas de satisfação pessoal e da própria consciência.

Importante sinalizar, nesse compasso, a opinião da ‘National Advisory Commission on Human Rights’<sup>25</sup>, referida no julgamento, que enfatizou o risco de a lei provocar a estigmatização dos muçulmanos e que uma proibição geral poderia ser prejudicial às mulheres, especialmente porque poderia redundar em privação do acesso às áreas públicas e às instituições de ensino por parte daquelas obrigadas a usar o véu integral.

Quanto à questão da igualdade de gênero, a Corte, por sua vez, argumentou que o Estado não pode invocar essa finalidade para banir uma prática defendida pelas mulheres. Da mesma forma, afastou a tese da dignidade da pessoa humana como justificativa legítima, uma vez

---

24 The snowball method, o qual consiste na escolha de várias pessoas que se encaixam no perfil do assunto e, em seguida, através deles, atingir um número maior de pessoas que geralmente compartilham os mesmos pontos de vista. Tradução livre para “is consisted in targeting various people fitting the subject profile and then, through them, reaching a greater number of people who generally shared the same views”. O Governo concluiu que os relatórios em causa oferecem uma visão muito parcial da realidade e que sua relevância científica deve que ser vista com cautela.

25 Nesse mesmo sentido, a ‘Resolution 1743 (2010) and Recommendation 1927 (2010) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and Viewpoint of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe’, também citados no julgamento.

que a vestimenta em questão é expressão de uma identidade cultural que contribui para o pluralismo inerente à democracia.

O órgão julgador considerou, porém, o argumento de que a face desempenha um importante papel nas interações sociais, e que o véu corresponde a uma barreira levantada diante dos outros, tolhendo-lhes o direito de viver em um espaço de socialização que torna mais fácil a vida em sociedade<sup>26</sup>. Em outras palavras, entre os ideais republicanos, “foi a Fraternidade escolhida como o fundamento adequado para a legislação, e não a Igualdade ou a Liberdade, argumentos dos discursos. O discurso de direitos humanos, assim, cedeu lugar àquele de ordem pública”<sup>27</sup>.

Sendo a legislação adotada idônea à finalidade prevista, conforme entendimento esposado pela Corte Europeia, deve-se indagar, na sequência, a respeito da sua necessidade.

## 2.2 O subprincípio da necessidade

O *princípio da necessidade* diz com a proibição da adoção de meio excessivamente oneroso, quando for possível a aplicação de outro meio menos gravoso e igualmente apto a produzir o resultado almejado<sup>28</sup>. Na verdade, a necessidade de uma medida de ordem restritiva impõe um juízo positivo, uma vez que não basta simplesmente afirmar que o meio escolhido não é o que causa menor lesividade<sup>29</sup>. O juízo “há de indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos consequências gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado”<sup>30</sup>.

Humberto Ávila registra que o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação. A primeira delas requer o exame dos meios alternativos de modo a verificar se eles promovem igualmente o fim; a segunda demanda o exame do meio menos restritivo, para verificar se os meios alternativos são menos desvantajosos aos direitos fundamentais colateralmente afetados<sup>31</sup>. Ainda segundo esse autor

o exame da necessidade não é, porém, de modo algum singelo. Isso porque, como foi mencionado, a comparação do grau de restrição

26 É a ideia que pode ser extraída do seguinte trecho do julgamento: “The Court is therefore able to accept that the barrier raised against others by a veil concealing the face is perceived by the respondent State as breaching the right of others to live in a space of socialisation which makes living together easier.”

27 ANDRADE, op. cit., fl. 201.

28 FREITAS, op. cit., p. 209.

29 BARROS, op. cit., p. 80.

30 Ibid., p. 80.

31 ÁVILA, op. cit., p. 122.

dos direitos fundamentais e do grau de promoção da finalidade preliminarmente pública pode envolver certa complexidade. Quando são comparados meios cuja intensidade de promoção do fim é a mesma, só variando o grau de restrição, fica fácil escolher o meio menos restritivo. Os problemas começam, porém, quando os meios são diferentes não só no grau de restrição dos direitos fundamentais, mas também no grau de promoção da finalidade. Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental, mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental? A ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção é inafastável. Daí a necessidade de que o processo de ponderação, como já afirmado, envolva o esclarecimento do que está sendo objeto de ponderação, da ponderação propriamente dita e da reconstrução posterior da ponderação<sup>32</sup>.

Contextualizando as ideias acima no âmbito da legislação que proíbe o uso do véu islâmico integral, há que se aquilatar a eventual existência de alguma outra medida alternativa que repercuta da mesma maneira sobre a finalidade perseguida, mas que prejudique, em menor grau, outros bens jurídicos relevantes.

Segundo a autora da ação, mesmo partindo do pressuposto de que os objetivos perseguidos pela legislação são legítimos, existiriam outros meios menos restritivos. Acrescentou que a lei adotada era imbuída de intenção paternalística, além de refletir a intenção de punir as próprias mulheres que, em tese, deveriam ser protegidas de uma pressão patriarcal.

A Comissão Nacional Consultiva dos Direitos do Homem (França) – CNCDH, por sua vez, advogou que uma maneira de combater qualquer forma de obscurantismo consistia no encorajamento da promoção de uma cultura de diálogo, abertura e moderação, bem como no patrocínio de um melhor conhecimento da religião e dos princípios republicanos. Levantou a necessidade de cursos de fortalecimento de educação cívica para homens e mulheres, bem como da aplicação rigorosa dos princípios da laicidade e da neutralidade dos serviços públicos. Além disso, expressou o desejo de que, em paralelo, estudos sociológicos e estatísticos deveriam ser realizados a fim de acompanhar a evolução do uso do véu de rosto inteiro. Sobre o assunto, Camila S. M. De Andrade refere que, conforme a CNCDH, “já existiam regulamentações em tema de ordem pública e neutralidade dos serviços públicos, de modo que a proibição do véu integral, limitada no

---

<sup>32</sup> Ibid., p. 122.

tempo e espaço, já era aplicada em vários casos<sup>33</sup>. Nesse mesmo sentido seria o entendimento do Conselho de Estado, segundo o qual

o uso do véu integral, seja enquanto tal ou como forma de dissimulação da face, já era limitado, segundo determinadas circunstâncias de tempo, lugar e pessoas, por dispositivos de natureza e alcance diversos. São vários os exemplos trazidos pelo Conselho de Estado, podendo-se destacar os seguintes: proibição dos agentes públicos de manifestação das crenças religiosas em suas funções; a lei de 15 de março de 2004 (proibição de símbolos religiosos ostensivos nas escolas<sup>34</sup>); a decisão do Conselho de Estado que valida a recusa do Ministro do Interior de pedido de aquisição de nacionalidade francesa por mulher que usava burca; na área cível, o uso do véu islâmico tomado em consideração para fins de divórcio, por ser considerado um excesso da prática religiosa; dispositivos que proíbem a dissimulação voluntária da face, de maneira genérica, especialmente por motivos de segurança e necessidade de identificação das pessoas. Para o Conselho de Estado, haveria também meios indiretos para sancionar a coerção ao uso do véu integral, como os delitos de violência física ou psicológica ou, no caso de menores, jurisprudência sobre a suspensão do direito à visita de pais em razão de pressão moral para o uso do véu integral<sup>35</sup>.

Nesse contexto, importante traçar rapidamente o *background* da legislação em apreço, em particular o relatório determinado pela conferência de presidentes da Assembleia Nacional francesa, em junho de 2009, segundo o qual o uso do véu integral era um fenômeno recente na França e que o uso desta vestimenta já existia antes do advento do Islã (portanto, não decorrente do Alcorão) e não tinha a natureza de um preceito religioso, mas derivava de uma afirmação radical de indivíduos na busca de identidade social e de uma ação de movimentos fundamentalistas extremistas. O relatório advogava a necessidade de três frentes de ação: convencer as mulheres, protegê-las e proibir o véu. Para tanto, ofereceu as seguintes propostas: (1) adoção de uma resolução que reafirmasse os valores republicanos e condenasse como contrária a tais valores a utilização do véu de rosto inteiro; (2) inicialização de um levantamento geral dos fenômenos de fusão, discriminação e rejeição de pessoas por conta de sua origem ou fé, e das condições de representação justa da diversidade espiritual; (3) reforço das ações de sensibilização e educação sobre respeito mútuo e diversidade e a generalização de mecanismos de mediação; (4) e

33 ANDRADE, op. cit., p. 91.

34 Conforme citação de Camila S. M de Andrade, tanto a CNCNDH como a Assembleia Nacional entendem que o uso do véu nas escolas e o uso do véu integral nos espaços públicos constituem problemáticas distintas, uma vez que o princípio da laicidade – no primeiro caso – pode servir de fundamento por se tratar de um serviço público, a educação. O segundo, porém, não se trata de uma relação entre os indivíduos e serviços públicos, mas de relações entre indivíduos (op. cit., p. 161).

35 ANDRADE, op. cit., p. 92.

a promulgação de uma legislação que garantisse a proteção das mulheres vítimas de coação, a qual iria coibir tais práticas e reforçar a atuação dos funcionários públicos envolvidos neste fenômeno.

O Governo francês considerou que as opções da mediação e de resoluções parlamentares não eram suficientemente efetivas e que a proibição do véu limitada a certos lugares ou circunstâncias – além da dificuldade de sua implementação – não seria um meio apropriado de salvaguarda dos princípios em questão. Sublinhou, também, que restringir as sanções apenas àqueles que obrigassem as mulheres a usarem o véu integral não seria eficiente porque as muçulmanas em causa poderiam hesitar em denunciar essa prática. Acrescentou, ainda, que a Lei foi aprovada na Assembleia Nacional e no Senado por unanimidade dos que votaram (menos um voto), bem como sua necessidade foi reconhecida pelo Conselho Constitucional e pela Corte de Cassação.

A Corte, em sua decisão, enfatizou o papel fundamentalmente subsidiário da Convenção face à legitimação democrática direta das autoridades nacionais, as quais, em tese, estão em melhores condições do que uma Corte internacional para avaliarem as necessidades e condições locais. Relativamente ao artigo 9º da Convenção, entendeu que o Estado, em princípio e com a supervisão da Corte, conta com uma ampla margem de apreciação em decidir se e em qual medida a limitação de um direito de manifestação da religião ou crença é necessária.

Fixada esta premissa, a Corte asseverou a imprescindibilidade de verificar se a legislação impugnada é necessária em uma sociedade democrática para fins de segurança pública (dentro do significado dos artigos 8º e 9º da Convenção)(1) ou para a proteção dos direitos e liberdades de terceiros (2).

Com relação ao primeiro ponto (1), asseverou a Corte ser essencial ao Estado identificar indivíduos de forma a prevenir situações perigosas. Todavia, acrescentou que o banimento do uso do véu integral somente poderia ser proporcional em um contexto de ameaça geral à segurança pública, requisito não preenchido pela legislação impugnada, uma vez que tal objetivo poderia ser alcançado por uma mera obrigação de mostrar a face em situações de risco à segurança das pessoas ou do patrimônio.

No que diz respeito à segunda finalidade (2), a Corte entendeu ser aceitável que o Estado reconheça ser essencial atribuir um peso especial à interação entre indivíduos, e que tal interação possa ser afetada pelo uso do véu integral. Consequentemente, a Corte Europeia concluiu que a proibição encontra-se justificada (necessária) se garantir as condições do ‘living together’<sup>36</sup>.

36 Nesse ponto, extrai-se do julgado o seguinte trecho: “142. Consequently, the Court finds that the impugned ban can be regarded as justified in its principle solely in so far as it seeks to guarantee the conditions

### 2.3 O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, parte-se para a análise do *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*. O que se investiga aqui consiste na relação custo-benefício existente entre o resultado obtido pelo emprego do meio escolhido e a restrição a direito fundamental dele decorrente<sup>37</sup>. Isso porque, certas vezes, os juízos da adequação e da necessidade não são suficientes para aferir a justiça de uma determinada medida restritiva adotada, tendo em vista que dela pode resultar uma sobrecarga ao direito atingido que não se harmoniza com a ideia de justa medida<sup>38</sup>. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu* revela-se de suma importância “para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A ideia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada”, como alerta Suzana de Toledo Barros<sup>39</sup>.

Humberto Ávila<sup>40</sup>, ao comentar o princípio em apreço, ressalta que o seu exame requer a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. No seu entender, alguns questionamentos devem ser formulados, quais sejam: “as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?”<sup>41</sup>. Trata-se, ainda segundo o autor, de um exame complexo, que envolve uma forte carga subjetiva por parte do intérprete<sup>42</sup>.

Segundo Robert Alexy<sup>43</sup>, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito – que se confunde com o mandado da ponderação – diz

---

of “living together”. Os juízes Nussberger e Jäderblom, que proferiram votos dissonantes nesse ponto, expressaram que o Governo não explicou porque seria impossível aplicar medidas menos restritivas, como a sensibilização e educação para desencojarem o recente fenômeno do uso do véu integral.

37 FREITAS, op. cit., p. 211.

38 BARROS, op. cit., p. 82-83.

39 Ibid., p. 83.

40 ÁVILA, op. cit., p. 124.

41 Ibid., p. 124.

42 Sobre as objeções ao princípio da proporcionalidade, cf., dentre outros, STEINMETZ, op. cit., p. 193-207. Ainda nesse contexto, vale referir que, à inafastável dose de discricionariedade na apreciação do justo para o caso concreto, principalmente nos chamados hard cases do direito constitucional, Daniel Sarmento opõe a maior responsabilidade decisória quando da ponderação de interesses. Serão justamente esses interesses, sem olvidar das dimensões normativas da Constituição e os resultados concretos da decisão, que orientarão o intérprete para a busca da justiça do caso concreto. Além disso, segundo o autor, a jurisprudência vai consolidando com o passar do tempo certas orientações a propósito dos conflitos principiológicos, criando parâmetros que reduzem a margem de subjetividade dos futuros operadores do direito quando da apreciação de casos similares, o que não gera, porém, a perspectiva de desaparecimento das ponderações ad hoc. (SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 109-111).

43 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 112.

respeito às possibilidades *jurídicas* do meio eleito. Se uma norma de direito fundamental de carácter principiológico entra em rota de colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica de realização da norma de direito fundamental depende do princípio contrário. Para se obter uma decisão, faz-se necessária uma ponderação que leve em consideração a lei da colisão. Ainda segundo o mestre alemão, da máxima da proporcionalidade em sentido estrito segue que os princípios são mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas. As máximas da necessidade e da adequação, a seu turno, resultam do carácter dos princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades *fáticas*<sup>44</sup>. Em outras palavras, a diferença entre os subprincípios da adequação e da necessidade, de um lado, e o da proporcionalidade em sentido estrito, de outro, reside no fato de que os primeiros dizem respeito às possibilidades fáticas do meio empregado e dos outros meios passíveis de utilização, ao passo que no segundo são analisadas as possibilidades jurídicas do meio eleito<sup>45</sup>.

No tocante à política de vedação do uso do véu integral, cuida-se de sopesar os interesses em jogo sob a ótica dos valores envolvidos, para verificar se as vantagens dessa medida superam ou não os ônus que decorrem da sua imposição.

O Governo indicou que a lei era a resposta a uma prática considerada incompatível, na sociedade francesa, com as regras básicas de comunicação social e, mais amplamente, com os requisitos do “viver juntos” e da proteção dos direitos e liberdades de outrem. A partir dessa perspectiva, advogou que estaria tentando proteger um princípio de interação entre os indivíduos, o que – na sua opinião – seria essencial para a expressão não só do pluralismo, mas também da tolerância e da abertura de espírito que fundamentam uma sociedade democrática. Dessa forma, a proibição em questão constituiria uma escolha da sociedade francesa, o que estaria em sintonia com o papel subsidiário autoatribuído pela própria Corte Europeia.

Para a autora da ação, por outro lado, sopesando os interesses conflitantes – aqueles titularizados por quem desaprovava o uso do véu e aqueles ostentados pelas muçulmanas em questão, que, como ela, foram forçadas a escolher entre agir de forma contrária às suas crenças, ficar em casa ou violar a lei – esses últimos teriam sido mais seriamente afetados.

Os votos dissonantes dos juízes Nussberger e Jäderblom acolheram a argumentação da autora, assentando que a lei impugnada sacrifica direitos individuais concretos garantidos pela Convenção em nome de princípios abstratos. Consideraram vago, ainda, o que poderia constituir o conceito de ‘direitos e liberdades de terceiros’, e acrescentaram que a razão para a

44 ALEXY, op. cit., p. 112.

45 FREITAS, op. cit., p. 211.

não tolerância do véu integral estaria baseada em interpretações do seu significado simbólico, sendo que não existe um direito a não ser chocado ou provocado por diferentes modelos de identidade cultural ou religiosa. Apontaram, ainda, que a comunicação (que não se restringe à interação visual) é essencial para a vida em sociedade, mas o direito ao respeito pela vida privada compreende o direito de não se comunicar e de não entrar em contato com terceiros em ambientes públicos (o direito de ser um ‘outsider’). Com relação à proporcionalidade em sentido estrito, defenderam a dificuldade de argumentar que os direitos protegidos pela lei superam os direitos por ela infringidos. Nesse ponto, sublinharam que mesmo os valores supostamente alvo de proteção – pluralismo, tolerância e abertura de espírito – poderiam justificar não apenas a vedação do véu integral, mas justamente o contrário, ou seja, o uso desta vestimenta. Sustentaram, nessa linha de raciocínio, que o Estado tem o dever de assegurar tolerância mútua entre grupos opostos e, ao invés de remover a causa de tensão, eliminando o pluralismo (conduta adotada pelo legislador francês), deveria garantir que os grupos concorrentes tolerassem uns aos outros. Por fim, ressaltaram que apenas um pequeno número de mulheres usava o véu integral, o que reduzia muito a possibilidade de terceiros serem afetados nos seus direitos de interação social.

A Corte Europeia, por maioria, considerou os argumentos de que apenas uma pequena parcela das mulheres usava o véu, e que a vedação produzia um impacto negativo na situação dessas muçulmanas que haviam escolhido usá-lo por razões de crença, restringindo sua autonomia e liberdade ou isolando-as do convívio social. Mencionou, igualmente, que essas mulheres poderiam conceber a vedação como uma ameaça à sua própria identidade. Ponderou, porém, que a Lei apenas impedia o uso de vestimentas que escondessem a face, permitindo o uso de qualquer outro vestuário – com ou sem conotação religiosa –, sendo que as sanções impostas em caso de descumprimento estavam entre as mais leves que poderiam ser previstas. Em síntese, entendeu que os argumentos da segurança pública, do respeito pela igualdade entre homens e mulheres e da dignidade humana não poderiam legitimamente justificar a proibição da ocultação da face em locais públicos. Todavia, acolheu a argumentação do governo francês no sentido de que a imposição do veto ao uso do véu integral, com vistas à garantia do “viver juntos” na sociedade francesa, era um meio idôneo, necessário e proporcional. Concluiu, assim, que a Lei nº 1192/2010 não violava os artigos 8º e 9º da Convenção<sup>46</sup>, bem como do artigo 14, combinado com esses mesmos artigos<sup>47</sup>.

46 Voto por maioria.

47 Voto por unanimidade.

### 3 BREVE ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DA CORTE EUROPEIA SOBRE O CASO DA PROIBIÇÃO DO VÉU INTEGRAL

A edição da Lei francesa nº 1192/2010 é apenas a ponta de um iceberg, cujos bastidores refletem uma série de questões de ordem filosófica, política, social, religiosa e ideológica que permeiam o debate da (des)integração de culturas tão diferentes que ocupam o mesmo espaço no território francês. Além disso, os atos terroristas, a denominada ‘islamofobia’<sup>48</sup>, o fenômeno atual da forte imigração verso países europeus e o cenário político-eleitoral têm acrescentado novos ingredientes a essa discussão, exaltando ânimos e provocando a reação da comunidade nacional e internacional.

Sempre que se está diante de uma problemática complexa, envolvendo direitos e interesses contrapostos, torna-se inviável emitir um juízo de certo ou errado; o que ocorre, em realidade, é a adoção de um ou outro ponto de vista, o qual estará inevitavelmente ligado às próprias concepções ideológicas e culturais. Como demonstrado no julgamento do caso do véu integral pela Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>49</sup>, os mesmos argumentos podem ser utilizados para fundamentar posições antagônicas; tudo depende da forma pela qual as ideias são apresentadas e concebidas. Além disso, não se pode olvidar que os debates são travados geográfica e historicamente. Dependendo do local e do contexto histórico – bem como dos detalhes que os caracterizam –, pode-se chegar a conclusões distintas. E esse raciocínio revela-se extremamente importante quando medidas jurídicas são adotadas por um determinado Estado, visando normatizar práticas religiosas ou culturais. Quais são os limites, deveres e possibilidades da atuação estatal que restringe o exercício de direitos, sob os fundamentos da preservação da ordem pública e da segurança, da igualdade de gênero, da dignidade da pessoa humana etc? Quais as possíveis consequências práticas, jurídicas e filosóficas dessas medidas?

O presente artigo não pretende se debruçar sobre essa complexa problemática, mas apenas suscitar o debate. O caso da proibição do uso do véu integral (burca ou *niqab*) é um exemplo da dificuldade de se chegar a uma resposta consensual a essas indagações. Conforme entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, essa proibição é idônea, necessária e proporcional com vistas à proteção dos direitos e liberdades de outrem,

48 O presente trabalho não adentrará na polêmica do uso do termo ‘islamofobia’.

49 Cite-se, por exemplo, a preocupação endossada pela CNCDH (Comissão Nacional Consultiva dos Direitos Humanos – França) no sentido de que a lei francesa nº 1192/2010 poderia vir a “a ser percebida como uma medida ‘antimuçulmana’. De maneira oposta a este entendimento, a Assembleia Nacional concluiu que o uso do véu integral, em si, era uma forma de discriminação. Para a Assembleia, esta prática ‘nutre a estigmatização de uma parcela de nossa população que considera fazer plenamente parte da comunidade nacional e leva sua vida e, possivelmente, vive sua fé com respeito às leis da República” (ANDRADE, op. cit., p. 86).

uma vez que o véu impede a interação social, considerada essencial à democracia e à sociedade francesa. Com efeito, apesar da controvérsia que rege a matéria, é muito difícil interagir com alguém totalmente coberto com uma vestimenta (com apenas e eventualmente os olhos à mostra).

A Corte, porém, afastou o argumento da desigualdade de gênero, assentando que o Estado não pode invocar essa finalidade para banir uma prática defendida pelas mulheres, o que, no nosso entender, mereceria uma análise mais aprofundada e contextualizada. Nesse ponto, poder-se-ia indagar quantas jovens muçulmanas foram obrigadas por suas próprias mães e sogras a usarem o véu, e, como a psicologia de repetição de modelos explica, impuseram oportunamente essa mesma conduta às respectivas filhas e noras? Ademais, considerando que a família é um bem extremamente importante e vital para os muçulmanos, quantas mulheres – para não fugir à tradição e às práticas religiosas e culturais que permeiam as relações familiares –, acabam por aderir a essa tradição, supostamente de forma consciente e volitiva? Da mesma forma, o uso do véu integral – mesmo que se entenda que ele represente uma identidade cultural (o que é controvertido) – acaba por retirar a identidade *pessoal* da muçulmana que o usa, tornando-a ‘invisível’, uma vez que apenas (e nem sempre) os olhos estão descobertos. E, sem identidade, perde-se a própria dignidade<sup>50</sup>.

Em artigo referente à influência dos direitos fundamentais<sup>51</sup> sobre o direito privado alemão, Jörg Neuner ressalta que o Constituição alemã<sup>52</sup> (LF) estabelece que a “dignidade humana é ‘inviolável’, ou seja, um bem

50 Diferente, contudo, é o recente caso da proibição do uso do burkini (roupa de banho feminina utilizada pelas mulheres islâmicas, mas que não esconde o rosto) por cerca de 30 cidades litorâneas francesas, sob o argumento de que esta vestimenta representa uma provocação depois do atentado em Nice, em julho deste ano. A alta instância administrativa da França (o Conselho de Estado) suspendeu corretamente a interdição do burkini nas praias de Villeneuve-Loubet, uma vez que não restou comprovado que seu uso perturba a ordem pública e por esta medida representar uma grave violação das liberdades fundamentais (liberdade de ir e vir, de consciência e liberdade pessoal). Um aspecto interessante da decisão foi a consideração de que nenhuma outra razão, além do respeito pela lei e pela ordem pública, poderia ser utilizada para a adoção dessa interdição (o teor do decisum está disponível em: [https://twitter.com/Conseil\\_Etat/status/769168986345005056/photo/1](https://twitter.com/Conseil_Etat/status/769168986345005056/photo/1). Acesso em: 12.09.2016. Sobre o assunto, vide ainda: [http://www.francetvinfo.fr/societe/religion/laicite/polemique-sur-le-burkini/burkini-apres-la-decision-du-conseil-d-etat-tous-les-arretes-devraient-maintenant-etre-annules\\_1796565.html](http://www.francetvinfo.fr/societe/religion/laicite/polemique-sur-le-burkini/burkini-apres-la-decision-du-conseil-d-etat-tous-les-arretes-devraient-maintenant-etre-annules_1796565.html). Acesso em 12.09.2016.) Devemos salientar que o burkini, ao contrário da burka ou do niqab, revela toda a face da mulher, garantindo sua identidade, dignidade e a possibilidade de interação social. Em sua decisão, o Conselho de Estado também invocou o princípio da proporcionalidade, em sua tríplice divisão, concluindo que o poder de polícia adotado pelo Poder Executivo de uma cidade litorânea, visando regulamentar o acesso à praia e as práticas de banho, deve ser adequado, necessário e proporcional no que diz respeito às exigências da ordem pública.

51 Sobre a problemática da delimitação conceitual de direitos humanos e direitos fundamentais, vide SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais. 12 ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2015.

52 Em seu artigo 1º, par. 1º, alínea I.

jurídico absoluto, que não pode ser lesado por ninguém, nem mesmo por sujeitos de direito privado”<sup>53</sup>.

Na realidade, hoje se reconhece que “os direitos fundamentais, e os direitos de personalidade que lhes correspondem, não são, no seu núcleo, renunciáveis”, uma vez que a renunciabilidade não é compatível com a dignidade da pessoa humana<sup>54</sup>. Poder-se-ia fazer um paralelo, nesse caso, com a vedação, pelo direito infraconstitucional, da relativização da vida perante si próprio, como no caso da determinação do uso obrigatório de cinto de segurança<sup>55</sup>.

Com relação a esse ponto, Daniel Sarmento pontua que a teoria contemporânea dos direitos fundamentais aponta que o Estado deve abster-se de violar tais direitos, mas também tem a incumbência de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças, sendo que esse “dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana”<sup>56</sup>. O autor continua seu raciocínio, sublinhando que esse aspecto constitui um dos mais importantes desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>57</sup>, teoria que pode ser ilustrada com o multicitado caso do lançamento de anões, julgado pelo Conselho de Estado francês<sup>58</sup>:

Na cidade de Morsang sur Orge, na Riviera francesa, uma boate organizara um grotesto concurso de lançamento de anão: sagrava-se vencedor da prova o cliente que conseguisse arremessar o anão mais longe, a partir do palco da discoteca. O prefeito interditiu o espetáculo, explicitando seu poder de polícia fundamentado na tutela da ‘ordem pública’. Inconformados, a boate e o anão – este revoltado porque perdera o emprego – impugnaram o ato administrativo em questão, mas o Conselho de Estado, em solução definitiva da causa, manteve a decisão, criando o precedente no sentido de que o princípio

---

53 NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito privado*. MONTEIRO, A.P.; NEUNER, J.; SARLET, I. (org). Coimbra: Almedina, 2007, p. 225.

54 FRADA, Manuel A. Carneiro. A vida própria como dano: perspectivas civis e constitucionais de um tema atual. In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito privado*. MONTEIRO, A.P.; NEUNER, J.; SARLET, I. (org). Coimbra: Almedina, 2007, p. 319.

55 NEUNER, op. cit., p. 320.

56 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 160-161.

57 Ibid., p. 161.

58 Ibid., p. 159.

da dignidade da pessoa humana condiciona a interpretação do conceito jurídico indeterminado de ‘ordem pública’<sup>59</sup>.

O caso demonstra que a definição de ‘ordem pública’ foi interpretada no sentido da promoção da dignidade da pessoa humana, princípio esse que não seria passível de renúncia por parte de seu titular. Poder-se-ia objetar, nesse contexto, que esse mesmo princípio embasa a autonomia privada, ou seja, o poder de todo e qualquer sujeito de autorregulamentar seus próprios interesses, de decidir o que é bom ou não para si, guiando-se de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros e nem colidam com valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito<sup>60</sup>. Sublinhe-se que essas próprias ressalvas demonstram que essa autonomia não é absoluta, devendo o Estado intervir em certos casos – como referido acima – para restringir a autonomia individual quando isso for necessário para a promoção da dignidade humana, que é um dos pilares da democracia. É dentro desse contexto que se admite que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, além de legitimar restrições aos direitos subjetivos individuais com fundamento no interesse comunitário prevalente, contribui também para a limitação (mas não restrição ao núcleo essencial) do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais<sup>61</sup>.

#### 4 CONCLUSÃO

Os crescentes fenômenos migratórios e o contato com culturas diferentes, bem como a ameaça de atos terroristas e o desconhecimento do *modus vivendi* de outros povos, têm incentivado um clima de intolerância religiosa, insegurança e discriminação no contexto do mundo ocidental, o que tem levado alguns Estados europeus a adotarem medidas polêmicas, cujos fundamentos – dependendo da sua interpretação – podem ser utilizados tanto para a defesa dessas medidas como justamente para atacá-las.

O presente artigo abordou a questão da proibição legal do uso do véu islâmico integral pelo governo francês, analisando, à luz do princípio da proporcionalidade, os argumentos invocados durante o julgamento do caso S.A.V *versus* França pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Na sequência, suscitou-se brevemente o debate sobre quais seriam os limites, os deveres e as possibilidades da atuação estatal que restringe o exercício de direitos, sob os fundamentos da preservação da ordem

59 Ibid., p. 159.

60 Ibis., p. 188-189.

61 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 171.

pública e da dignidade da pessoa humana. Não se desconhece que este último embasamento é uma noção polissêmica e que há controvérsia sobre a existência de permissão ao Estado de julgar a dignidade das pessoas para protegê-las de si mesmas. No entanto, à luz da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da teoria dos deveres de proteção, bem como da concepção de que a dignidade humana é irrenunciável, entendemos que esse princípio é um dos possíveis critérios para orientar o debate.

No caso em tela, entendeu-se que, muito embora a Corte Europeia tenha concluído que a imposição do veto ao uso do véu integral pela Lei nº 1192/2010 seja um meio idôneo, necessário e proporcional à garantia do “viver juntos” na sociedade francesa, os argumentos da desigualdade de gênero e da dignidade da pessoa humana mereceriam uma análise mais aprofundada e contextualizada. Com efeito, o uso da burca ou do *niqab* retiram a identidade *pessoal* da muçulmana que o usa, sendo que, sem identidade, perde-se a própria dignidade. Nesse ponto, parafraseando Boaventura de Souza Santos, “*temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza, temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza*”. Em um Estado democrático de direito, incumbe a esse mesmo Estado, imbuído dos seus deveres de proteção, a consagração desses direitos citados pelo professor português.

## 6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, Camila Sombra Muiños de. *Direitos Humanos, Imigração e Diversidade: um estudo de caso sobre o uso do véu na França*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/nicole.facchini/Downloads/Dissertacao\_Camila\_Sombra\_Muiños\_de\_Andrade\_Corrigida.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios e da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000..

CASE OF S.A.S v. FRANCE. Disponível em: <[http://unirep.rewi.hu-berlin.de/doc/or/2014/0827/Rspr\\_EGMR\\_zu\\_Burqaverbot.pdf](http://unirep.rewi.hu-berlin.de/doc/or/2014/0827/Rspr_EGMR_zu_Burqaverbot.pdf)>. Acesso em: 02 ago. 2016.

FRADA, Manuel A. Carneiro. A vida própria como dano: perspectivas civis e constitucionais de um tema atual. In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito privado*. MONTEIRO, A.P.; NEUNER, J.; SARLET, I. (org). Coimbra: Almedina, 2007, p. 305-326.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito privado*. MONTEIRO, A.P.; NEUNER, J.; SARLET, I. (org). Coimbra: Almedina, 2007.

SAMPAIO, Daniella Portella. *Muçulmanos na França: um retrato da política migratória francesa e a constituição de uma minoria*. Disponível em: <[http://www.academia.edu/8743937/MU%C3%87ULMANOS\\_NA\\_FRAN%C3%87A\\_UM\\_RETRATO\\_DA\\_POL%C3%8DTICA\\_MIGRAT%C3%93RIA\\_FRANCESA\\_E\\_A\\_CONSTITUI%C3%87%C3%83O\\_DE\\_UMA\\_MINORIA](http://www.academia.edu/8743937/MU%C3%87ULMANOS_NA_FRAN%C3%87A_UM_RETRATO_DA_POL%C3%8DTICA_MIGRAT%C3%93RIA_FRANCESA_E_A_CONSTITUI%C3%87%C3%83O_DE_UMA_MINORIA)>. Acesso em: 10.08.2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista de Interesse Público*, n. 2, 1999, p. 93-105.

STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



---

# PARALELOS ENTRE A DIRETIVA 24/2014 DA UNIÃO EUROPEIA E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE LICITAÇÕES

*PARALLEL BETWEEN DIRECTIVE 24/2014 OF THE  
EUROPEAN UNION AND THE BRAZILIAN LEGISLATION ON  
BIDS*

---

*Ronny Charles L. de Torres<sup>1</sup>*

*Mestre em Direito Econômico*

*Pós-graduado em Direito tributário. Pós-graduado em Ciências Jurídicas*

*Advogado da União*

Sumário: Introdução; 1 O regime das Licitações Públicas no Brasil; 2 O regime das Licitações na União Europeia; 3 Paralelos entre a Diretiva 2014/24 e a Lei nº 8.666/93; 3.1 Da divisão da pretensão contratual; 3.2 Cooperação entre órgãos contratantes; 3.3 Adoção dos modelos de procedimento concorrential dialógico e flexível; 4 Conclusão; Referências

---

1 Palestrante. Professor. Membro do Grupo de confecção dos editais de Licitações da AGU. Membro da Câmara Nacional de Uniformização da Consultoria Geral da União. Membro do corpo editorial da Revista da Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Atuou como Consultor Jurídico Adjunto da Consultoria Jurídica da União perante o Ministério do Trabalho e Emprego. Atuou, ainda, na Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, na Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes e na Consultoria Jurídica da União, em Pernambuco. Autor de diversos livros jurídicos, entre eles: Leis de licitações públicas comentadas (7ª Edição. Ed. JusPodivm); Licitações públicas: Lei nº 8.666/93 (7ª Edição. Coleção Leis para concursos públicos: Ed. Jus Podivm); Direito Administrativo (Co-autor. 6ª Edição. Ed. Jus Podivm); RDC: Regime Diferenciado de Contratações (Co-autor. Ed. Jus Podivm); Terceiro Setor: entre a liberdade e o controle (Ed. Jus Podivm) e Improbidade administrativa (Co-autor. 2ª edição. Ed. Jus Podivm). Autor da coluna mensal "Direito & Política", da Revista Negócios Públicos.

**RESUMO:** O presente artigo objetiva realizar uma abordagem tópica e comparativa entre alguns pontos da legislação brasileira sobre licitações e determinados elementos do regime licitatório praticado na União Europeia, usando como base suas diretivas, recentemente em vigor, notadamente a Diretiva 24/2014.

Através desse paralelo, o objetivo será identificar pontos de semelhança entre os modelos e também pontos de divergência, com análise comparativa que avalie a perspectiva de aperfeiçoamento do regime licitatório brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Licitações públicas. Brasil. União Européia. Diretivas. Paralelos.

**ABSTRACT:** This article aims to hold a topical and comparative approach between some points of Brazilian legislation and certain elements of the bidding system practiced in the European Union, using as a basis its Directives, most recently in force, notably Directive 24/2014.

Through this parallel, the goal will be to identify points of similarity between the models and also points of difference, with comparative analysis covering the view to improving the Brazilian bidding regime.

**KEYWORDS:** Public bids. Brazil. European Union. Directives. parallel.

## INTRODUÇÃO

O poder público é um grande contratante, consumindo bens, serviços ou pactuando a realização de obras e grandes empreendimentos. Em Estados que adotaram modelo de maior intervenção, a enorme gama de contratações protagonizadas pelo setor público, somada a uma linha de ação que vislumbra o processo de contratação pública como um vetor de forte impacto na economia e de fomento positivo a determinados setores, torna ainda mais importante a análise criteriosa do respectivo regime de contratações.

Por outro lado, o processo de contratações públicas é corriqueiramente objeto de críticas diversas, relacionadas à falta de transparência, baixa eficácia ou mesmo à desvios decorrentes de corrupção. Essas críticas, importante salientar, são lastreadas por notícias atinentes aos maus resultados ou mesmo aos desvios praticados por gestores desonestos.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as contratações públicas envolvem uma grande proporção dos gastos públicos, em qualquer país, representando cerca de 13% do PIB nacional, mas comumente sendo vulnerada por atos de fraude ou corrupção:

Public procurement is one of the largest government spending activities in any country, representing on average almost 13% of GDP in OECD member countries. It is also vulnerable to waste, fraud and corruption due to its complexity, the size of the financial flows it generates and the close interaction between the public and the private sectors. For these reasons, efforts to promote an efficient and transparent public procurement system are high on the agenda of OECD member countries<sup>2</sup>.

A OCDE ressalta que as contratações públicas são responsáveis por uma percentagem significativa do PIB de cada país, impactando diretamente a economia nacional, com variações de acordo com o tamanho do estado, o nível de intervenção na economia e a existência de grandes projetos de despesa (como ocorre com investimentos em infraestrutura). Em 2008, por exemplo, a Organização destaca que os Países Baixos, a República Checa e a Islândia gastaram mais que 15% do PIB com transações de

---

<sup>2</sup> OECD (2011), *Government at a Glance 2011*, OECD Publishing, Paris, p 147. DOI: <[http://dx.doi.org/10.1787/gov\\_glance-2011-en](http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2011-en)>.

contratos públicos, enquanto que essas despesas no México, Chile e Suíça representavam menos de 7% do PIB.<sup>3</sup>

Por outro lado, processos licitatórios falhos, mal regulamentados e ineficientes podem afetar não somente as partes interessadas no contrato, mas também os contribuintes e a sociedade como um todo, pelo dispêndio equivocado ou exagerado de recursos públicos<sup>4</sup>.

De qualquer forma, diante da importância desta atuação contratual do Poder Público, é fundamental avaliar pontos de necessário aperfeiçoamento normativo, permitindo-se alcançar maior transparência, eficácia e lisura nesses procedimentos.

Uma forma importante para identificar pontos de aperfeiçoamento na normatização é a comparação com os modelos adotados por outros países, diagnosticando aquilo que pode ser utilizado como referência de aprimoramento, sempre respeitando as nuances envolvidas.

O aprofundamento dessa tarefa não será alcançado com o presente trabalho, contudo, tentaremos aqui, após uma breve abordagem sobre o regime licitatório brasileiro, analisar sucintamente algumas regras do regime previsto nas Diretivas da União Europeia, notadamente na Diretiva 24/2014, pontuando características comuns ao nosso atual regime licitatório, bem como outras características ou ferramentas que poderiam ser absorvidas pelo regime licitatório brasileiro, para seu aperfeiçoamento.

Em relação ao regime licitatório brasileiro, podemos identificar diversos regimes, como o chamado regime geral de licitações (Lei federal nº 8.666/93), o regime das licitações para concessões públicas e parcerias público-privadas (Lei federal nº 8987/1995 e Lei federal nº 11.079/2004), o regime das licitações de publicidade (Lei federal nº 12.232/2010), o regime diferenciado de contratações - RDC (Lei nº 12.462/2012) e o regime de licitações das estatais (Lei nº 13.303/2016). Para os fins pretendidos neste trabalho, será necessário fazer um corte em nossa análise, focando nossa comparação com as regras estabelecidas pelo chamado regime geral de licitações (Lei federal nº 8.666/93), complementado pela Lei do Pregão (Lei federal nº 10.520/2002) e pelo Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei federal nº 12.462/2011).

Outrossim, embora possamos identificar diversas diretivas que disciplinem o direito comunitário europeu, em relação ao regime contratual, nos concentraremos na Diretiva 2014/24, a qual substituiu a Diretiva

3 OECD (2011), *Government at a Glance 2011*, OECD Publishing, Paris. p. 148. DOI: <[http://dx.doi.org/10.1787/gov\\_glance-2011-en](http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2011-en)>.

4 NASCIMENTO, André Jansen do. A licitação como instrumento de efetivação de políticas públicas. In TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos, 2016. Fls. 93-122.

2004/18, assumindo a disciplina jurídica dos contratos públicos celebrados por “organismos públicos” com um ou mais agentes econômicos e que tenham por objeto a execução de obras, a prestação de serviços ou o fornecimento de produtos.

Com essa análise comparativa, objetivamos identificar possíveis pontos de aperfeiçoamento na normatização pátria, como se fará a seguir.

## 1 O REGIME DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

Por imposição constitucional, administração Pública brasileira, na maioria das suas contratações, submete-se a procedimentos formais prévios para a seleção do particular (pessoa física ou jurídica) que atenderá suas pretensões contratuais, objetivando a escolha da melhor proposta possível, de acordo com as premissas estabelecidas no ordenamento jurídico doméstico. Este procedimento é denominado licitação, o qual pode ser definido como um procedimento prévio de seleção por meio do qual a Administração, mediante critérios previamente estabelecidos, isonômicos, abertos ao público e fomentadores da competitividade, busca escolher a melhor alternativa para a celebração de um contrato.

A Constituição Federal Brasileira, notadamente no inciso XXVII de seu artigo 22, define que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. Esta competência privativa para legislar se restringe às normas gerais, podendo os demais entes federativos legislar sobre normas específicas relacionadas às licitações e contratações públicas. Conclui-se, então, que todos os entes podem editar leis sobre licitação, mas devem obedecer àquelas normas gerais traçadas pela União.

O atual regime licitatório brasileiro é baseado na Lei nº 8.666, de 1993, uma Lei geral de licitações que em sua concepção sofreu reflexos do processo legislativo contaminado por um momento histórico nacional de profunda comoção, pelo afastamento de um Presidente da República eleito, em virtude de denúncias de corrupção. Dentro de tal conjuntura, foi natural certo açodamento na análise e aprovação da proposta legislativa formulada para regular a atuação contratual do Estado, repetindo-se muito da legislação anterior, o Decreto-Lei 2.300, de 1986, corpo normativo desconectado dos avanços tecnológicos que estavam mudando o mundo, notadamente através da internet, além de ser marcado por um ranço ainda demasiadamente burocrático.

Os desafios contratuais da Administração Pública são enormes, nos tempos atuais. Além da importância da assimilação do ambiente da internet e das inovações tecnológicas e negociais, novas tarefas foram absorvidas pela máquina pública, ampliando o desafio de, atendendo ao regramento legal, buscar contratações eficientes.

No âmbito das contratações públicas, há diversos grupos de interesse que opõem certa resistência às mudanças legislativas, o que torna mais difícil a aprovação de uma nova legislação geral. Como solução para isso, nos últimos anos, foram aprovadas legislações que passaram a reger de forma complementar ou subsidiária as licitações e contratações públicas, com alguns avanços, em comparação ao regime da Lei Geral (Lei nº 8.666, de 1993).

Nesse prumo, foi aprovada a Lei nº 10.520, de 2002, que criou a modalidade Pregão, vocacionada pelo legislador para contratações mais simples (“bens e serviços comuns”), a qual vem sendo cada vez mais utilizada, pelos melhores resultados de seus certames, em comparação com as licitações da Lei nº 8.666, de 1993. Em apertada síntese, é possível firmar que as principais vantagens da modalidade pregão estão fundamentadas na simplificação do procedimento, percepção mais gerencial (e menos burocrática) das competências, redução dos preços através de lances e na possibilidade de “certames eletrônicos” (através da internet). Para ter-se uma ideia da percepção de quanto a legislação geral é percebida como atrasada, basta observar que, embora todos os bens e serviços comuns possam, pela legislação, também ser licitados por alguma das cinco modalidades licitatórias previstas na Lei Geral, o Poder Executivo Federal, há mais de dez anos, já definiu que a opção pela modalidade pregão é obrigatória, quando o objeto puder ser licitado por ela e também por uma das modalidades da Lei nº 8.666, de 1993.

Além da chamada “Lei do Pregão”, convém registrar o Regime Diferenciado de Contratações – RDC, aprovado pela Lei federal nº 12.462/2011. Este regime foi concebido sob a justificativa de que, diante dos desafios contratuais impostos pelos grandes empreendimentos necessários para a realização dos megaeventos esportivos aos quais o Brasil houvera se comprometido (como Copa do Mundo, Copa das Confederações, Olimpíadas e Paralimpíadas), era imprescindível a criação de um regime, mesmo que transitório, que superasse alguns gargalos identificados no regime geral de licitações, para utilização nas licitações relacionadas aos empreendimentos necessários para esses megaeventos.

Curiosamente, após a aprovação do RDC, sucessivas alterações legislativas ampliaram os objetos passíveis de utilização do novo regime. Foram incluídos novos objetos, livres desta mesma transitoriedade (já que não se exauriam com o fim dos megaeventos esportivos), como: ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)<sup>5</sup>; obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS<sup>6</sup>;

5 Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012.

6 Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012.

licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino<sup>7</sup>; obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II<sup>8</sup>; contratações destinadas à modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos<sup>9</sup>; obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo<sup>10</sup>, entre outros<sup>11</sup>.

Essa expansão de objetos passíveis, além de prejudicar a transitoriedade do novo regime, reacendeu o debate sobre a necessidade de atualização da legislação licitatória. Isso porque, sendo pensado para ser um regime parcial e transitório, mesmo possuindo boas inovações (em comparação ao regime da Lei nº 8.666, de 1993), obviamente faltava ao RDC uma completude em sua normatização, tanto que aquele diploma deixou de traçar as regras para seus contratos, aplicando quase que integralmente a disciplina da defasada Lei nº 8.666/93.

Em apertada síntese, o RDC trouxe como característica principal uma maior flexibilidade procedimental, superando o formato de modalidades rígidas, da legislação tradicional, além de agregar possibilidades procedimentais como o orçamento sigiloso, a adoção do regime de contratação integrada, a utilização do critério maior retorno econômico ou o uso da chamada pré-qualificação permanente.

Sem dúvida, algumas das novidades identificadas no RDC já foram inspiradas em experiências estrangeiras, motivo pelo podem ser identificadas algumas intersecções com regras previstas nas Diretivas da União Europeia.

## 2 O REGIME DAS LICITAÇÕES NA UNIÃO EUROPEIA

Embora não exista menção de maior relevância ao princípio da licitação para as contratações governamentais nos tratados da União

7 Incluído pela Lei nº 12.722, de 2012.

8 Incluído pela Lei nº 12.815, de 2013.

9 Incluído pela Lei nº 12.833, de 2013.

10 Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014.

11 A Lei 12.873, de 2013, permite que a Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB) utilize o RDC para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural. A CONAB poderá também contratar instituição financeira pública federal, dispensada a licitação, para atuar nas ações acima. Neste caso, a instituição financeira pública federal contratada também poderá utilizar o RDC para a contratação das respectivas ações.

Há disposições semelhantes, em favor da Secretaria de Aviação Civil (SAC) e da Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM).

européia, este deriva de princípios basilares dos tratados que instituíram aquela Comunidade, como a proteção a uma política comercial comum e a proibição das restrições à entrada e saída de mercadorias dentro do bloco<sup>12</sup>.

Contudo, para assegurar às empresas interessadas em participar de contratações governamentais as devidas informações sobre as normas e procedimentos adotados, garantindo transparência e segurança, foi necessária a adoção de legislação específica que tomou a forma de Diretivas, determinando a aplicação daqueles princípios gerais aos mercados de compras governamentais.<sup>13</sup>

Assim, a legislação no âmbito da União Europeia sobre compras públicas é regida por meio de Diretivas que são ordenamentos que estabelecem a coordenação de normas e procedimentos para as aquisições de bens e contratações de serviços e obras públicas, a partir de determinados elementos, como valor mínimo ou espécie de contratação<sup>14</sup>. Os países da União Europeia vinculam-se a estas diretivas, adaptando suas legislações nacionais às suas regras, aplicando os princípios de livre circulação de bens, tratamento nacional e não discriminação, além de garantir oportunidades iguais de participação aos proponentes do próprio país e dos demais países comunitários nas compras governamentais.<sup>15</sup>

Até 2014, o regramento licitatório dentro da União Europeia estava materializado nas Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE. A primeira versava sobre contratação feita por determinados setores (água, energia, transportes e serviços postais), conquanto a segunda versava sobre contratos de obras, bens e serviços, denominados como contratos instrumentais da Administração<sup>16</sup>. Após uma década, tornou-se necessária a revisão dessas diretivas, modernizando-as, aperfeiçoando-as, fazendo a devida adaptação à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e facilitando a participação das pequenas e médias empresas (PME)<sup>17</sup>.

12 ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. Aspectos comparativos do regime licitatório no Brasil e na Comunidade Europeia. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, v. 61, p. 80-104.

13 MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro. *Compras Governamentais: Políticas e Procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). Setembro de 2002, p. 27.

14 NASCIMENTO, André Jansen do. A licitação como instrumento de efetivação de políticas públicas. In TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos, 2016. Fls. 93-122.

15 TORRES, Nilson Trevisan. *Compras Governamentais: Proposta de um Modelo Multicriterial para Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: UFRJ/COPPE (tese de doutoramento), 2012. p. 24.

16 MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (I): panorama das reformas e aplicabilidade do direito comunitário. *Revista Direito do Estado*. n. 74, ano 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-i-panorama-das-reformas-e-aplicabilidade-do-direito-comunitario>>. Acesso em: 16 set. 2016.

17 Idem. *Ibidem*.

Neste movimento de atualização foram geradas três novas diretivas: a Diretiva 2014/23/EU, relacionada à adjudicação de contratos de concessão (o que se apresentou como uma novidade, já que antes não havia uma diretiva específica para esses contratos); a Diretiva 2014/25/EU, relacionada aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água<sup>18</sup>, da energia, dos transportes e dos serviços postais (revogando, portanto, a Diretiva 2004/17/CE); e a Diretiva 2014/24/EU, relativa aos contratos públicos denominados instrumentais (revogando, portanto, a Diretiva 2004/18/CE).

Pois bem, neste artigo, nos concentraremos no texto da Diretiva 2014/24/EU, uma vez que ela abrange a maioria dos contratos públicos, podendo melhor servir como parâmetro para a comparação com o nosso regime geral de licitações (Lei nº 8.666/93).

Obviamente, não será possível um exame detalhado do referido diploma, mas pontuaremos alguns dispositivos que podem ser percebidos como paralelos de comparação e aperfeiçoamento em nosso regime geral de licitações.

### **3 PARALELOS ENTRE A DIRETIVA 2014/24 E A LEI Nº 8.666/93.**

Conforme considerações expostas no próprio texto da Diretiva, suas regras não pretendem abranger todas as formas de despesa pública, mas apenas a aquisição de obras, fornecimentos ou serviços, a título oneroso, por contratação pública. O financiamento de uma atividade, em especial através de subsídios, frequentemente associado à obrigação de reembolsar os montantes recebidos que não sejam utilizados para os efeitos previstos, não se enquadra normalmente no âmbito de aplicação das regras aplicáveis à contratação pública. Na verdade, a Diretiva contém diversas regras que limitam sua aplicação cogente a algumas seleções, notadamente aquelas que envolvem determinados objetos ou tenham valor abaixo de determinados patamares (“limiares”).

Nesse sentido, por exemplo, os acordos, decisões ou outros instrumentos jurídicos que organizem a transferência de poderes e responsabilidades pela execução de missões públicas entre autoridades adjudicantes ou agrupamentos de autoridades adjudicantes, e que não prevejam uma remuneração pela execução dos contratos, são considerados

---

18 Os contratos públicos que adjudicados pelas autoridades adjudicantes nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e que se inscrevam no âmbito destas atividades, são abrangidos pela Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, contudo, os contratos adjudicados pelas autoridades adjudicantes no âmbito das suas atividades de exploração de serviços de transportes marítimos, costeiros ou fluviais, enquadram-se no âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24/EU.

uma questão de organização interna do Estado-Membro, não sendo afetados pela diretiva.

Da mesma forma, a Diretiva estabeleceu “limiares” para sua aplicação. Assim, ela apenas se aplica aos contratos cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares: a) 5 186 000 euros, para os contratos de empreitada de obras públicas; b) 134 000 euros, para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades governamentais centrais e concursos para trabalhos de concessão organizados por essas autoridades<sup>19</sup>; c) 207 000 euros, para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades adjudicantes subcentrais e concursos para trabalhos de concessão organizados por essas autoridades<sup>20</sup>; d) 750 000 euros, para os contratos públicos de serviços relativos a serviços sociais e outros serviços específicos<sup>21</sup>.

Convém ainda recordar que a presente diretiva não deverá afetar a legislação dos Estados-Membros em matéria de segurança social, nem deverá abordar a liberalização dos serviços de interesse económico geral reservados a entidades públicas ou privadas, nem a privatização de entidades públicas prestadoras de serviços.

De qualquer forma, convém pontuar algumas regras interessantes, traçando seu paralelo com o regime geral de licitações brasileiro.

### 3.1 Da divisão da pretensão contratual

A pretensão contratual envolve a necessidade de contratação da Administração. Usando como parâmetro o regime licitatório brasileiro, quando da formalização do certame, esta pretensão pode ser dividida (ou parcelada) em diversos objetos licitatórios, que corresponderão a um ou a vários certames, dentro de uma mesma licitação. Nas licitações que envolvem vários itens autônomos, por exemplo, temos uma única pretensão contratual (ex: aquisição de gêneros alimentícios), dividida (se for o caso) em vários itens, os quais representarão objetos licitatórios autônomos, mesmo que constantes num mesmo edital. Noutra diapasão, nas licitações que utilizam o procedimento auxiliar Sistema de Registro

---

19 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, da referida Diretiva.

20 Igualmente, 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, da referida Diretiva.

21 Tais serviços constam enumerados no Anexo XIV da referida Diretiva.

de Preços, podemos ter a reunião das pretensões contratuais de diversos órgãos (órgão gerenciador e órgãos participantes), formando um único objeto licitatório.

No Brasil, a divisão da pretensão contratual, optando-se pela adjudicação por item (e não por preço global) é a regra, raciocínio, inclusive, sedimentado pelo Tribunal de Contas da União, em sua Súmula 247<sup>22</sup>. Este raciocínio, estabelecido como regra geral, se baseia na presunção de que a “divisão do certame” pode gerar potenciais benefícios à competitividade. Segundo o referido entendimento sumulado, a adjudicação por itens é obrigatória, ressaltando-se apenas as situações nas quais a divisão gere prejuízo para o conjunto ou complexo (da contratação) ou perda de economia de escala.

No direito comunitário europeu, a Diretiva 2014/24, buscando ampliar a competitividade, também fomenta a divisão da pretensão contratual em lotes, notadamente em contratos de grande dimensão. A divisão pode ter base quantitativa ou uma base qualitativa, em função dos diferentes setores comerciais e de especializações envolvidos.

Neste sentido, o artigo 46, da referida Diretiva:

#### Artigo 46º

##### Divisão dos contratos em lotes

1. As autoridades adjudicantes podem decidir adjudicar um contrato sob a forma de lotes separados e podem determinar a dimensão e o objeto desses lotes.

Com exceção dos contratos cuja divisão seja obrigatória por força do nº 4 do presente artigo, as autoridades adjudicantes indicam as principais razões para a sua decisão de não subdividir o contrato em lotes; tal deve constar dos documentos do concurso ou do relatório individual a que se refere o artigo 84º.

2. As autoridades adjudicantes indicam, no anúncio de concurso ou no convite à confirmação de interesse, se podem ser apresentadas propostas para um lote, para vários lotes ou para todos eles.

---

22 Súmula 247 do TCU – É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

De acordo com a Diretiva, mesmo que possam ser apresentadas propostas para vários lotes ou para todos os lotes, as autoridades adjudicantes podem limitar o número de lotes que podem ser adjudicados a um proponente, desde que o número máximo de lotes por proponente esteja indicado no anúncio do concurso ou no convite à confirmação de interesse. De qualquer forma, a decisão deve ser justificada, com base em regra ou critério objetivo e não discriminatório.

Nesse ponto, como se vê, há certa proximidade entre o regramento comunitário e o brasileiro; contudo, na análise das considerações da Diretiva, percebe-se uma maior autonomia decisória por parte da autoridade adjudicante. Segundo tal regramento, compete à autoridade adjudicante considerar “se convém dividir contratos em lotes, sem deixar de poder decidir livremente e de forma autónoma, com base em qualquer motivo que considere pertinente, e sem estar sujeita a controlo administrativo ou judicial”<sup>23</sup>.

Mereça ser registrada a diferença em relação ao tratamento dado no Brasil. Sob a presunção de que a divisão da pretensão contratual amplia a competitividade, tem-se imposto um costume generalizado de divisão da pretensão contratual, o qual, em nossa opinião, nem sempre é realmente vantajoso ao interesse público, por afetar variáveis impactantes, como o “efeito barganha” ou o “ganho de escala”<sup>24</sup>.

Talvez pelo fato de que o Tribunal de Contas da União tenha sumulado o entendimento de que a divisão em itens é, em regra, obrigatória, ou por reprimendas feitas pela Corte e outros órgãos de controle no passado, a órgãos que decidiram pela aglutinação de itens (e não sua divisão), a opção de divisão tem sido tomada sem a reflexão necessária. É importante refletir que, se por um lado, a divisão em itens (fracionamento) é sugerida como forma de ampliação da competitividade, por outro lado, a aglutinação é possível e até recomendável, caso justificado que a divisão em itens (ou lotes) não amplia efetivamente a competitividade, prejudica o objeto da contratação (gerando prejuízo técnico, econômico ou de gestão) ou impede eventual economia de escala.

É nesse raciocínio que, no direito comunitário, a Diretiva 24/2014, além de resguardar a autonomia decisória da autoridade adjudicante, aponta que ela poderá considerar que a “divisão é suscetível de restringir a concorrência ou de tornar a execução do contrato excessivamente onerosa ou tecnicamente difícil, ou que a necessidade de coordenar os diferentes

23 O texto integral da Diretiva pode ser acessado em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>.

24 BARBOSA. Túlio Bastos. Preços para licitações públicas. In TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos, 2016. Fls. 149-164.

adjudicatários dos lotes poderá comprometer seriamente a correta execução do contrato”.

Essas justificativas ultrapassam as ressalvas admitidas pela Súmula nº 247 do TCU, dando flexibilidade ao arco de justificativas para a não divisão. De forma interessante, no regime jurídico brasileiro, é possível identificar que o próprio TCU tem admitido uma ampliação das ressalvas, entendendo que seria legítima a reunião de elementos de mesma característica, quando a adjudicação e itens isolados onerasse “o trabalho da administração pública, sob o ponto de vista do emprego de recursos humanos e da dificuldade de controle, colocando em risco a economia de escala e a celeridade processual”, o que pode comprometer a seleção da proposta mais vantajosa<sup>25</sup>. No mesmo sentido, aquele Tribunal já destacou que o parcelamento do objeto deve visar precipuamente o interesse da Administração<sup>26</sup>.

Nesse ponto, a regra identificada na citada Diretiva Europeia pode ser apresentada como um paralelo de aperfeiçoamento de nossa jurisprudência e normatização, pela maior segurança dada à opção do gestor e maior flexibilidade para definição das situações nas quais a divisão ou aglutinação da pretensão contratual é mais vantajosa ao alcance do interesse público.

### 3.2 Cooperação entre órgãos contratantes

A Lei nº 8.666/93, como já dito, usou como base o Decreto-Lei 2.300/86, motivo pelo qual seu texto não foi conectado ao já iniciado desenvolvimento das tecnologias de comunicação e pesquisa pela rede (internet). Conforme ilustra Thiago Marrara, a referida Lei “nasceu sob o império do telefone fixo, das correspondências por carta, das páginas amarelas e da comparação manual de preços em cadernetas de papel”<sup>27</sup>. Além disso, houve a manutenção do viés burocrático do Decreto-Lei 2.300/86, cuja preocupação com o rito formal da licitação tinha como regra geral a individualização do processo, sob uma perspectiva isolacionista e engessada, em que cada ente contratante fazia sua própria licitação, de modo isolado, visando a celebrar seus próprios contratos<sup>28</sup>.

25 Acórdão 5301/2013-Segunda Câmara. Rel. Ministro André Luis.

26 Acórdão 1238/2016 Plenário, Representação, Relatora Ministra Ana Arraes.

27 MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (III): instrumentos de contratação agregada e de contratação eletrônica. Revista Direito do Estado. Num 146. Ano 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-iii-instrumentos-de-contratacao-agregada-e-de-contratacao-eletronica>>. Acesso em: 28 set. 2016.

28 Idem. *Ibidem*.

Uma exceção da Lei nº 8.666/93 a esta mentalidade é indicada nos poucos dispositivos dedicados ao sistema de registro de preços (SRP), imaginado pelo legislador, inicialmente, apenas para as aquisições. Com o passar dos anos, o desenvolvimento da atividade contratual da Administração Pública demonstrou rapidamente a vantagem das chamadas seleções compartilhadas, de modo que, após inicial regulamentação, pelo Decreto federal nº 2.743/98 (que regulamentava o registro de preços apenas para aquisições), todas as posteriores regulamentações (como os Decretos Federais nº 3.931/2001 e nº 7.892/2013), mesmo sem previsão expressa na Lei nº 8.666/93, ampliaram o objeto de aplicação do SRP para seleção de serviços, inclusive, já sendo expressamente possível, no RDC, a adoção deste procedimento auxiliar para a licitação de obras.

De qualquer forma, em regra, a Lei Geral de Licitações percebe a licitação como um processo isolado, uma relação binária entre o órgão licitante e o fornecedor.

Diferentemente, a diretiva 2014/24, já adaptada à comunicação em rede e quebrando a lógica de relação binária entre o órgão licitante e o fornecedor, prevê instrumentos de seleção compartilhada e delegação de competências, para ganho de eficiência no processo de contratação.

Nesse prumo, pode-se apontar as técnicas de “compras centralizadas” (art. 37), medida muito utilizada pelos Estados-Membros<sup>29</sup>. As “centrais de compras” são encarregadas das aquisições, da gestão dos sistemas de aquisição dinâmicos ou da adjudicação de contratos/celebração de acordos-quadro por conta de outras autoridades adjudicantes, a título oneroso ou não. Vale ressaltar, segundo a Diretiva, os Estados-Membros podem admitir a licitação até de obras, através das centrais de compras.

Outra regra interessante da Diretiva é o chamado “Acordo-quadro”. Ele é um acordo entre uma ou mais autoridades adjudicantes e um ou mais operadores económicos que tem por objeto fixar os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período, nomeadamente em matéria de preços e, se necessário, das quantidades previstas. A contratação se dá diretamente, de acordo com as regras firmadas no acordo-quadro, ou através de concurso (licitação) entre os operadores económicos partes no acordo-quadro.

---

29 Alguns estados e Municípios brasileiros já vêm adotando centrais de compras, em suas licitações. Mais recentemente, o Governo Federal brasileiro criou sua própria Central de Compras e Contratações, com competências ainda tímidas, objetivando as licitações de áreas que executavam atividades-meio comuns. A Central funciona como um “filtro qualificado” da demanda de toda Administração para o mercado. Por meio dela, é possível gerar ganho de escala nas ações de compras públicas, além de otimizar seu planejamento. Do mesmo modo, a padronização dos itens demandados viabiliza uma atuação estratégica das compras públicas e imprime ganhos de qualidade e financeiros. Atualmente, a Central de Compras tem suas competências definidas pelo Decreto federal nº 8.818, de 21 de julho de 2016.

Além disso, a Diretiva admite “contratações conjuntas” (art. 38), em que duas ou mais autoridades adjudicantes podem acordar em executar conjuntamente determinadas aquisições, bem como disciplina a possibilidade de que autoridades adjudicantes de Estados-Membros diferentes possam juntar-se para adjudicar um contrato público (art. 39).

Nesse ponto, as regras identificadas na Diretiva 2014/24 também podem ser apresentadas como um paralelo de aperfeiçoamento à Lei Geral de Licitações brasileira, pela percepção de que ela transpôs a ideia de uma relação binária entre o órgão licitante e o fornecedor, permitindo maior flexibilidade na delegação de competências e cooperação entre os órgãos/entes licitantes. Esta mudança, como já percebido com a ampliação do uso do sistema de registro de preços, permite ganhos de escala, maior eficiência e melhor aproveitamento de expertise na realização das seleções públicas.

### 3.3 Adoção dos modelos de procedimento concorrencial dialógico e flexível

Coerente com seu ranço burocrático, a Lei nº 8.666/93 permite pouca flexibilidade procedimental e não admite espaço para o desenvolvimento de uma administração pública dialógica.

A administração pública dialógica é uma tendência identificada em algumas atividades administrativas, notadamente na prestação de serviços públicos e nas contratações de grandes empreendimentos, que consiste na abertura de diálogo com os administrados, permitindo que eles colaborem para o aperfeiçoamento ou a legitimação da atividade administrativa. Essa concepção se distancia de um modelo de administração pública monológica, “refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade”,<sup>30</sup> no qual os particulares não têm oportunidade de interferir, preventivamente. Essa mudança de paradigma está relacionada, também, à evolução de democracia participativa, à processualização do direito administrativo e à utilização de formas consensuais para resolução de dilemas da Administração, que valorizam o consenso e a participação do administrado na atuação administrativa<sup>31</sup>.

Da mesma forma, a Lei nº 8.666/93 preconizou um formato de modalidades rígidas e com pouca flexibilidade<sup>32</sup>.

30 CARVALHO, Gabriela de. A nova Administração Pública e o direito administrativo. *Fórum Administrativo* — FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=111998>>. Acesso em: 28 set. 2016.

31 Nesse sentido, também: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 257.

32 Nesse ponto, cabe fazer a ressalva de que, diferentemente, o Regime Diferenciado de Contratações, aprovado pela Lei federal nº 12.462/2011, apresentou-se como uma modalidade de licitação que possui uma característica diferenciadora: ser flexível. Essa nuance permite que um enorme conjunto de ferramentas e características

Pois bem, diferentemente, a Diretiva 2014/24 prevê modalidades procedimentais que admitem diálogo entre o órgão/ente licitante e os fornecedores, além de certa flexibilidade na escolha desses modelos. Conforme considerações expressas da referida Diretiva, é fundamental que as autoridades adjudicantes disponham de maior flexibilidade para escolher um procedimento de contratação que preveja a negociação.

Podem ser citadas, como modalidades dialógicas previstas pela Diretiva 2014/24, o “procedimento concorrencial com negociação”, o “diálogo concorrencial” e a “parceria para inovação”. Em comum, nessas modalidades se identifica o diálogo entre a Administração e o operador econômico (licitante) para a melhor definição de suas propostas, do próprio conteúdo do objeto licitado ou mesmo para parcerias que permitam inovações tecnológicas. Nesse raciocínio, com diálogo, estimula-se a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento<sup>33</sup>.

No “procedimento concorrencial com negociação” (art. 29), qualquer operador econômico pode apresentar um pedido de participação em resposta a um anúncio de concurso, apresentando as informações para efeitos de seleção qualitativa que são solicitadas pela autoridade adjudicante.

As autoridades adjudicantes identificam o objeto do concurso, descrevendo as suas necessidades e as características exigidas para os fornecimentos, obras ou serviços a adquirir, especificam os critérios de adjudicação do contrato, bem como os elementos da descrição e requisitos mínimos que todos os proponentes devem preencher.

Os operadores econômicos interessados apresentam pedidos de participação, o qual será analisado pela autoridade adjudicante, para convite. Nesse ponto, há uma espécie de habilitação prévia ou pré-qualificação dos futuros licitantes.

Aqueles operadores econômicos convidados poderão apresentar suas primeiras propostas, que servirão como base para as negociações subsequentes. Via de regra, as autoridades adjudicantes negociarão com os proponentes a primeira proposta e todas as propostas subsequentes, excetuadas as propostas finais, para melhorar o respetivo conteúdo.

O “procedimento concorrencial com negociação” deverá ser acompanhado de salvaguardas adequadas, que garantam a observância dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Cabe ressaltar,

---

procedimentais possam ser utilizadas, de acordo com a necessidade e a escolha do ente/órgão licitante, admitindo certa flexibilidade para que o ente ou órgão público licitante possa, diante de várias ferramentas, adequar o procedimento licitatório à melhor opção seletiva.

33 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 236.

os requisitos mínimos e os critérios de adjudicação não podem ser objeto de negociação.

Finalizadas as rodadas de negociação, quando a autoridade adjudicante pretende concluir o processo, informa os proponentes para apresentarem suas propostas finais. A autoridade adjudicante verifica se as propostas finais cumprem os requisitos mínimos, fazendo a avaliação de acordo com os critérios de adjudicação previstos no certame.

Há, ainda, o “diálogo concorrencial” (Art. 30). Sua diferença maior, em relação ao “procedimento concorrencial com negociação” é que, enquanto neste, a negociação se dá em relação às propostas, no “diálogo concorrencial” pode-se discutir o próprio objeto da licitação. Nos termos delineados pela Diretiva, as autoridades adjudicantes iniciam, com os participantes selecionados, um diálogo que terá por objetivo identificar e definir os meios que melhor possam satisfazer as suas necessidades, podendo debater com os participantes selecionados todos os aspectos do concurso.

Nesse processo de construção e definição da melhor forma de atendimento à pretensão contratual, a autoridade adjudicante prossegue o diálogo até estar em condições de identificar a solução ou soluções suscetíveis de satisfazer as suas necessidades.

Segundo considerações da própria Diretiva, a utilização do diálogo concorrencial aumentou significativamente nos últimos anos, revelando-se extremamente útil naquelas situações em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas. Esta atuação dialógica é crucial, pois permite que os agentes do Mercado, que em regra possuem maior conhecimento sobre as novas técnicas e tecnologias, em suas atividades, possam compartilhar este conhecimento, com ganhos de eficiência contratual. Em contratos de obras, o diálogo concorrencial pode se demonstrar deveras útil, notadamente em projetos que envolvam a construção de empreendimentos complexos ou com possibilidade de metodologias diversas ou soluções inovadoras. Da mesma forma, o planejamento de determinadas aquisições, por sua complexidade, pode ser beneficiado por esse processo dialógico.

No Brasil, com certa polêmica, tem-se vivenciado o resultado positivo desse diálogo nas licitações realizadas pelo regime diferenciado de contratações (RDC), quando adotado o regime de contratação integrada, que traz como vantagem a absorção de metodologias diferenciadas ou novas tecnologias, desconhecidas pelos responsáveis pelo planejamento inicial da contratação<sup>34</sup>.

34 NETO, José Antonio Pessoa. CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações Lei 12.462/11: uma perspectiva gerencial*. Curitiba: Negócios Públicos do Brasil, 2015. p. 120.

Por fim, convém citar a modalidade de “parceria para a inovação” (art. 31), na qual a autoridade adjudicante pode decidir estabelecer a parceria para a inovação com um só parceiro ou com vários parceiros que efetuem atividades de investigação e desenvolvimento distintas. Ela, a “parceria para a inovação”, objetiva o desenvolvimento de produtos, serviços ou obras inovadoras e a posterior aquisição dos fornecimentos, serviços ou obras daí resultantes, desde que estes correspondam aos níveis de desempenho e custos máximos previamente acordados entre as autoridades adjudicantes e os participantes.

Em nosso regime licitatório nacional, a Lei nº 8.666/93 foi recentemente alterada, com inclusão de dispositivos relacionados às contratações para pesquisa e desenvolvimento<sup>35</sup>. As regras de “parceria para a inovação”, previstas pela Diretiva 2014/24 servem como parâmetro interessante de modelo a ser adotado, com transparência, nessa relação contratual tão específica.

#### 4 CONCLUSÃO

No presente artigo, objetivamos traçar alguns paralelos entre a legislação brasileira sobre licitações e algumas das regras dispostas pela Diretiva 2014/24 da União Européia, a qual abrange a maioria dos contratos públicos, podendo melhor servir como parâmetro para a comparação com o nosso regime geral de licitações (Lei nº 8.666/93).

Há outros pontos interessantes da citada diretiva, que poderiam ser citados no presente trabalho, como paralelos de comparação e aperfeiçoamento em nosso regime geral de licitações<sup>36</sup>, contudo, seria incompatível com a finalidade do presente artigo, aprofundar o estudo comparativo da aludida Diretiva, de forma detalhada.

Nesta feita, o presente texto, de forma sucinta, após um breve resumo sobre o regime de licitações no Brasil e na União Europeia, focou em pontos que chamam especial atenção na normativa comunitária, notadamente a maior autonomia dada às decisões do gestor público licitante, a expansão do modelo de cooperação entre os órgãos contratantes e a adoção de modelos procedimentais dialógicos e flexíveis.

Acreditamos que esses pontos podem inspirar aprimoramentos em nossa Lei Geral de Licitações, como já tem se identificado, inclusive, em leis posteriormente aprovadas, como a Lei federal nº 12.462/2011 e a

35 Vide a Lei federal nº 13.242/2016.

36 Como exemplo, podem ser citados o “sistema de aquisição dinâmico”, os “catálogos eletrônicos”, a adoção obrigatória de meios eletrônicos de informação e comunicação, as hipóteses de contratação sem concurso e o uso das compras públicas como instrumento de fomento à inovação.

Lei federal nº 13.303/2016, que tratam, especificamente, sobre o regime diferenciado de contratações e sobre o regime licitatório das empresas públicas e sociedades de economia mista.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. Aspectos comparativos do regime licitatório no Brasil e na Comunidade Europeia. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, v. 61. p. 80-104.

BARBOSA, Túlio Bastos. Preços para licitações públicas. In TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos, 2016. Fls. 149-164.

CARVALHO, Gabriela de. A nova Administração Pública e o direito administrativo. *Fórum Administrativo — FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=111998>>. Acesso em: 28 set. 2016.

MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (I): panorama das reformas e aplicabilidade do direito comunitário. *Revista Direito do Estado*, n. 74. ano 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-i-panorama-das-reformas-e-aplicabilidade-do-direito-comunitario>>. Acesso em: 16 set. 2016.

MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (III): instrumentos de contratação agregada e de contratação eletrônica. *Revista Direito do Estado*, n.146, ano 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-iii-instrumentos-de-contratacao-agregada-e-de-contratacao-eletronica>>. Acesso em: 28 set. 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 236.

MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro. Compras Governamentais: Políticas e Procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil. *Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL)*. set. 2002, p. 27.

NASCIMENTO, André Jansen do. A licitação como instrumento de efetivação de políticas públicas. In TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos, 2016.

NETO, José Antonio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações Lei 12.462/11: uma perspectiva gerencial*. Curitiba: Negócios Públicos do Brasil, 2015.

OECD (2011), Government at a Glance 2011, OECD Publishing, Paris. Page 148.

DOI: [http://dx.doi.org/10.1787/gov\\_glance-2011-en](http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2011-en)

TORRES, Nilson Trevisan. *Compras Governamentais: Proposta de um Modelo Multicriterial para Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: UFRJ/COPPE (tese de doutoramento), 2012.

---

# CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: HISTÓRIA, COMPOSIÇÃO, COMPETÊNCIA E JURISDIÇÃO

*(EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: HISTORY, COMPOSITION, ATTRIBUTIONS AND JURISDICTION)*

---

*Rosana Gavina Barros Horostecki*

*Procuradora Federal atuante no Núcleo de Cobrança e Recuperação de Créditos da Procuradoria Federal em Santa Catarina. Professora de Direito Civil em diversos cursos preparatórios para exame da OAB e concursos para Juiz do Trabalho e Procurador do Trabalho*

SUMÁRIO: 1. História, competência e jurisdição da corte europeia de direitos humanos; 2. Composição e escolha dos juízes; 3. A convenção europeia dos direitos humanos; 4. Diferenças entre a corte europeia de direitos humanos, o tribunal de justiça da união europeia e a corte internacional de justiça; 5. Sede da corte europeia de direitos humanos; 6. Caso Jean Charles de Menezes – brasileiro morto por engano em metrô de Londres; 7. Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** Este artigo versa sobre a Corte Européia de Direitos Humanos. História. Composição. Competência e Jurisdição. A escolha dos juízes que a compõem. A Convenção Européia dos Direitos Humanos. Diferenças entre a Corte Européia, o Tribunal de Justiça da União Européia e a Corte Internacional de Justiça. Ao final um breve relato sobre o prédio dos Direitos Humanos no qual funciona a Corte Européia dos Direitos Humanos.

The present article is about the European Court of Human Rights (ECHR). History. Composition. Jurisdiction. Attributions. Features. The choice of its judges. The European Convention On Human Rights. Court of Justice of the European Union. International Court of Justice. At the end, a brief comment about the Human Rights Building where the European Court of Human Rights is located.

**PALAVRAS-CHAVE:** corte européia direitos humanos; história; composição; competência; jurisdição; diferenças entre corte européia, tribunal de justiça da união européia e o tribunal internacional de justiça.

**ABSTRACT:** The present article is about the European Court of Human Rights (ECHR). History. Composition. Jurisdiction. Attributions. Features. The choice of its judges. The European Convention On Human Rights. Court of Justice of the European Union. International Court of Justice. At the end, a brief comment about the Human Rights Building where the European Court of Human Rights is located.

**KEY WORDS:** European Court of Human Rights; history; jurisdiction; attributions; comparison to other Courts.

## **1 HISTÓRIA, COMPETÊNCIA E JURISDIÇÃO DA CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS**

Em 05 de maio de 1949 houve a criação do Conselho da Europa.

Em 04 de novembro de 1950, em Roma, foi assinada a Convenção dos Direitos Humanos, que só entrou efetivamente em vigor em 03 de setembro de 1953.

A Convenção Européia dos Direitos Humanos é um tratado internacional ao abrigo do qual os Estados Membros do Conselho da Europa garantem os direitos fundamentais, civis e políticos, não apenas aos seus próprios cidadãos, mas também a qualquer pessoa que se encontre sob a sua jurisdição.

Transcorridos mais de 8 anos, ocorreu, em 21 de janeiro de 1959, a primeira eleição dos membros da Corte através da Assembléia Consultiva do Conselho Europeu.

Em 23 de fevereiro de 1959 iniciou-se a primeira sessão da Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH).

A Corte Européia de Direitos Humanos tem a sua sede em Estrasburgo, no Palácio dos Direitos Humanos que foi projetado em 1994 pelo arquiteto britânico Lord Richard Rogers. É neste edifício, cuja imagem é conhecida em todo o mundo, que a Corte assegura o cumprimento dos direitos humanos de 800 milhões de europeus nos 47 Estados Membros do Conselho da Europa que ratificaram a Convenção.

Desde 1998 a Corte se reúne de forma permanente.

Importante salientar que a Corte é um órgão com competência jurisdicional, responsável pelo julgamento de casos que envolvam violação dos direitos civis e políticos salvaguardados na Convenção Européia dos Direitos Humanos, tal como o art. 3º, que dispõe sobre a proibição de tortura e outros tratamentos ou penas desumanas e degradantes.

Qualquer cidadão europeu ou Estado participante pode recorrer diretamente à Corte Européia, sem necessidade de prévia análise e ou conhecimento do caso pelo Tribunal de qualquer dos países.

Suas decisões têm caráter vinculante para os Estados submetidos à sua jurisdição.

Em mais de meio século de existência a Corte Européia já proferiu mais de 10 mil julgamentos e levou alguns governos a mudarem suas legislações e práticas administrativas em diversas áreas.

A jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos fez da Convenção Européia um instrumento dinâmico para enfrentar os crescentes desafios, consolidando o Estado de Direito e a democracia na Europa.

## 2 COMPOSIÇÃO E ESCOLHA DOS JUÍZES

Os juízes da Corte Européia de Direitos Humanos são eleitos pela Assembléa Parlamentar do Conselho Europeu dentre uma lista de três candidatos indicados por cada Estado membro.

Cada juiz é eleito por um período de nove anos, não sendo possível sua reeleição.

Muito embora o juiz seja indicado por um Estado membro, cada juiz analisará os casos apresentados de forma individual, não representando em nenhum caso aquele Estado que o indicou. Todo juiz é totalmente independente para decidir e não lhe é permitido a prática de qualquer atividade que seja incompatível com o seu dever de independência e imparcialidade.

Em 2016 são esses os juízes que compõem a Corte Européia de Direitos Humanos: **(página seguinte)**

\*O posto do juiz indicado pelos Países Baixos está atualmente vago.

Estes juízes formam Sessões para analisarem os casos apresentados à Corte.

A Corte Européia de Direitos Humanos possui 5 Sessões, nas quais Câmaras são formadas. Cada Sessão tem um Presidente, um Vice-Presidente e um número de outros juízes.

Após o julgamento por uma das Câmaras, qualquer das partes por requerer que o caso seja levado perante a Grande Câmara (Grand Chamber), o que é permitido em casos excepcionais. Também poderá haver o encaminhamento por uma das Câmaras, o que raramente ocorre.

Uma Câmara é composta por 7 juízes, sendo estes o Presidente da Sessão para a qual o caso foi designado, o “juiz nacional”(juiz do país relacionado ao caso que será analisado) e cinco outros juízes aleatoriamente designados pelo Presidente da Seção.

A Grande Câmara é composta por 17 juízes, sendo o Presidente e Vice-Presidentes da Corte, os Presidentes das Seções e o “juiz nacional” juntamente com outros juízes selecionados aleatoriamente. Entre estes não pode haver qualquer juiz que porventura já tenha analisado o caso anteriormente em uma das Câmaras.

## 3 A CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS HUMANOS

A Convenção Européia dos Direitos Humanos, com 66 artigos, foi assinada pelos ministros de quinze países europeus em 04 de novembro de 1950, em Roma, e entrou em vigor em 03 de setembro de 1953. Tem por objetivo proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

FIRSTNAME	SURNAME	COUNTRY	PRECEDENCE
Guido	Raimondi	Italy	President
András	Sajó	Hungary	Vice-President
Işıl	Karakaş	Turkey	Vice-President
Luis	López Guerra	Spain	SectionPresident
Mirjana	LazarovaTrajkovska	"The former Yugoslav Republic of Macedonia"	SectionPresident
Angelika	Nußberger	Germany	SectionPresident
Khanlar	Hajiyev	Azerbaijan	Judge
Ledi	Bianku	Albania	Judge
Nona	Tsotsoria	Georgia	Judge
Nebojša	Vučinić	Montenegro	Judge
Kristina	Pardalos	San Marino	Judge
Ganna	Yudkivska	Ukraine	Judge
Vincent A.	De Gaetano	Malta	Judge
Julia	Laffranque	Estonia	Judge
Paulo	Pinto de Albuquerque	Portugal	Judge
Linos-Alexandre	Sicilianos	Greece	Judge
Erik	Mose	Norway	Judge
Helen	Keller	Switzerland	Judge
André	Potocki	France	Judge
Paul	Lemmens	Belgium	Judge
Helena	Jäderblom	Sweden	Judge
Aleš	Pejchal	CzechRepublic	Judge
Krzysztof	Wojtyczek	Poland	Judge
Valeriu	Grîţco	Republicof Moldova	Judge
Faris	Vehabović	Bosniaand Herzegovina	Judge
Ksenija	Turković	Croatia	Judge
Dmitry	Dedov	RussianFederation	Judge
Egidijus	Kūris	Lithuania	Judge
Robert	Spano	Iceland	Judge
Iulia	Motoc	Romania	Judge

Jon Fridrik	Kjølbro	Denmark	Judge
Branko	Lubarda	Serbia	Judge
Yonko	Grozev	Bulgaria	Judge
Siofra	O'Leary	Ireland	Judge
Carlo	Ranzoni	Liechtenstein	Judge
Mārtiņš	Mits	Latvia	Judge
Armen	Harutyunyan	Armenia	Judge
Stéphanie	Mourou-Vikström	Monaco	Judge
Georges	Ravarani	Luxembourg	Judge
Gabriele	Kucsko-Stadlmayer	Austria	Judge
Pere	Pastor Vilanova	Andorra	Judge
Alena	Poláčková	Slovak Republic	Judge
Pauliine	Koskela	Finland	Judge
Georgios	Serghides	Cyprus	Judge
Marko	Bošnjak	Slovenia	Judge
Tim	Eicke	United Kingdom	Judge
Roderick	Liddell	United Kingdom	Registrar
Françoise	Elens-Passos	Belgium	Deputy Registrar

Tal Convenção constitui um marco na evolução do Direito Internacional.

Em seu artigo 19 instituiu a criação da Corte Europeia de Direitos Humanos, assim dispendo:

Artigo 19.º

A fim de assegurar o respeito dos compromissos que resultam para as Partes Contratantes da presente Convenção, criam-se:

- a) Uma Comissão Europeia de Direitos Humanos a seguir designada «a Comissão»;
- b) Um Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a seguir designado «o Tribunal».

A Convenção é, em essência, similar aos principais incisos do art. 5º da Constituição brasileira, e protege direitos básicos, como a vida, a liberdade contra tortura, contra o tratamento desumano, contra a escravidão, o direito a um julgamento justo, a irretroatividade da lei penal, direito à privacidade, liberdade de expressão, de imprensa, de associação e de casamento e o direito à propriedade.

Para alguns países – como os do Reino Unido – a Convenção acaba funcionando como uma pequena constituição dos direitos humanos.

E justamente por tratar de direitos tão básicos, os tratados da União Européia reconhecem e fazem referência direta à Convenção, o que aumenta ainda mais sua importância.

Mas, ao contrário das normas da União Européia, que se sobrepõem às normas nacionais, as normas da Convenção Européia de Direitos Humanos não se impõem às normas locais.

As cortes nacionais têm obrigação de interpretar as leis locais, o tanto quanto possível, de acordo com a Convenção. Mas se a Convenção e as leis locais entrarem diretamente em choque, as Cortes locais declaram que elas são incompatíveis e passa a caber ao governo nacional modificar as leis locais para se adequarem à Convenção ou declarar publicamente que embora a lei local desrespeite a Convenção, o governo pretende manter tal lei.

#### **4 DIFERENÇAS ENTRE A CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA E A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA**

A função precípua da Corte Européia de Direitos Humanos, que tem sede em Estrasburgo (França) é proteger a Convenção Européia de Direitos Humanos, que hoje agrega 47 países (os 27 membros da União Européia, além de outros 20, como a Rússia, Ucrânia, Noruega, Mônaco e Azerbaijão). Seus idiomas oficiais são o inglês e o francês.

O Tribunal de Justiça da União Européia tem sede em Luxemburgo, e foi instituído em 1952. Sua função é garantir o respeito ao direito comunitário da União Européia e a interpretação e aplicação da legislação da União Européia da mesma forma em todos os países. É composto por 1 juiz de cada país da União Européia e 11 advogados gerais. Cada juiz e advogado geral é nomeado por um período de 6 anos, renovável. O Presidente do Tribunal é investido no cargo por um período de 3 anos, também renovável.

Já a Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia (Países Baixos) é o órgão judiciário das Nações Unidas. Foi criada em junho de 1945 pela Carta das Nações Unidas e iniciou seu funcionamento em 1946. Conhecida como Corte de Haia ou Tribunal de Haia, sua função é

solucionar, em concordância com o direito internacional, disputas legais submetidas por Estados, além de oferecer pareceres consultivos sobre questões legais apresentadas por órgãos autorizados da ONU e outras agências especializadas.

A Corte Internacional de Justiça é composta por 15 juizes, que são eleitos para mandatos de nove anos pela Assembléia Geral da ONU e pelo Conselho de Segurança. Ela é apoiada por um corpo administrativo e seus idiomas oficiais são o inglês e o francês.

## 5 SEDE DA CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS

O Palácio de Direitos Humanos que abriga a Corte Européia de Direitos Humanos foi inaugurado em 1995 e projetado pelo arquiteto inglês Lord Richard Rogers ao custo de 455 milhões de francos.

Devido à natureza da Corte o arquiteto buscou a maior transparência possível no edifício de forma a torná-lo convidativo e aberto, utilizando luz e ventilação natural. São duas estruturas curvas, que acompanham a curva do rio e totalizam 28.000m<sup>2</sup>, com 7 andares.

É neste edifício que a Corte assegura o cumprimento dos direitos humanos de mais de 800 milhões de europeus nos 47 Estados Membros do Conselho da Europa que ratificaram a Convenção dos Direitos Humanos.





## 6 CASO JEAN CHARLES DE MENEZES – BRASILEIRO MORTO POR ENGANO EM METRÔ DE LONDRES

O caso do brasileiro Jean Charles abalou o mundo todo. Ele foi morto em 22 de julho de 2005 por agentes à paisana da Polícia Metropolitana de Londres (Scotland Yard) ao ser confundido com o terrorista etíope Hussain Osman.

Inconformada com a decisão dos tribunais britânicos de não processar individualmente os integrantes da polícia britânica envolvidos na morte do brasileiro, sua prima, Patrícia da Silva Armani, apresentou recurso à Corte Europeia de Direitos Humanos com fundamento no artigo 2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O artigo determina investigações apropriadas de mortes ocorridas nos 28 países que compõem a União Europeia, o que, de acordo com a corte, ocorreu nesse caso, por meio do inquérito público movido em 2008.

Importante ressaltar que a Corte não tem competência para processar. Apenas analisa se a Justiça do país agiu certo ou não. Neste caso, o máximo que poderia fazer era determinar que o Reino Unido pagasse uma indenização para a família do brasileiro.

Entretanto em 30 de março de 2016 a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que nenhum direito fundamental da família foi violado ao não processar criminalmente qualquer dos policiais envolvidos no assassinato. A Corte ressaltou que os fatos do caso foram trágicos e que a frustração da família de Jean Charles pela ausência de acusações individuais é compreensível. No entanto, a decisão de não processar policiais separadamente não foi devido a quaisquer falhas na investigação ou a tolerância e conluio do Estado com atos ilegais. Para a Corte, após uma investigação aprofundada, o promotor considerou todos os fatos do caso e concluiu que não havia provas suficientes contra qualquer oficial para que respondessem criminalmente.

O recurso à Corte era a última tentativa da família para responsabilizar o governo britânico e processar os policiais envolvidos na morte do electricista, eis que a Polícia Metropolitana de Londres escapou de um processo criminal e não houve ações individuais - a corporação pagou uma multa por violações à segurança pública.

A família de Jean Charles argumentou que os policiais envolvidos na operação que culminou na morte do brasileiro não deveriam poder alegar que agiram em legítima defesa, uma vez que o electricista não representava uma ameaça real e não teve chance de esboçar reação.

Contudo a Corte em Estrasburgo sustentou a definição de legítima defesa adotada na Inglaterra e no País de Gales – segundo a qual é necessário existir uma franca crença de que o uso da força é necessário.

A tese da família foi derrotada por 13 votos a 4.

A íntegra do julgamento pode ser lida no site <<http://hudoc.echr.coe.int>> - Case of Armani da Silva vs. The United Kingdom (Applicaton n. 5878/08)

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a Segunda Guerra Mundial acordou-se para a necessidade de proteção aos direitos humanos no plano internacional.

Neste sentido foi determinante a criação da ONU – Organização das Nações Unidas e a conclusão de diversos documentos internacionais voltados para a defesa e promoção dos direitos humanos.

Ao lado de uma política universal dos direitos humanos, iniciou-se a partir dos anos cinquenta, a criação de organismos e a conclusão de tratados internacionais de alcance regional, os quais, de uma maneira geral, acompanham o espírito da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Atualmente, os direitos humanos são protegidos por três sistemas regionais que cobrem a África, as Américas e a Europa.

Na África sua supervisão cabe à União Africana (UA), nas Américas à Organização dos Estados Americanos (OEA) e na Europa à Corte Europeia de Direitos Humanos, como visto acima.

A Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e da Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, promovidas, respectivamente, pelo Conselho da Europa (CE) e pela Organização dos Estados Americanos (OEA), por associarem Estados situados, em geral, num mesmo universo geográfico, porém com algumas diferenças culturais e econômicas, puderam superar muitas dificuldades quase intransponíveis no contexto universal. Isso permitiu, quer na Europa, quer no continente americano, a criação de mecanismos mais eficazes de proteção dos direitos humanos.

Conclui-se portanto que a consolidação dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito só será efetivada a partir do compromisso de todos os países com a Convenção dos Direitos Humanos, nos caso da Europa e com a Convenção Americana dos Direitos Humanos no caso da América Latina.

Por essa razão, esperemos que um dia o Brasil através de seu Poder Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal, adote um diálogo permanente com a jurisprudência da Corte de São José da Costa Rica,

valorizando a Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como é valorizada e respeitada a Corte Europeia. Ainda há um longo caminho....

#### **REFERÊNCIAS:**

ARGYROPOULOS, Christophoros D. *European Convention on Human Rights : history and adaptation : the role of European Court of Human Rights*. European Court of Human Rights : 50 years / Athens Bar Association. - Athens : Athens Bar Association, 2010. - p. 126-128

WILDHABER, Luzius. *The European Court of Human Rights 1998-2006: history, achievements, reform*. Kehl ; Strasbourg ; Arlington, Va. : N.P. Engel, 2006

---

# SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: FORMA DE COMPOSIÇÃO DA CORTE E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

*SUPREME COURT: THE COURT'S COMPOSITION AND  
DEMOCRATIC LEGITIMACY*

---

*Sara Cordeiro Felismino  
Procuradora Federal<sup>1</sup>*

SUMÁRIO: Introdução. 1 A morfologia subjetiva do Supremo Tribunal Federal; 2 Estudo comparado com a forma de composição da Corte Constitucional italiana e do Tribunal Constitucional alemão; 3 Propostas de emenda à Constituição Federal de 1988 para modificação da morfologia subjetiva do Supremo Tribunal Federal; 4 Considerações Finais; Referências.

---

<sup>1</sup> Lotada na Procuradora Regional Federal da 1ª Região, email: sara.felismino@agu.gov.br.

**RESUMO:** O Supremo Tribunal Federal, ao exercer a função de guardião da Constituição, constantemente decide, em única ou última instância, questões sensíveis à sociedade. Nesse quadro, é de se perquirir sobre a legitimidade democrática da atuação dos membros da Corte diante da forma de sua composição. O presente artigo busca realizar uma análise crítica sobre a morfologia subjetiva do STF, traçando paralelo com a forma de composição das cortes constitucionais italiana e alemã e, ao fim, averiguando as propostas de emenda à Constituição que estão em tramitação no Congresso Nacional sobre o assunto.

**PALAVRA-CHAVE:** Democracia. Tribunal Constitucional. Morfologia Subjetiva. Supremo Tribunal Federal. Legitimidade.

**ABSTRACT:** The Supreme Court, as the Constitution's guardian, constantly decides, as the only instance or last resort, important society matters. Said that, it is important to discuss the democratic legitimacy of the Court's composition. This article has the purpose of analysing critically the Court's composition by making a comparison to the italian and german constitutional courts and studying the current propositions of amendment to the Constitution of 1988 concerning this matter.

**KEYWORDS:** Democracy. Constitutional court. Subjective morphology. Supremo tribunal federal. Legitimacy.

## INTRODUÇÃO

No período colonial e imperial brasileiro, já existiam órgãos de cúpula do Judiciário, respectivamente a Casa de Suplicação do Brasil, com atribuições idênticas à Casa de Suplicação de Lisboa, e o Supremo Tribunal de Justiça, que, contudo, não possuía competência para exercer controle de constitucionalidade. Após a proclamação da República, com o Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890, foi criado o Supremo Tribunal de Federal, incumbido, a partir da Constituição Federal de 1891, de exercer o controle de constitucionalidade das leis, pela via difusa, nos moldes do sistema norte-americano.<sup>2</sup>

A influência do modelo norte-americano no sistema brasileiro não se restringiu somente à forma de exercício da revisão judicial, isto é, o controle pela via difusa, mas também à morfologia subjetiva do Tribunal Constitucional. Como nos Estados Unidos, os membros indicados para o STF seriam – como são até hoje – escolhidos pelo Presidente da República com posterior aprovação do Senado Federal.

Já no século XX, o Supremo incorporou o modelo europeu de controle concentrado de constitucionalidade, passando a adotar um sistema misto.

E, desde então, a atuação do Supremo, enquanto corte constitucional, vem se expandindo, de forma que, constantemente, estão em pauta nesse tribunal questões de grande repercussão política e social, de impacto direto no dia a dia da população.

Nesse cenário, é de se questionar, em razão da forma de composição da Corte, a legitimidade da atuação dos ministros do Supremo, a quem cabe dar a última palavra sobre as questões constitucionais, que envolvem a organização e funcionamento da sociedade.

É certo que, do ponto de vista objetivo ou formal, a atuação do Supremo é democraticamente legítima (legitimidade de origem), visto que é a própria Constituição que o disciplina e dispõe sobre suas competências. Em última análise, a Corte retira seu fundamento de validade do poder soberano do povo que, por meio de Assembleia Nacional Constituinte, optou por estabelecer o órgão de cúpula do Judiciário da forma como ele é, atribuindo-lhe o papel de guardião da Constituição. Além disso, tal legitimidade é reforçada por via indireta, na medida em que os ministros são escolhidos por representantes do povo.

No entanto, dado o grande impacto da atuação da Corte na vida da sociedade, é de se questionar se efetivamente, e não apenas do ponto de

---

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico)>. Acesso em: 24 set. 2016.

vista formal, existe legitimidade democrática (legitimidade de exercício). Ou, pelo menos, se não é possível aperfeiçoar tal legitimidade.

## 1 A MORFOLOGIA SUBJETIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 101, a morfologia subjetiva do Supremo Tribunal Federal, dispondo que:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Analisando os requisitos estabelecidos no dispositivo constitucional, questionam-se alguns pontos. O primeiro deles é a concentração da competência da escolha apenas na figura do Presidente da República, considerando sobretudo que, no Brasil, o Senado Federal não tem tradição de se opor ou recusar os nomes indicados pelo Presidente, tornando a sabatina apenas um ato *pro forma*. O segundo diz respeito à subjetividade dos requisitos que o nomeado precisa apresentar, quais sejam, o notável saber jurídico e a reputação ilibada. E o terceiro recai sobre o período de investidura no cargo, isto é, a inexistência de previsão de mandato para os ministros.

Quanto à forma de composição do Tribunal, é possível pensar em quatro modelos de investidura: a) o concurso público; b) a eleição popular; c) a ascensão funcional e d) a indicação política.

O concurso público não seria o melhor meio de ingresso. Por se tratar de uma Corte de natureza jurídico-política, que decide questões relativas ao controle de constitucionalidade das leis, à proteção dos direitos fundamentais, ao equilíbrio entre os poderes e à repartição de competências entre os entes federados, a escolha dos ministros deve ser diferenciada da investidura dos magistrados da jurisdição ordinária. É preciso que a sociedade saiba quem são os Ministros que irão compor a Corte, para que possa, inclusive, exercer alguma pressão social no processo de escolha, o que não seria permitido na hipótese de concurso, em que deve vigorar a impessoalidade da seleção.

A eleição popular também não é a melhor opção. Ainda que consagrasse a democracia representativa, o que poderia reforçar a legitimidade, este

modelo não se compatibilizaria com o caráter contramajoritário que, em muitas situações, o Tribunal deve possuir, especialmente no que toca à proteção dos direitos fundamentais e das minorias. Ademais, diante da necessidade de se buscar votos, seria possível que a imparcialidade dos juízes ficasse fortemente comprometida.

A ascensão funcional pelas carreiras da magistratura também deve ser afastada. A natureza jurídico-política da Corte demanda que se evite a figura do “juiz funcionário<sup>3</sup>, sendo interessante que a composição seja pautada pela heterogeneidade profissional.

A investidura por meio da indicação política é, portanto, a forma mais apropriada para a escolha dos ministros, concordando-se, nesse ponto, com a opção feita pelo constituinte brasileiro. No entanto, dentro do modelo da indicação política, é possível pensar-se em diversos caminhos a serem adotados para a definição da morfologia do Tribunal. É, neste contexto, que se critica a forma de investidura dos ministros do Supremo.

A escolha feita apenas pelo Presidente da República pode permitir um laço indesejável entre o Supremo Tribunal Federal e o chefe do Poder Executivo, a quem os ministros podem ficar eternamente ligados pelo “cordão umbilical da gratidão”.

Este cenário pode ser agravado caso coincida de um mesmo Presidente, em razão do tempo de gestão ou do momento da aposentadoria dos ministros, terminar por indicar a maioria absoluta dos membros da Corte, o que corresponde ao *quorum* de votação das principais decisões do Tribunal.

Na história recente, durante o mandato do Presidente Lula, o Brasil vivenciou esta situação. Lula pôde indicar oito ministros para o STF, que foram seguidos por mais cinco indicações feitas no governo da Presidenta Dilma Rousseff. Dessa forma, um mesmo partido político pôde definir praticamente a atual composição do Tribunal.

Se é certo que, neste contexto, na prática, os ministros do Supremo não têm demonstrado comprometimento de sua independência e imparcialidade, isto se deve muito mais a um “feliz casuísmo do que a uma salvaguarda normativa bem estabelecida”, como destaca André Ramos Tavares<sup>4</sup>.

Esta inconveniente dependência, comprometedora da imparcialidade dos julgadores, estaria, em tese, afastada, ou pelo menos minimizada, com aprovação, pelo Senado Federal, do nome escolhido. Contudo, no caso

3 PEIXOTO, Leonardo. *Scofano Damasceno. Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros*. São Paulo: Método, 2012, p. 58.

4 TAVARES, André Ramos. A atual forma de indicação dos ministros do STF compromete a autonomia do Judiciário? Sim – o STF na agenda política. In: *Folha de S. Paulo*, seção opinião, tendências/debates, p. A3, 19 jul. 2008.

do Brasil, a prática vem demonstrando que a sabatina do indicado pelos senadores constitui mero cumprimento de formalidade.

Na história brasileira, apenas durante o governo de Floriano Peixoto (1891 – 1894), houve recusa de nomes indicados para a composição da Corte. Neste período, foram rejeitados cinco nomes. Contudo, nos 127 anos de República brasileira, o comum é a aprovação sem dificuldade do nome indicado pelo Presidente.

Outro aspecto a ser pontuado diz respeito ao fato de a sabatina ocorrer no âmbito do Senado Federal, e não da Câmara dos Deputados, casa legislativa de representação do povo brasileiro. Isto, na opinião de Aldo Pereira<sup>5</sup>, torna o processo de escolha mais elitista e distante da sociedade, reforçando os questionamentos sobre a legitimidade democrática da atuação dos ministros.

Também não milita em favor da legitimidade os requisitos relativos à demonstração da qualificação dos indicados, isto é, os pressupostos do notável saber jurídico e da reputação ilibada.

A Constituição de 1988 estabeleceu os requisitos utilizando-se de conceitos jurídicos indeterminados, o que confere ao Presidente ampla subjetividade na indicação. Isto, além de permitir a prática de indesejados subjetivismos, com escolhas por razões meramente pessoais, afasta, ou pelo menos dificulta, o exercício de controle pela sociedade do processo de escolha dos ministros.

Ademais, é certo que o notável saber jurídico, por si só, não garante uma escolha adequada. Diante da presença constante na pauta da Corte de assuntos polêmicos e de grande repercussão, é imprescindível que seus membros tenham, para além do conhecimento técnico, sensibilidade social, política e econômica.

Por fim, também há críticas dirigidas ao período de investidura no cargo de ministro. A Constituição de 1988, seguindo as anteriores, estabeleceu a vitaliciedade com aposentadoria compulsória. Isto pode levar a duas situações desacertadas: de um lado, é possível que os membros do Tribunal, assegurados pela vitaliciedade e diante da inexistência de controle da sua atuação<sup>6</sup>, apropriem-se do cargo, deixando de exercê-lo

---

5 Nas palavras do autor: "A nomeação de cada ministro é flagrantemente elitista. O cidadão comum não tem como influir nela, nem ao menos por meio de seus representantes na Câmara dos Deputados." (PEREIRA, Aldo. O elitismo antidemocrático do STF. Folha de S. Paulo, 10 nov. 2005, p. 13.

6 É certo que há controle jurídico na atuação dos ministros do Supremo, na medida em que podem os membros sofrer processo de impeachment diante da prática de crimes de responsabilidade, previstos no art. 39 da Lei n. 1079/50 (alterar, por qualquer forma, exceto por via recursal, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; proferir julgamento, quando suspeito na causa por lei; ser patentemente desidiioso no cumprimento dos deveres do cargo; proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decoro de suas funções). Tratam-se, contudo, de situações de extrema gravidade, que inevitavelmente ensejam o

em benefício da sociedade; e, de outro, há chances de que a Corte termine por não acompanhar a mudança e evolução da sociedade. A existência de mandato fixo permite a maior oxigenação do Tribunal.

Nas palavras de Roberto Carlos Rocha Kayat e Gabriela Vieira Leonardos<sup>7</sup>,

Os ministros do STF, por mais que componham um quadro marcadamente plural, representativo e complementar, não são imunes à passagem do tempo e à dinamicidade das forças sociais. A disparidade entre suas decisões e os anseios sociais eventualmente passará a ocorrer, causando uma perda de legitimidade de exercício, como ocorreu no Brasil no período de 1979 a 1985. E tal disparidade é diretamente proporcional ao crescimento da expectativa de vida da população, que refletirá no aumento médio da duração dos mandatos dos ministros do STF.

Nesse contexto, observa-se que a Emenda Constitucional n. 88, de 7 de maio de 2015, ao estender a aposentadoria compulsória dos Ministros do STF para setenta e cinco anos (art. 100 do ADCT), veio na contramão do aprimoramento do processo de escolha dos integrantes da Corte, sendo medida que se distancia da democracia e do republicanismo.

Por todo o aqui exposto, conclui-se ser necessário repensar as escolhas do constituinte brasileiro para a definição da morfologia subjetiva do Supremo Tribunal Federal. Na tentativa de buscar soluções aos problemas encontrados, é válido recorrer ao direito comparado, para verificar como outros ordenamentos jurídicos dispõem sobre o assunto.

## **2 ESTUDO COMPARADO COM A FORMA DE COMPOSIÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO**

Antes de adentrar na análise dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, merece ser assentado que o STF, embora exerça funções atípicas, pretende atuar como Tribunal Constitucional, sendo imprescindível, nesse contexto, que sua atuação se aproxime da legitimidade democrática.

As discussões doutrinárias quanto ao caráter do Supremo giram em torno de duas características que não são reconhecidas nos modelos

---

rompimento institucional. Até hoje, nenhum membro do STF foi submetido a processo de impeachment. Logo, salvo casos extremos, é possível afirmar que não há controle na atuação dos ministros.

7 KAYAT, Roberto Carlos Rocha; LEONARDOS, Gabriela Vieira. Legitimidade Democrática e Vitalicidade dos Ministros do STF: uma abordagem a partir dos estudos de Oscar Vilhena e Germano Schwartz. In *Justiça de transição: Verdade, memória e justiça. Coleção Conpedi/Unicuritiba*. v. 30, 1. ed. Paraná: Clássica, 2014. p. 372-389..

clássicos de Tribunais Constitucionais, sobretudo os da Europa. A primeira é que o STF pertence ao Judiciário brasileiro e, na visão de Hans Kelsen, a função de guardião da Constituição deveria ser atribuída a um órgão neutro, a um tribunal externo.

Contudo, mais do que verificar se o órgão integra ou não o Poder Judiciário, entende-se que devem ser analisadas as funções exercidas. O STF possui funções próprias e impróprias de um Tribunal Constitucional. As primeiras são as relacionadas à guarda da Constituição, à preservação da organização política da sociedade. São, assim, as relacionadas à garantia do equilíbrio entre os Poderes e entes federados; ao controle da compatibilidade das leis com as normas constitucionais; à proteção das minorias (atuação contramajoritária) e à salvaguarda dos direitos fundamentais.

Por outro turno, o STF acumula uma séria de outras funções consideradas atípicas a um Tribunal Constitucional. Como exemplo, citam-se o julgamento de infrações penais comuns, extradição de estrangeiro e recursos ordinários.

Indubitavelmente, melhor seria se estas últimas funções fossem transmitidas para o Superior Tribunal de Justiça, ou outro novo tribunal, desafogando o Supremo para um melhor exercício da jurisdição constitucional. A existência de funções atípicas, porém, não deve retirar do Supremo a qualidade de Corte Constitucional, sobretudo tendo-se em conta que existem diversos modelos de tribunais constitucionais.

Ademais, independente da discussão doutrinária, é certo que, uma vez que exerce funções de Corte Constitucional, dando a última palavra sobre assuntos que estão no alicerce da sociedade, o Supremo deve atuar com respaldo democrático.

Nesse contexto, fixada a premissa de que a morfologia do Supremo deve corresponder a de um Tribunal Constitucional, recorre-se ao direito comparado para analisar outros modelos de composição de Cortes, especificamente o italiano e o alemão, buscando-se encontrar alternativas para o aprimoramento da legitimidade de exercício do órgão brasileiro.

Na Itália, o tribunal constitucional vem previsto no Título VI, Seção I do texto constitucional (artigos 134 a 137). O artigo 135 dispõe que a Corte deve ser composta por quinze juízes, nomeados um terço pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento, e um terço pelas supremas magistraturas ordinárias e administrativas.

Os juízes do Tribunal são escolhidos entre os magistrados das jurisdições superiores ordinária e administrativas, incluindo os aposentados, entre professores de universidades de Direito e advogados com vinte anos de exercício. Observa-se, portanto, que o ordenamento italiano estabelece requisitos objetivos em relação ao perfil dos membros que podem ser escolhidos para integrar a Corte.

Os cinco juízes indicados pelo Presidente devem ser ratificados pelo Presidente do Conselho de Ministros.

A designação feita pelo Parlamento dá-se em sessão comum das duas casas legislativas e exige aprovação de maioria de dois terços dos membros da assembleia, em dois turnos, e pela maioria de três quintos nos turnos seguintes. Nas palavras de Favoreu, “essa maioria qualificada foi decidida para evitar que os juízes sejam designados por uma simples maioria governamental e para situá-los acima dos partidos.”<sup>8</sup>

Em relação às escolhas da magistratura, três juízes são indicados pela Corte de Cassação, um pelo Conselho de Estado e um pela Corte de Contas.

O sistema de composição italiano, com a repartição da competência para nomeação dos membros entre os três Poderes, permite que a Corte Constitucional resulte de um consenso amplo, envolvendo, além da maioria, grupos de oposição no parlamento e o Presidente da República. Ademais, a presença de indicados pela magistratura contribui para a preservação da técnica jurídica nas decisões do Tribunal.

Como destaca Zagrebelsky, citado por Artur Pinheiro Chaves, a Corte Italiana é, pois, expressão de uma orientação política mais profunda, ampla, e, portanto, mais estável e menos contingencial.<sup>9</sup>

Há, ainda, previsão de mandato para os juízes, sem possibilidade de recondução. E, durante o exercício do cargo, os juízes não podem exercer qualquer outra atividade profissional, incluindo o ensino.

O mandato é estabelecido em nove anos, sendo superior aos mandatos eletivos do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Assim, se por um lado, a inexistência de vitaliciedade garante a oxigenação do Tribunal, por outro o prazo razoável de nove anos permite maior independência e estabilidade.

A renovação dos membros dá-se de forma gradual. Os mandatos dos juízes não findam ao mesmo tempo, permitindo a renovação parcelar da composição da Corte, o que também garante a estabilidade necessária para a formação da jurisprudência.

Já na Alemanha<sup>10</sup>, o Tribunal Constitucional é composto por dezesseis juízes, subdivididos em duas Câmaras, com oito membros cada. Do total de juízes, seis devem ser juízes federais e os demais devem ser escolhidos entre pessoas com idade superior a quarenta anos, que possuam diplomas exigidos para exercer as funções de magistrado.

8 FAVOREU, Louis. As cortes constitucionais. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 78.

9 CHAVES, Artur Pinheiro. Perfil Comparado da Composição do Supremo Tribunal Constitucional e da Corte Constitucional Italiana. *Revista CEJ*, Brasília, ano XX, n. 68, p. 47-61, jan./abr. 2016.

10 FAVOREU, op. cit., p. 59-76.

Metade dos membros é eleito pelo *Bundestag* (Parlamento) e metade pelo *Bundesrat* (Conselho Federal), por maioria de dois terços, a partir de listas elaboradas pelo Ministério da Justiça, com as indicações, de um lado, dos nomes dos juízes federais e, de outro, dos nomes dos indicados que não são egressos da jurisdições superiores da Federação.

Também há previsão de mandato, que, no caso, é de doze anos, não-renovável. A aposentadoria compulsória ocorre aos sessenta e oito anos, independentemente do término do mandato, e somente a assembleia plenária da Corte pode autorizar uma aposentadoria antecipada ou a destituição do juiz, em caso de falta grave aos deveres ou atos que acarretem pena privativa de liberdade de mais de seis anos.

Diferente da Corte Italiana, e tal como acontece no Brasil, os juízes podem exercer a atividade de professores universitários.

Analisando a forma de composição das Cortes italiana e alemã, Favoreu aponta que tais modelos de investidura também não isentam completamente os Tribunais de pressões políticas. Registra que, em ambos países, efetivamente a designação dos juízes é fruto de acordo entre os diferentes partidos políticos.<sup>11</sup> Ainda que não haja perfeição em tais sistemas, é certo que a pulverização da competência para a escolha dos membros da Corte, com a participação de diversos setores da organização estatal, aliada a uma maior objetivação dos requisitos de qualificação dos indicados e, ainda, à previsão de mandato, servem como mecanismos de controle dessa possível dependência política da Corte, além de conferir maior legitimidade à atuação dos juízes.

### **3 PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA MODIFICAÇÃO DA MORFOLOGIA SUBJETIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Como visto, a forma de composição do Supremo Tribunal Federal, que segue o modelo norte-americano, é passível de muitas críticas. Por esta razão, tramitam no Congresso Nacional diversas propostas de emenda à Constituição, com o objetivo de alterar o método de indicação dos ministros.

Antes de abordar essas propostas, é válido destacar as lições de Alexandre de Moraes<sup>12</sup> no sentido de que, na composição da Corte, devem ser observados alguns pressupostos. Afirma o constitucionalista brasileiro que a composição da Corte deve estar pautada em três características: o pluralismo, a representatividade e a complementaridade.

11 FAVOREU, op. cit., p. 61 e p. 78.

12 MORAES, Alexandre. Legitimidade da Justiça Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 98, p. 291 - 311, 2003.

Em relação ao pluralismo, entende-se que a Corte deve conter uma composição marcada pela diversidade cultural, ideológica, política, social, religiosa entre os membros, permitindo uma maior representatividade dos diversos setores da sociedade.

E, nesse aspecto, a previsão de mandato para os ministros permite a atualização desta pluralidade, possibilitando o acompanhamento pela Corte da evolução e mutação da sociedade.

A representatividade é observada pela aprovação por maioria qualificada do Parlamento do nome do indicado ao Tribunal, garantindo-se, ainda, às minorias parlamentares o direito de veto ao nome escolhido.

No Brasil, consoante pontua Peixoto<sup>13</sup>, o requisito da representatividade não se faz presente. A Constituição Federal de 1988 não exige maioria qualificada e nem tampouco concede direito de veto às minorias parlamentares, bastando a aprovação por maioria absoluta. Ademais, a aprovação é feita no âmbito de apenas uma das Casas do Parlamento, o Senado Federal, que, aliás, é órgão de representatividade da federação, e não do povo.

Por fim, a complementariedade pressupõe a multiplicidade de experiências profissionais anteriores dos juízes constitucionais, afastando o Tribunal “tanto do tecnicismo exacerbado, quando da política exagerada”.<sup>14</sup>

Exposto o quadro no qual se entende que a composição dos membros do Supremo Tribunal Federal pode estar mais próxima da legitimidade democrática, passa-se a analisar as Propostas de Emenda à Constituição em tramitação no Congresso Nacional.

Em pesquisa ao sítio eletrônico da Câmara dos Deputados<sup>15</sup>, verifica-se que, atualmente, existem, pelo menos, quinze propostas de emenda em tramitação. São elas:

PEC 473/2001

Ementa: Dá nova redação ao inciso XIV do art. 84 e ao parágrafo único do art. 101 da Constituição Federal.

Explicação: Alterna entre o Presidente da República e o Congresso Nacional a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

<sup>13</sup> PEIXOTO, op. cit, p. 57.

<sup>14</sup> MORAES, op. cit, p. 305.

<sup>15</sup> BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <[www2.camara.leg.br](http://www2.camara.leg.br)>. Acesso em: 28 set. 2016.

Autor: Antônio Carlos Pannunzio (PSDB/SP)

Apresentação: 13/12/2001

Situação: Comissão em funcionamento; Pronta para Pauta.

PEC 566/2002

Ementa: Dá nova redação ao art. 101 da Constituição Federal.

Explicação: Estabelece que a escolha e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal será feita pelo seu Tribunal Pleno.

Autor: Alceu Collares (PSDB/RS)

Apresentação: 26/06/2002

Situação: Tramitando em Conjunto

PEC 484/2005

Ementa: Altera a redação dos arts. 101 e 84, modificando a sistemática de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Explicação: Dispõe que os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos pelo Congresso Nacional, não podem ter exercido mandato eletivo, cargo de Ministro de Estado ou de presidente de partido político por um período de quatro anos após o afastamento, e se tornam inelegíveis pelo mesmo prazo, a partir do afastamento efetivo de suas funções.

**Autor:** João Campos (PSDB/GO)

Apresentação: 01/12/2005

Situação: Tramitando em Conjunto

PEC 342/2009

Ementa: Altera dispositivos constitucionais referentes à composição do Supremo Tribunal Federal.

Explicação: Estabelece critérios para a escolha dos Ministros do STF; fixa o mandato de 11 (onze) anos, sendo vedada a recondução.

Autor: Flávio Dino (PCdoB/MA)

Apresentação: 25/03/2009

Situação: Tramitando em Conjunto

PEC 393/2009

Ementa: Dá nova redação ao art. 101 da Constituição Federal.

Explicação: Cria o Conselho Eleitoral para escolher os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Autor: Julião Amin (PDT/MA)

Apresentação: 16/07/2009

Situação: Tramitando em Conjunto

PEC 434/2009

Ementa: Dá nova redação ao art. 101 da Constituição Federal, para alterar a forma e requisitos pessoais de investidura no Supremo Tribunal Federal.

Autor: Viera da Cunha (PDT/RS)

Apresentação: 12/11/2009

Situação: Tramitando em Conjunto

PEC 441/2009

Ementa: Dá nova redação ao art. 101 da Constituição Federal, para alterar o sistema de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Autor: Camilo Cola (PMDB/ES)

Apresentação: 24/11/2009

Situação: Tramitando em Conjunto

PEC 17/2011

Ementa: Dá nova redação e acrescenta incisos ao parágrafo único do art. 101 da Constituição Federal, para modificar a forma de indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal

Autor: Rubens Bueno (PPS/PR)

Apresentação: 28/04/2011

Situação: Aguardando Criação de Comissão Temporária

PEC 143/2012

Ementa: Altera dispositivos da Constituição Federal, dispondo sobre a forma de escolha e a fixação de mandato de sete anos para Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Contas da União e dos Estados.

Autor: Nazareno Fonteles (PT/PI)

Apresentação: 08/03/2012

Situação: Tramitando em Conjunto

PEC 161/2012

Ementa: Acrescenta parágrafo ao art. 101 da Constituição Federal para estabelecer prazo de mandato para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Autor: Domingos Dutra (PT/MA)

Apresentação: 12/04/2012

Situação: Tramitando em Conjunto

PEC 227/2012

Ementa: Dá nova redação ao art. 101 da Constituição Federal, alterando o processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Autor: Manoel Junior (PMDB/PB)

Apresentação: 11/12/2012

Situação: Tramitando em Conjunto

PEC 55/2015

Ementa: Altera o art. 101 da Constituição Federal para determinar um mandato de dez anos aos Ministros do Supremo Tribunal Federal e para modificar o *quorum* de aprovação no Senado Federal para três quintos dos membros.

Autor: Pedro Cunha Lima (PSDB/PB)

Apresentação: 27/05/2015

Situação: Aguardando Criação de Comissão Temporária; Tramitando em Conjunto

PEC 90/2015

Ementa: Altera os arts. 84 e 101 da Constituição Federal, fixando prazo para a indicação, aprovação do nome e a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, instituindo mandato de dez anos para seus membros.

Autor: Carlos Eduardo Cadoca (PCdoB/PE)

Apresentação: 09/07/2015

Situação: Tramitando em Conjunto

PEC 95/2015

Ementa: Altera o art. 101 da Constituição Federal, para estabelecer critérios de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal

Autor: Tadeu Alencar (PSB/PE)

Apresentação: 15/07/2015

Situação: Tramitando em Conjunto

PEC 259/2016

Ementa: Altera o artigo 101 da Constituição Federal para estabelecer critérios de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal

Autor: Roberto de Lucena (PV/SP)

Apresentação: 09/08/2016

Analisando as PECs citadas, observam-se diversos caminhos sugeridos pelos congressistas brasileiros para o aprimoramento da forma de composição do STF. De forma geral, as propostas gravitam em torno do estabelecimento de mandato fixo para o exercício do cargo; do compartilhamento da competência para escolha dos ministros, retirando a exclusividade desta atribuição do Presidente da República e, ainda, do estabelecimento de critérios mais objetivos para a aferição da qualificação dos indicados.

As propostas estão, portanto, em consonância com os questionamentos feitos quanto à frágil legitimidade dos ministros do STF para, cada vez mais, tomar decisões que impactam direta e vigorosamente na organização e funcionamento da sociedade brasileira.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico brasileiro, desde a proclamação da República, segue o modelo norte-americano de composição dos membros do Tribunal Constitucional, estabelecendo que os ministros serão escolhidos pelo Presidente da República com posterior sabatina pelo Senado Federal.

Tal modelo, contudo, é passível de críticas. A Corte Suprema é constantemente chamada a decidir questões de grande repercussão política e social, de impacto direto no dia a dia da população. No caso do Brasil, ademais, diante da descrença que vem recaindo sobre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, vem se reconhecendo ao STF um protagonismo sem precedente na definição de assuntos que estão no alicerce da sociedade.

Nesse contexto, torna-se essencial que a atuação do Tribunal esteja respaldada por legitimidade democrática, o que não se verifica no modelo atual de indicação dos ministros ao Supremo.

É certo que, do ponto de vista objetivo ou formal, a atuação do Supremo é democraticamente legítima, uma vez que foi o povo, por meio da Assembleia Constituinte, que estabeleceu a Corte, suas funções e modelo de composição. Além disso, a legitimidade é reforçada pelo fato de os membros serem escolhidos por representantes do povo. No entanto, dado o grande impacto da atuação da Corte na vida da sociedade, é de se questionar se efetivamente, e não apenas do ponto de vista formal, existe legitimidade democrática (legitimidade de exercício).

As críticas ao modelo brasileiro dirigem-se especialmente à concentração da competência da escolha apenas na figura do Presidente da República; à subjetividade dos requisitos de qualificação que o nomeado precisa apresentar, quais sejam, o notável saber jurídico e a reputação ilibada, e à inexistência de previsão de mandato para os ministros.

Recorrendo-se ao direito comparado, é possível identificar, nos modelos italiano e alemão, o estabelecimento de mecanismos para conferir uma maior legitimidade democrática aos membros da Corte Constitucional.

No Brasil, surgem, com frequência, tentativas de mudança da forma de composição do STF. Atualmente, existem, pelo menos, quinze propostas de Emenda à Constituição tramitando no Congresso sobre o assunto. Embora apresentem caminhos diversos, de forma geral, as propostas gravitam em torno da busca de solução para as críticas aqui apontadas quanto à morfologia subjetiva de nosso Tribunal Constitucional.

Essas modificações, caso aprovadas, confeririam ao STF maior legitimidade democrática para decidir as questões sociais, políticas, econômicas, culturais, tão caras ao povo brasileiro.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <www2.camara.leg.br>. Acesso em: 28 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/Constituicao.htm.> Acesso em: 24 set. 2016.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 24 set. 2016.

CHAVES, Artur Pinheiro. Perfil Comparado da Composição do Supremo Tribunal Constitucional e da Corte Constitucional Italiana. *Revista CEJ*, Brasília, ano XX, n. 68, p. 47-61, jan./abr. 2016.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

KAYAT, Roberto Carlos Rocha; LEONARDOS, Gabriela Vieira. Legitimidade Democrática e Vitaliciedade dos Ministros do STF: uma abordagem a partir dos estudos de Oscar Vilhena e Germano Shwartz. *Justiça de transição: Verdade, memória e justiça*. Coleção Conpedi/Unicuritiba. v. 30, 1. ed. Paraná: Clássica, 2014, p. 372-389.

MORAES, Alexandre. Legitimidade da Justiça Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 98, ano, p. 291 - 311, 2003.

PEREIRA, Aldo. O elitismo antidemocrático do STF. *Folha de S. Paulo*, 10 nov. 2005.

PEIXOTO, Leonardo. Scofano Damasceno. *Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros*. São Paulo: Método, 2012.

TAVARES, André Ramos. A atual forma de indicação dos ministros do STF compromete a autonomia do Judiciário? Sim – o STF na agenda política. *Folha de S. Paulo*, seção opinião, tendências/debates, p. A3, 19 jul. 2008.



---

## **O DIREITO AO SIGILO DA COMUNICAÇÃO ENTRE ADVOGADOS E CLIENTES: A VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS E DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

---

*RIGHT TO CONFIDENTIAL COMMUNICATION BETWEEN  
LAWYERS AND CLIENTS: THE VIEW OF THE BRAZILIAN  
COURTS AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

*Sálvio Medeiros Costa Filho  
Procurador Federal*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O direito à inviolabilidade da comunicação entre cliente e advogado no ordenamento jurídico brasileiro; 1.1 Advogado e sigilo profissional; 1.2 Direito ao sigilo das comunicações telefônicas; 1.3 A interceptação das comunicações telefônicas; 2 O tratamento do tema no âmbito dos Tribunais Superiores brasileiros; 2.1 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; 2.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 3 O tratamento do tema no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos; 3.1 O art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH; 3.2 A jurisprudência da Corte; 4 A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso “Versini-Campinchi e Crasnianski vs. França”; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo apresenta uma contextualização do direito à inviolabilidade das comunicações entre advogado e cliente no ordenamento jurídico brasileiro, sua base constitucional e sua regulamentação na legislação infraconstitucional. A partir desse enquadramento e da premissa de que no sistema jurídico vigente os direitos fundamentais podem sofrer limitações, não sendo, pois, direitos absolutos, demonstra-se que o sigilo das comunicações entre advogados e clientes pode ser quebrado mediante ordem judicial, quando estiver sendo utilizado como instrumento de práticas ilícitas. Finalmente, analisa-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros e da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o tema em questão, com destaque para a recente decisão proferida pela Corte Europeia no caso “*Versini-Campinchi e Crasnianski vs. França*”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Direitos Fundamentais. Sigilo das comunicações. Advogado. Sigilo profissional. Interceptação telefônica. Jurisprudência. Brasil. Tribunais Superiores. Corte Europeia de Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** This article presents a contextualization of the right to the inviolability of communications between lawyer and client in the Brazilian legal system, with its constitutional basis and its regulation in the infra-constitutional legislation. From this framework and the premise that under the current legal system the fundamental rights can be restricted and are not, therefore, absolute rights, it is shown that the confidentiality of communications between lawyers and clients can be broken by judicial order when it is being used as an instrument of unlawful practices. Finally, the jurisprudence of the Brazilian High Courts and the European Court of Human Rights on the subject in question is analysed, especially the recent decision of the European Court in the case “*Versini-Campinchi and Crasnianski vs. France*”.

**KEYWORDS:** Constitution. Fundamental Rights. Confidentiality of Communications. Lawyer. Professional Secrecy. Phone Interception. Jurisprudence. Brazil. High Courts. European Court of Human Rights.

## INTRODUÇÃO

O mês de março de 2016 ficará marcado no Brasil pela polêmica envolvendo a divulgação de conversas telefônicas interceptadas por autorização do juiz federal Sérgio Moro, da 13.<sup>a</sup> Vara Federal de Curitiba/PR, responsável pela condução dos processos da Operação “Lavajato”.

O fato ganhou grande repercussão no noticiário nacional e também no internacional. E não poderia ser diferente: o juiz Sérgio Moro suspendeu o sigilo do inquérito que investiga o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva no âmbito da citada Operação. Com isso, foram divulgadas conversas telefônicas do ex-presidente Lula, recém-empossado ministro da Casa Civil, com a então presidente Dilma Rousseff, o que por si só causou um clamor social e rendeu calorosos debates e disputas nos meios político e jurídico.

Além disso, Sérgio Moro tornou públicos os diálogos de Lula com seu advogado Roberto Teixeira, e esse é o ponto de interesse do presente estudo: a (in)violabilidade da comunicação entre clientes e advogados.

Moro consignou em sua decisão não haver identificado com clareza a relação advogado/cliente, entre Teixeira e Lula. Ademais, entendeu haver indícios do envolvimento direto do Sr. Roberto Teixeira na aquisição de propriedade que se constitui em alvo de investigações, com a aparente utilização de pessoas interpostas. O magistrado aduziu ainda que, se o próprio advogado se envolve em práticas ilícitas, o que é objeto da investigação, não há imunidade à investigação ou à interceptação.

Se, por um lado, o juiz Sérgio Moro e os membros do Ministério Público Federal que fazem parte da força-tarefa da operação “Lavajato” apresentaram fundamentos legais e justificativas plausíveis para as medidas, por outro, advogados e entidades representativas da advocacia não pouparam críticas.

Cristiano Zanin Martins, também advogado do ex-presidente Lula, e sócio de Roberto Teixeira, considerou de uma gravidade sem precedentes a interceptação e divulgação de conversas entre cliente e advogado. “Monitorar advogado significa jogar por terra a garantia ao contraditório e à ampla defesa e, também, coloca em xeque as prerrogativas profissionais e a atuação do advogado no caso”, afirmou, cobrando ainda providências à Ordem dos Advogados do Brasil.<sup>1</sup>

Entidades como a OAB-RJ e o Movimento de Defesa da Advocacia – MDA divulgaram notas manifestando repúdio à decisão de Sérgio Moro que autorizou as escutas do escritório do advogado. A OAB-RJ pontuou que a decisão “além de violar frontal e inequivocamente prerrogativa do

1 Cf. <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-quebra-sigilo-advogado-lula-divulga-grampos>>. Acesso em: 20 set. 2016.

advogado acerca da inviolabilidade telefônica quando inerente ao exercício da advocacia (art. 7.º, inciso II, da Lei 8.906/94), atenta gravemente contra as bases do Estado Democrático de Direito”. O MDA se manifestou no sentido de ser inadmissível, em um Estado Democrático, “qualquer relativização dos Direitos consagrados no artigo 7.º da Lei 8.906/94, inclusive a inviolabilidade de correspondência telefônica, independentemente do fim a que se presta”.<sup>2</sup>

O presidente do Conselho Federal da OAB, Claudio Lamachia, destacou que a gravação de advogados e clientes, mesmo com autorização judicial, sem que os profissionais estejam sendo investigados, fere prerrogativa garantida pelo Estatuto da Advocacia. Segundo Lamachia, a Ordem quer combater a impunidade e a corrupção, defende a celeridade processual e o levantamento de sigilo destes processos em nome do princípio da informação, mas não pode permitir que isso seja feito ferindo a Constituição Federal.<sup>3</sup>

Enquanto esses debates ocorriam no Brasil, sobreveio a notícia de que, em Estrasburgo (França), a Corte Europeia de Direitos Humanos tornara público o julgamento do caso “*Versini-Campinchi e Crasnianski vs. França*”, concluindo que a interceptação de conversa telefônica entre advogado e cliente não viola o direito à vida privada<sup>4</sup>. Essa decisão também foi objeto de críticas por parte do meio jurídico brasileiro, rotulando-a como a criminalização da advocacia<sup>5</sup>, além de compará-la com o contexto das ocorrências da Operação “Lavajato”.

Surgiu daí a motivação para o presente artigo, em que se pretende contextualizar o direito à privacidade das comunicações entre cliente e advogado no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando também a possibilidade de limitação a esse direito, e, também, o tratamento que vem sendo dado ao tema pelos Tribunais Superiores brasileiros e pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Por fim, será apresentada a decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgamento do caso “*Versini-Campinchi e Crasnianski vs. França*”.

Registre-se, ainda, que o presente artigo é apresentado como requisito para conclusão do Curso “*Cortes Internacionais e Constituições*:

2 Cf. <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/25-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados>>. Acesso em: 20 set. 2016.

3 Cf. <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-18/oab-reprova-grampo-escritorio-advocacia-autorizado-moro>>. Acesso em: 20 set. 2016.

4 Cf. <<http://www.cedin.com.br/corte-europeia-de-direitos-humanos-conclui-que-interceptacao-de-conversa-telefonica-entre-advogado-e-cliente-nao-violou-direito-a-vida-privada/>>. Acesso em: 20 set. 2016.

5 EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. A Corte Europeia de Direitos Humanos e a criminalização da advocacia. Revista Consultor Jurídico. jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-01/corte-europeia-direitos-humanos-criminalizacao-advocacia>>. Acesso em: 20 set. 2016.

*Princípios, Modelos e Estudo comparado*”, realizado no período de 27 de junho a 8 de julho de 2016, em Roma (Itália), resultante de Acordo de Cooperação firmado entre a Advocacia-Geral da União e a Universidade de Roma “*Tor Vergata*”.

Nesse curso tivemos a oportunidade de, entre outras visitas institucionais, acompanharmos uma sessão de julgamento da Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos, o que, em certa parte, explica o destaque dado ao tópico que apresenta a decisão da Corte no julgamento do caso “*Versini-Campinchi e Crasnianski vs. França*”.

## **1 O DIREITO À INVIOABILIDADE DA COMUNICAÇÃO ENTRE CLIENTE E ADVOGADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Nos dias de hoje, os direitos fundamentais constituem-se no parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Ao mesmo tempo, a sociedade democrática é condição imprescindível para a eficácia dos direitos fundamentais.

Na lição do constitucionalista Paulo Gonet Branco, “direitos fundamentais eficazes e democracia são conceitos indissociáveis, não subsistindo aqueles fora do contexto desse regime político”. Ainda segundo Gonet:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que este tem, em relação ao indivíduo, primeiro, deveres e, depois, direitos.<sup>6</sup>

Costuma-se dizer que os direitos fundamentais são universais e absolutos. Contudo, tanto a universalidade quanto o caráter absoluto desses direitos devem ser compreendidos em termos. Temos alguns direitos que são, sim, universais, como o direito à vida, mas é certo também que alguns direitos se relacionam especificamente a uma classe de indivíduos, como os direitos dos trabalhadores.

Por outro lado, o que seria um direito absoluto? Seria um direito situado no ponto mais alto da hierarquia jurídica e que não admitiria qualquer restrição, tendo prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo. Nesse sentido, todo poder seria limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal ou social teria como prevalecer sobre eles.

6 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 104.

No entanto, essa concepção não prevalece na sociedade contemporânea. Em nosso sistema jurídico é pacífico o entendimento de que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. O mesmo se observa em sistemas jurídicos diversos, e no âmbito internacional.

Assim, os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tanto outros direitos fundamentais, como outros valores com sede constitucional podem limitá-los.

Feita essa breve introdução, passamos agora a contextualizar o *direito à inviolabilidade da comunicação entre cliente e advogado* no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando sua base constitucional e sua regulamentação na legislação infraconstitucional.

Como a própria denominação desse direito deixa transparecer, temos aí uma conjugação de direitos. Estamos tratando tanto de um direito fundamental: o direito ao sigilo das comunicações, inerente a todos os cidadãos, mas, também, estamos diante de um outro direito: o direito ao sigilo profissional conferido ao advogado, o que incluiria a inviolabilidade das comunicações com seus clientes.

### 1.1 advogado e sigilo profissional

O Capítulo IV do Título da Organização dos Poderes, que se segue às normas sobre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, trata dos sujeitos que, embora não façam parte da estrutura do Judiciário, são imprescindíveis para que este Poder se desincumba da sua missão constitucional. Esses sujeitos são o Ministério Público, os Advogados (públicos e privados) e a Defensoria Pública, que exercem funções essenciais à Justiça.

O advogado, então, exerce função essencial à Justiça, advindo daí uma grande responsabilidade no desempenho de suas funções.

O constituinte de 1988 foi o primeiro a consagrar, em nossas Constituições, a figura do advogado como indispensável à administração da Justiça, elevando a princípios constitucionais a indispensabilidade e a imunidade do advogado.

A Constituição de 1988 traz, em seu artigo 133, as seguintes disposições:

Art. 133.

O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Surgem, desse dispositivo, dois princípios: o da indispensabilidade do advogado; e o da imunidade do advogado. Deve-se ter em conta, todavia, que não se tratam de princípios absolutos.

A caracterização do advogado como indispensável à administração da Justiça não revogou as hipóteses legais em que se admite que a parte se dirija diretamente ao Judiciário, sem o intermédio do advogado, como nos casos do *habeas corpus* e da revisão criminal.

Por outro lado, a inviolabilidade do advogado também não é absoluta. “Ao contrário, ela só o ampara em relação a seus atos e manifestações no exercício da profissão, e assim mesmo, nos termos da lei”<sup>7</sup>, como expressamente assinalado pelo dispositivo. Assim, o advogado poderá ser punido pelos abusos que vier a cometer, na forma das legislações civil e penal.

Para profissionais de outras áreas, o tratamento dado ao advogado pelo legislador constituinte, destacando esse profissional considerando-o inviolável, despertou um certo ciúme dando origem a críticas e censuras.

José Afonso da Silva explica que esse tratamento diferenciado em relação ao advogado é decorrente da importante missão conferida ao profissional da advocacia:

O advogado é um profissional habilitado para o exercício do *ius postulandi*. Constituintes, profissionais de outras áreas, estranharam (às vezes, impugnaram ou censuraram) o fato de a Constituição destacar esse profissional considerando-o inviolável.

A advocacia não é apenas uma profissão, é também um múnus e “uma árdua fátiga posta a serviço da justiça”. O advogado, servidor ou auxiliar da Justiça, é um dos elementos da administração democrática da Justiça. [...] Acresce ainda que a advocacia é a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário. Tudo isso deve ter conduzido o constituinte à elaboração na norma do art. 133.<sup>8</sup>

No mesmo sentido a justificativa apresentada por Uadi Lammêgo Bulos:

A advocacia não é apenas uma profissão, mas uma atividade delicadíssima, porque interfere no consciente e inconsciente da criatura humana.

7 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.582.

8 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.580-581.

Requer paciência, humildade, profundo conhecimento técnico, cultura humanística, relacionamento sadio, boa vontade, persistência, amor, sentido cristão da vida, discernimento, perdão, renúncia, senso de justiça, criatividade etc.

É um *múnus*, no sentido de que é a base para o exercício de todas as demais funções essenciais à justiça.<sup>9</sup>

A inviolabilidade do advogado não pode ser considerada um privilégio do profissional. Constitui-se, é certo, em “uma proteção do cliente que confia a ele documentos e confissões da esfera íntima, de natureza conflitiva e, [...] que precisam ser resguardados e protegidos de maneira qualificada”<sup>10</sup>.

Todas as prerrogativas conferidas pela Constituição Federal de 1988 foram também disciplinadas pela Lei n. 8.906/94 – Estatuto da Advocacia, registrando-se que a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, consagrada na segunda parte do art. 133, da Constituição, foi reproduzida, com alargamento, em seu artigo 7º, § 2º.

Importante ressaltar ainda a edição da Lei n. 11.767/2008 que alterou o art. 7º, da Lei n. 8.906/94, para disciplinar sobre a inviolabilidade do local e instrumentos de trabalho do advogado, bem como de sua correspondência.

Seguem-se os dispositivos da Lei n. 8.906/94 de maior interesse para o presente estudo:

Artigo 2º. O advogado é indispensável à administração da Justiça.

§ 1º. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º. No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus* público.

§ 3º. No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações nos limites desta Lei.

[...]

Artigo 7º. São direitos do advogado:

[...]

9 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1161-1162.

10 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.582.

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; (Redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008)

[...]

§ 2º. O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

[...]

§ 6º. Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes. (Incluído pela Lei nº 11.767, de 2008)

§ 7º. A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade. (Incluído pela Lei nº 11.767, de 2008)

A inviolabilidade dos atos e manifestações do advogado, como se observa, está atrelada ao *exercício da sua profissão* e aos *limites da lei*.

Assim, enquanto não são ultrapassados os limites do exercício da profissão, forçoso reconhecer que o direito à inviolabilidade não alcança somente os atos e manifestações do advogado, mas também os seus meios de atuação, seu local de trabalho, seu escritório, arquivos, documentos, computador, correspondências. Tudo isso está protegido pelo sigilo profissional, nos termos da Constituição Federal e do art. 7º, II, da Lei n. 8.906/94, com a redação dada pela Lei n. 11.767/2008.

Por outro lado, quando o advogado concorre para a prática de atos ilícitos ou quando exerce sua profissão criminosamente, é certo que ele poderá ser objeto de investigação. Os seus atos contrários ao exercício da profissão não estão cobertos pela inviolabilidade da profissão.

## 1.2 direito ao sigilo das comunicações telefônicas

A inviolabilidade das comunicações relaciona-se com o interesse da preservação do direito à intimidade e à privacidade das pessoas. A Constituição de 1988 garantiu o direito ao sigilo das comunicações em seu art. 5º, inciso XII, nos seguintes termos:

Art. 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Assim, são invioláveis o sigilo da correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas, de dados, telefônicas e telemáticas. Todas essas modalidades de sigilo constituem direitos individuais, não podendo ser alvo de emendas tendentes a aboli-los ou alterá-los substancialmente.

Segundo a lição de Uadi Bulos:

Quando a Carta Magna protege o sigilo está, na realidade, resguardando a privacidade do homem em suas relações familiares e domésticas, proibindo todo tipo de investida contra sua integridade física, psíquica, intelectual e moral. O direito ao sigilo procura, pois, evitar afrontas à honra, à reputação, ao bom nome, à imagem física e social das pessoas, deixando-as a salvo de informações comprometedoras da sua intimidade.

A ninguém interessa o conteúdo de carta remetida a seu destinatário. Aquilo que um profissional liberal revela ao cliente concerne, tão-só, a ambos. Os dados de pessoas físicas ou jurídicas, armazenados em instituições financeiras, Receita Federal ou organismos congêneres, são privativos. Faturas vencidas de cartões de crédito, atrasos no pagamento de contas ou duplicatas vencidas, saldos bancários negativos também não se submetem aos desígnios de órgãos fazendários, porque o direito constitucional à vida privada e ao sigilo assim proíbe (art. 5º, X e XII).<sup>11</sup>

A leitura do preceito do art. 5º, XII, porém, pode nos induzir a concluir que apenas nos casos de comunicações telefônicas seria possível que o Poder Público quebrasse o sigilo e que essa quebra não seria possível

<sup>11</sup> BULOS, Op. cit. p. 442.

em relação aos dados constantes de correspondência postal, telegráfica ou de comunicações telemáticas.

Esse é o entendimento de Manoel Jorge e Silva Neto, que afirma:

A redação do dispositivo revela que a inviolabilidade é absoluta com relação à correspondência, comunicações telegráficas e de dados. E as comunicações telefônicas? Ora, nesses casos, a Constituição certifica a natureza relativa do direito individual porque permite a quebra do sigilo quando atendidos os seguintes requisitos: a) previsão em ordem judicial; b) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; e c) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.<sup>12</sup>

No entanto, a corrente majoritária filia-se à posição defendida por Gilmar Mendes, nos seguintes termos:

Sabe-se, porém, que a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer mesmo sem autorização expressa do constituinte, sempre que se fizer necessária a concretização do princípio da concordância prática entre ditames constitucionais. Não havendo direitos absolutos, também o sigilo de correspondências e o de comunicações telegráficas são passíveis de ser restringidos em casos recomendados pelo princípio da proporcionalidade.<sup>13</sup>

O segredo das comunicações telefônicas ou, simplesmente, sigilo telefônico, é um prolongamento do direito à privacidade e à intimidade (CF, art.5º, X). E, como visto anteriormente, não se trata de um direito absoluto. Pode ser quebrado mediante ordem judicial, sempre que estiver sendo utilizado como instrumento de práticas ilícitas, como será exposto a seguir.

### 1.3 a interceptação das comunicações telefônicas

A quebra do sigilo das comunicações telefônicas é feita por meio de interceptação telefônica, que vem a ser a captação feita por terceiro de uma comunicação telefônica sem o conhecimento dos comunicadores.

Essa quebra de sigilo é uma violação ou, melhor dizendo, uma medida de restrição ao direito ao sigilo preconizado no art. 5º, XII, da Constituição Federal.

12 SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 529.

13 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 382.

Em nosso ordenamento jurídico o estatuto que disciplina a quebra do sigilo das comunicações telefônicas é a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, que veio regulamentar o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF/88.

A interceptação telefônica somente poderá ser autorizada: (i) por ordem judicial (CF, art. 5º, XII); (ii) nas hipóteses estatuídas pela Lei n. 9.296/96 (CF, art. 5º, XII); e (iii) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF, art. 5º, XII c/c a Lei n. 9.296/96, art. 1º, *caput*).

A Lei n. 9.296/96, em seu art. 1º, *caput*, dispõe que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Segundo a Lei, é imprescindível a observância de três requisitos para que as interceptações telefônicas possam ocorrer: (1) a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (art. 2º, I); (2) a prova não puder ser obtida por outros meios disponíveis (art. 2º, II); e (3) o fato investigado constituir crime punido com reclusão (art. 2º, III).

A interceptação telefônica poderá ser determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal, e do representante do Ministério Público, tanto na investigação criminal, como na instrução processual penal (art. 3º, I e II).

A decisão judicial que autoriza a interceptação deverá ser fundamentada, sob pena de nulidade e, além de atentar para o preenchimento dos requisitos necessários ao seu deferimento, deverá descrever o objeto que está sendo investigado, apontando os envolvidos e a sua qualificação (art. 2º, § único).

Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização (art. 6º, *caput*). No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição. E, uma vez cumprida a diligência, a autoridade policial deverá encaminhar o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, contendo o resumo das operações realizadas (art. 6º, §§ 1º e 2º).

As provas colhidas permanecerão em sigilo de justiça (art. 8º, *caput*). A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada (art. 9º, *caput*).

Diante do arcabouço legal brasileiro, temos que o sigilo profissional impede, em regra, a interceptação de comunicações entre o investigado/

acusado e o seu advogado. Trata-se de uma garantia decorrente do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), da inviolabilidade do advogado (CF, art. 133), e do direito ao sigilo das comunicações (CF, art. 5º, XII). Garantia essa, contudo, que não se aplica quando o profissional estiver envolvido na prática de crimes. Nesse caso, o profissional não estará atuando no exercício lícito e legítimo do seu múnus, mas sim agindo como partícipe de atividade delituosa.

Assim, havendo indícios firmes e razoáveis da autoria ou participação de um advogado em atividades ilícitas, que venham a constituir crime punido com reclusão, e não havendo outro meio disponível para obtenção de provas, a interceptação poderá ocorrer, mas somente mediante decisão judicial fundamentada e com fiel observância aos ditames da Lei n. 9.296/96.

## **2 O TRATAMENTO DO TEMA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS**

A interceptação e a gravação de conversas telefônicas configuram um dos elementos centrais da controvérsia sobre a ilicitude de prova.

A ampla utilização desse instrumento de comunicação e a possibilidade técnica de realização de interceptação ou gravação têm dado ensejo à efetivação de gravações de conversas e à sua utilização – muitas vezes indevida – em processos judiciais ou na esfera privada.

Os Tribunais Superiores brasileiros constantemente vem sendo instados a apreciar demandas que envolvem questões relacionadas ao sigilo profissional dos advogados, bem como às interceptações telefônicas de conversas de advogados com seus clientes.

### **2.1 a jurisprudência do superior tribunal de justiça**

No julgamento do RHC 26.704/RJ, a 5.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ decidiu que o sigilo profissional da relação entre advogado e cliente não invalida a integralidade das interceptações telefônicas autorizadas judicialmente contra o cliente, se são gravados alguns diálogos entre eles.

Nesse caso, dois acusados de tráfico de drogas tinham suas ligações telefônicas monitoradas por ordem judicial. Um deles teve uma conversa com um terceiro gravada, e, posteriormente este terceiro foi identificado como sendo o seu advogado. O réu recorreu à Justiça, buscando a anulação da denúncia por violação do sigilo da comunicação entre advogado e cliente.

O Tribunal Regional Federal da 2.<sup>a</sup> Região, no entanto, entendeu que o fato de a autoridade policial ter gravado a conversa com o advogado não

invalidava as interceptações. Segundo o Tribunal Regional, em nenhum momento o alvo da quebra de sigilo telefônico foi o advogado, menos ainda um advogado no exercício legítimo de sua profissão. A captação teria sido fortuita e acidental, além do que também não teria sido a intenção dos investigadores chegar ao advogado a partir de seu cliente.

A 5.<sup>a</sup> Turma do STJ entendeu que não ocorre quebra de sigilo das comunicações do advogado quando a interceptação não tiver sido dirigida especificamente contra o causídico. Nesse sentido, a captação incidental de diálogos entre clientes e investigado não pode ser tida como prova ilícita. A captação fortuita das conversas, no caso, seria mera irregularidade. E, ainda, a interceptação casual de diálogos do advogado com o cliente (investigado), não representaria quebra do sigilo das comunicações do advogado no exercício lícito de sua profissão.

Destacamos da ementa do acórdão, o seguinte trecho:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E TELEMÁTICAS. CAPTAÇÃO FORTUITA DE DIÁLOGOS ENTRE INVESTIGADO E SEU DEFENSOR. QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES DO ADVOGADO NO EXERCÍCIO LÍCITO DE SUA PROFISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO INCIDENTAL. MERA IRREGULARIDADE JÁ DECOTADA DOS ELEMENTOS DE PROVA. DESNECESSIDADE DE DESENTRANHAMENTO DAS DILIGÊNCIAS. [...]

1. Não determinada a quebra do sigilo do patrono constituído, mas captado, incidentalmente, seus diálogos com o cliente/investigado, não há falar em quebra do sigilo das comunicações do advogado no exercício lícito de sua profissão.

2. Não compete à autoridade policial filtrar os diálogos a serem gravados, mas sim executar a ordem judicial, o que evita a conveniência da colheita da prova ficar ao arbítrio da polícia, devendo o magistrado, diante de eventual captação de conversa protegida pelo manto da inviolabilidade, separá-la dos demais elementos probatórios, mantendo o restante da diligência incólume, se não maculada pela irregularidade detectada, como é o caso dos autos.

3. O indeferimento do pedido de desentranhamento das interceptações pelo Tribunal de origem foi acertado, pois as provas não passaram a

ser ilícitas, já que autorizadas por autoridade judicial competente e em observância às exigências legais, incidindo, na espécie, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.296/1996, o qual preceitua que “a gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”.

[...]

6. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.

(RHC 26.704/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 06/02/2012)<sup>14</sup>  
(grifo nosso)

Em outro julgado mais recente, o RMS 33.677/SP, o Tribunal Regional da 3.<sup>a</sup> Região havia negado o requerimento formulado pelo escritório para que fossem destruídos registros de interceptação telefônica, sob a alegação de violação à liberdade de defesa e ao sigilo profissional da comunicação entre advogado e cliente, assegurados pela Constituição e pelo Estatuto da Advocacia. Segundo entendeu o Tribunal Regional, não teria havido violação ao direito de intimidade e nem ao sigilo profissional, pois os aparelhos monitorados eram do investigado, e não de um dos advogados do escritório.

A 5.<sup>a</sup> Turma negou provimento ao recurso interposto pelo escritório de advocacia, consignando que “*Não é porque o Advogado defendia os investigados que sua comunicação com eles foi interceptada, mas tão somente porque era um dos interlocutores. Não há, assim, nenhuma violação ao sigilo profissional*”. A Ministra relatora, Laurita Vaz, consignou que a interceptação telefônica abrange a participação de qualquer interlocutor, e seria ilógico admitir que a prova colhida contra o interlocutor, que recebeu e fez chamadas para a linha legalmente interceptada, seja ilegal. O acórdão da 5.<sup>a</sup> Turma contou com a seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.  
INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: VALIDADE, SE O  
RECORRENTE ERA O OUTRO INTERLOCUTOR DO  
DIÁLOGO GRAVADO NO TERMINAL EM QUE SE DECRETOU

14 STJ - RHC 26.704/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 06/02/2012. Inteiro teor do acórdão disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200901698819&dt\\_publicacao=06/02/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901698819&dt_publicacao=06/02/2012)>. Acesso em: 30 set. 2016.

LEGALMENTE A QUEBRA DO SIGILO. *AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SIGILO PROFISSIONAL*. RECURSO DESPROVIDO.

1. A interceptação telefônica, por óbvio, abrange a participação de quaisquer dos interlocutores. Ilógico e irracional seria admitir que a prova colhida contra o interlocutor que recebeu ou originou chamadas para a linha legalmente interceptada é ilegal. Ora, “[a]o se pensar em interceptação de comunicação telefônica é de sua essência que o seja em face de dois interlocutores”. [...] A autorização de interceptação, portanto [...], abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado e não apenas aquela que justificou a providência.” (GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica: Considerações sobre a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996 - São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 20/21).

2. *Não é porque o Advogado defendia os investigados que sua comunicação com eles foi interceptada, mas tão somente porque era um dos interlocutores. Não há, assim, nenhuma violação ao sigilo profissional.*

3. Recurso desprovido.

(RMS 33.677/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 03/06/2014)<sup>15</sup> (grifo nosso)

No julgamento do HC 132.137/SP<sup>16</sup>, o Min. relator Napoleão Nunes Maia Filho consignou em seu voto que a violação das comunicações entre cliente e advogado não caracteriza constrangimento ilegal, quando comprovado que o próprio escritório de advocacia estava sob investigação. Confirma-se:

*O próprio escritório de Advocacia estava sob investigação, por existirem indícios da prática dos crimes aqui descritos e de outros, tanto que alguns de seus sócios foram também denunciados neste e em outros processos; dessa forma, considerando que todos estavam sob investigação e ausente a demonstração das conversas gravadas em que o paciente estaria apenas exercendo seu direito de acesso à defesa técnica, falha que persiste na presente impetração, inviável o reconhecimento de qualquer constrangimento ilegal, no ponto. (grifo nosso)*

15 STJ - RMS 33.677/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 03/06/2014. Inteiro teor do acórdão disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201100251358&dt\\_publicacao=03/06/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100251358&dt_publicacao=03/06/2014)>. Acesso em: 30 set. 2016.

16 STJ - HC 132.137/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 30/08/2010. Inteiro teor do acórdão disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200900544196&dt\\_publicacao=30/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900544196&dt_publicacao=30/08/2010)>. Acesso em: 30 set. 2016.

A 6.<sup>a</sup> Turma do STJ, no julgamento do HC 210.351/PR<sup>17</sup>, também analisando situação em que restou caracterizado ao longo das investigações que o advogado teria extrapolado o exercício regular da provisão, passando a atuar como coautor na prática dos crimes, concluiu no mesmo sentido:

É certo que o sigilo profissional do advogado deve ser preservado, não sendo permitida a utilização, como prova, das conversas obtidas por meio de interceptação telefônica entre o cliente e o advogado.

*Todavia, tal garantia não tem caráter absoluto, não se estendendo aos casos como o dos autos, no qual se constatou, ao longo das investigações, que o advogado, ao que parece, excedeu o exercício regular de seu munus e passou a atuar como coautor na prática dos crimes descritos.*

Assim, não há falar, in casu, em violação do direito ao sigilo profissional do advogado, uma vez que, durante a interceptação telefônica destinada a apuração de crimes pelo dirigentes e associados do CIAP, apurou-se o envolvimento do paciente que, seja na condição de consultor jurídico, seja na condição membro integrante da gestão da referida entidade, também estaria participando ativamente nas condutas delituosas, bem como na sua ocultação. (grifo nosso)

No mesmo sentido a decisão proferida no RMS 10.857/SP<sup>18</sup>:

A proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas do advogado não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, especificamente, a fundada suspeita da prática da infração penal.

Por fim, importante registrar a decisão proferida no RHC 28.643/SP<sup>19</sup>, por meio da qual o STJ *reconheceu ter havido a violação ao sigilo profissional do advogado*, demonstrando que a Corte está atenta na

17 STJ - HC 210.351/PR, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 01/09/2014. Inteiro teor do acórdão disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201101413972&dt\\_publicacao=01/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101413972&dt_publicacao=01/09/2014)>. Acesso em: 30 set. 2016.

18 STJ - RMS 10.857/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2000, DJe 02/05/2000, p. 152. Inteiro teor do acórdão disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199900384342&dt\\_publicacao=02/05/2000](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900384342&dt_publicacao=02/05/2000)>. Acesso em: 30 set. 2016.

19 STJ - RHC 28.643/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 29/10/2013. Inteiro teor do acórdão disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001255489&dt\\_publicacao=29/10/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001255489&dt_publicacao=29/10/2013)>. Acesso em: 30 set. 2016.

preservação dos direitos consagrados ao profissional, buscando inibir eventuais abusos e, de certa forma, a vulgarização da medida que deve ser excepcional. Confira-se os fundamentos extraídos da ementa do acórdão:

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ILICITUDE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DECISÕES CARENTES DE FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PRÁTICA CRIMINOSA. VIOLAÇÃO AO SIGILO PROFISSIONAL ENTRE ADVOGADO E CLIENTE. MÁCULA EVIDENCIADA.**

1. O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, e para que haja o seu afastamento exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (artigo 93, inciso IX, da Carta Magna).

2. O artigo 5º da Lei 9.296/1996, ao tratar da manifestação judicial sobre o pedido de interceptação telefônica, preceitua que “a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

3. *No caso dos autos, nas decisões que autorizaram a quebra do sigilo telefônico do recorrente não há qualquer menção à suspeita de prática de crime, tendo a interceptação sido autorizada sem que demonstrados os indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão, bem como a impossibilidade de se obter a prova por outros meios, o que revela que não foram atendidos os requisitos previstos no artigo 2º da Lei 9.296/1996.*

4. *Ademais, sem que houvesse a menor suspeita de que o recorrente, advogado, estaria cometendo algum ilícito, as estratégias que discutia com seu cliente acerca do ajuizamento de ação indenizatória foram indevidamente monitoradas a partir de decisões judiciais complementamente desprovidas de fundamentação, o que demonstra que seu sigilo profissional foi indevidamente violado.*

[...]

2. Recurso parcialmente provido apenas para determinar o desentranhamento dos autos e a respectiva inutilização das provas decorrentes das interceptações telefônicas realizadas em detrimento do recorrente, deferidas mediante pronunciamentos judiciais não fundamentados e em violação ao seu sigilo profissional.

(RHC 28.643/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 29/10/2013) (grifo nosso)

## 2.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Já em relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF, sob a Constituição de 1988, identificam-se dois momentos significativos em relação à interceptação telefônica.

Num primeiro momento, o STF entendia pela invalidade da prova, mesmo precedida de autorização judicial, tendo em vista a ausência de lei regulamentadora do art. 5.º, XII, da Constituição. Entendia-se que diante dos ditames da nova Constituição, que impunha uma reserva legal qualificada para a efetivação da interceptação, não se poderia considerar recepcionada a lei anterior, a saber, o art. 57, II, *a*, do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Com a superveniência da Lei n. 9.296/96, o STF passou a considerar a prova lícita.

Destacamos, a seguir, dois julgados bem representativos da jurisprudência do STF em relação ao tema em debate.

O primeiro caso é o do julgamento do HC 96.909/MT<sup>20</sup>, pela 2ª Turma do STF, sendo relatora a Ministra Ellen Gracie, em que se entendeu pela ausência de ilegalidade da prova relativa à interceptação telefônica, por não restar configurada a violação ao sigilo do advogado, justamente porque o mesmo teria cometido delitos justamente no exercício da profissão. Confira-se, no ponto que interessa, a ementa do acórdão:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE DA PROVA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SIGILO PROFISSIONAL. DENÚNCIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

[...]

20 STF - HC 96909/MT, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 17/11/2009, DJe-232 DIVULG 10-12-2009 PUBLIC 11-12-2009 EMENT VOL-02386-02 PP-00279. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606676>>. Acesso em: 30 set. 2016.

6. *A alegação de afronta ao sigilo profissional, tendo em vista que o paciente é advogado e teriam sido interceptadas ligações travadas com seus clientes, também não merece acolhida, já que os delitos que lhe foram imputados teriam sido cometidos justamente no exercício da advocacia.* 7. O simples fato de o paciente ser advogado não pode lhe conferir imunidade na eventual prática de delitos no exercício de sua profissão. (grifo nosso)

O outro caso selecionado é o do INQ 2.424/RJ<sup>21</sup>, da relatoria do Ministro Cezar Peluso. Na ocasião, o Pleno do STF concluiu pela lícitude da interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso. Ainda de acordo com o julgado, havia indícios da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão, e, nesses termos, trata-se de situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Seguem-se os trechos de interesse extraídos da ementa do julgado:

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.* [...]. 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.* [...]

21 STF - INQ 2.424/RJ, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2008, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-02 PP-00341. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609608>>. Acesso em: 30 set. 2016.

(Inq 2424, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2008, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-02 PP-00341) (grifo nosso)

Como se pode observar, os julgados ora apresentados, denotam a harmonia e a convergência da interpretação conferida ao tema tanto pela Corte Suprema como pelo Superior Tribunal de Justiça.

### 3 O TRATAMENTO DO TEMA NO ÂMBITO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

#### 3.1 O ART. 8º DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM – CEDH

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ou simplesmente *Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)*<sup>22</sup>, foi assinada em 4 de novembro de 1950, em Roma, e entrou em vigor em 1953. Tem sua origem na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1º de dezembro de 1948.

Cumprir observar que, do ponto de vista técnico jurídico, a CEDH é um tratado internacional ao abrigo do qual os Estados Membros do Conselho da Europa garantem os direitos fundamentais, civis e políticos, não apenas aos seus próprios cidadãos, mas também a qualquer pessoa que se encontre sob a sua jurisdição. Tendo a natureza jurídica de tratado, obriga os Estados que a ele aderiram.

Não se trata de mera declaração de intenções, mas fonte de obrigações cuja observância importa responsabilidade do Estado-Membro perante o sujeito lesado e à própria comunidade internacional. Segundo afirmam Marinelli e Spigarelli:

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos é o documento com o qual os Estados signatários se comprometem a adotar e proteger os direitos humanos fundamentais, assim como constituídos na referida Convenção e interpretados pela Corte Europeia dos Direitos Humanos. Esta última também tem a função de decidir sobre queixas individuais e dos Estados sobre lesões a esses direitos, podendo, para este fim, impor sanções aos governos, que, tendo se vinculado à Convenção, estão sujeitos à autoridade do Tribunal. Assumiram, de um lado, a obrigação negativa de não violar os direitos do homem, do outro, o

<sup>22</sup> Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

compromisso positivo de modificar seus próprios ordenamentos, onde estes não tutelem adequada e eficazmente as prerrogativas fundamentais reconhecidas pela CEDH aos indivíduos.<sup>23</sup>

Dentre os principais direitos garantidos pela CEDH estão o direito à vida; o direito a um processo equitativo; o direito ao respeito pela vida privada e familiar; a liberdade de expressão; a liberdade de pensamento de consciência e de religião; e o direito à proteção da propriedade. Por outro lado, a CEDH proíbe a tortura e penas ou tratamentos desumanos ou degradantes; a escravidão e o trabalho forçado; a pena de morte; a detenção arbitrária e ilegal; e a discriminação no gozo dos direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção.

O direito ao respeito pela vida privada e familiar está previsto na CEDH, em seu Artigo 8.º, nos seguintes termos:

#### ARTIGO 8.º

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

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 econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

O Artigo 8º é o dispositivo comumente invocado como violado perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, nos casos de interceptação de comunicações telefônicas.

### 3.2 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE

A Corte Europeia dos Direitos Humanos, constituída em 1959, é o Tribunal internacional competente para se pronunciar sobre queixas

<sup>23</sup> MARINELLI, Damiano; SPIGARELLI, Elisabetta. *Giusto Processo ed Equa Riparazione*. Nápoles: Simone, 2010. p. 8. Apud VILLA-VERDE FILHO, Erasto. *O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado por Danos Decorrentes de sua Violação. Comparação entre os Sistemas Europeu/Italiano e Interamericano/Brasileiro*. *Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee*. n.21, vol. 1, p. 117-143. Brasília: EAGU, 2012. p.122-123.

individuais ou dos Estados que aleguem violações dos direitos civis e políticos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem - CEDH. O Tribunal tem sua sede em Estrasburgo, na França, no Palácio dos Direitos do Homem.

Consagrando um conjunto de direitos de diversas naturezas (civis, políticos, econômicos e culturais), a CEDH instituiu um mecanismo de garantia da aplicação desses direitos, com a criação de um órgão internacional independente: a Corte Europeia dos Direitos Humanos.

Importante registrar que a jurisdição da Corte é suplementar em relação à jurisdição dos Estados. É dizer, a Corte somente pode ser acionada, em caso de esaurimento dos recursos previstos no ordenamento interno do Estado demandado, sob pena de as queixas sequer serem analisadas pela Corte. Trata-se de condição para o exercício de jurisdição por parte da Corte.

E mais, é necessária uma manifestação expressa do país signatário aceitando a jurisdição da Corte e aceitando submeter-se a ela, não bastando a mera ratificação da Convenção que criou a Corte ou de suas posteriores alterações.

Feita essa breve explanação, segue-se a apresentação de alguns julgados que contribuíram para a construção da jurisprudência da Corte em relação à inviolabilidade das comunicações<sup>24</sup>, incluindo-se aí a violação e interceptação de correspondências, e as escutas telefônicas, sendo que em alguns dos casos a discussão se dá em torno de quebra do sigilo envolvendo advogados.

#### **O Caso Golder vs. Reino Unido.**

No ano de 1970, Sidney Elmer Golder, presidiário, requereu ao Ministro do Interior britânico autorização para consultar um advogado, tendo em vista seu interesse em processar um dos carcereiros. O pedido foi negado pelo Ministro, determinando-se a retenção das correspondências a ele destinadas, inclusive as remetidas por seu advogado.

Golder, então, apresentou duas queixas perante a Corte Europeia de Direitos Humanos pela violação de sua correspondência e pela impossibilidade de ser assistido por advogado. O Governo britânico argumentou que os direitos previstos na Convenção não seriam aplicáveis àqueles que se encontrassem cumprindo pena privativa de liberdade.

Esse argumento não prosperou por se tratar de exceção não prevista na Convenção, e que, portanto, não poderia possibilitar a quebra do sigilo.

<sup>24</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Factsheet - Personal data protection*. Jun. 2016. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf)>. Acesso 20 set. 2016.

A Corte concluiu que houve ofensa ao Artigo 8º da Convenção, *reafirmando a inviolabilidade da comunicação por meio da correspondência*.

#### **O Caso Malone vs. Reino Unido (2/8/1984).**

Trata-se do primeiro caso envolvendo a interceptação de comunicações telefônicas. O Sr. Malone, comerciante de antiguidades, foi acusado de vários crimes de receptação. As acusações eram baseadas em gravações de conversas telefônicas interceptadas pela autoridade policial, com autorização do Ministro do Interior britânico. As interceptações, todavia, foram consideradas ilegais pelo Judiciário, razão pela qual ele não foi condenado.

O Sr. Malone decidiu, então, ingressar com uma ação indenizatória em face do chefe de polícia de Londres. Sua pretensão, todavia, não prosperou, e o caso chegou à Corte Europeia de Direitos Humanos. A Corte deliberou que, *apesar de o próprio dispositivo da Convenção prever a quebra da inviolabilidade por alguns motivos pontuais, outros requisitos devem ser preenchidos para que as gravações sejam admitidas como provas lícitas*.

A Corte decidiu no sentido de que a possibilidade de interceptação das comunicações, além da previsão constante da Convenção, deve estar prevista em lei formal do país em questão, que estabeleça seus requisitos e defina os procedimentos adequados para sua efetivação. Assim, entendeu que houve uma violação do Artigo 8º da Convenção, no que diz respeito à interceptação de comunicações e liberação de registros pela polícia, porque não haviam sido realizados de acordo com a lei. A Corte, todavia, não se manifestou sobre quais os requisitos e pressupostos que entenderia como necessários e adequados para o deferimento da medida.

#### **O Caso Klass e outros vs. Alemanha (6/9/1978).**

Neste caso, os requerentes, *cinco advogados alemães*, queixaram-se, em particular, sobre a legislação alemã que dava poderes às autoridades para monitorar suas correspondências e comunicações telefônicas, sem, contudo, obrigar essas autoridades a informá-los, posteriormente, das medidas tomadas contra eles.

A Corte considerou que não houve violação do Artigo 8º da Convenção, entendendo que o legislador alemão tinha razão para considerar a interferência resultante da legislação, confrontada com o exercício do direito garantido pelo Artigo 8º, § 1º, como sendo *necessária numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional e para a prevenção da desordem ou crime* (§ 2º Artigo 8º).

A Corte observou, em especial, que os poderes para realização de uma vigilância secreta sobre os cidadãos, caracterizando-se um estado policial, são toleráveis sob a Convenção apenas *na medida do estritamente necessário para salvaguardar as instituições democráticas*. Anotou, ainda, que as sociedades democráticas nos dias de hoje encontram-se ameaçadas por formas altamente sofisticadas de espionagem e pelo terrorismo, do que resulta que o Estado deve ser capaz, de forma eficaz, de realizar a vigilância secreta desses elementos subversivos que operam em sua jurisdição. Assim, *o Tribunal considerou que a existência de uma legislação outorgando poderes de vigilância secreta sobre o e-mail, correios e telecomunicações era, em condições excepcionais, necessária numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional e/ou para a manutenção da ordem e para a prevenção do crime*.

#### **O Caso Krulin vs. França (24/4/1990).**

Nesse processo discutiu-se sobre escutas telefônicas ordenadas por um juiz de instrução em um caso de assassinato. A decisão da Corte foi no mesmo sentido do caso Malone, *reconhecendo a inexistência de lei reguladora no direito francês*. Mas, no presente caso, a decisão foi ainda mais enfática sobre a obrigatoriedade de previsão legal para que a prova obtida seja considerada lícita. Alguns dispositivos do Código de Processo Penal citavam de forma superficial a possibilidade de o juiz autorizar a quebra do sigilo telefônico.

A Corte decidiu que houve uma violação do Artigo 8º da Convenção, sob o entendimento de que a lei francesa não indicou com clareza razoável o alcance e a forma de exercício do poder discricionário das autoridades nesta área.

#### **O Caso Kopp vs. Suíça (25/3/1998).**

Este caso dizia respeito ao *monitoramento das linhas de telefone da firma de advocacia* do requerente por ordem do Ministério Público Federal.

O Tribunal considerou que houve uma violação do Artigo 8º da Convenção, sob o fundamento de a legislação suíça não indicava com suficiente clareza o âmbito e a forma de exercício do poder discricionário das autoridades no assunto. A Corte, conseqüentemente, considerou que o requerente, como advogado, não tinha gozado do grau mínimo de proteção exigido pelo Estado de Direito em uma sociedade democrática.

#### 4 A DECISÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO “VERSINI-CAMPINCHI E CRASNIANSKI VS. FRANÇA”.25

O caso diz respeito à interceptação, transcrição e utilização para fins disciplinares contra a requerente, advogada, de conversas tidas com um de seus clientes.

Na decisão proferida no julgamento da Câmara<sup>26</sup>, em 16 de junho de 2016, no caso “*Versini-Campinchi e Crasnianski vs. França*”, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu, por unanimidade, que houve: *Não violação do Artigo 8º* (direito ao respeito à vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência) da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

A Corte entendeu que, como a transcrição da conversa entre a requerente e seu cliente tinha sido baseada no fato de que os conteúdos poderiam dar origem à presunção de que a própria requerente havia cometido uma infração, e as Cortes internas haviam entendido que a transcrição não infringia o direito de defesa do cliente, o fato de a primeira ser advogada do segundo não é suficiente para caracterizar uma violação do Artigo 8º da Convenção no que diz respeito à requerente.

##### A origem do caso.

Os requerentes, Jean-Pierre Versini-Campinchi e Tania Crasnianski, ambos advogados, são de nacionalidade francesa, nascidos em 1939 e 1971, respectivamente, e residem em Paris, na França.

Seguindo-se à morte de um número de pessoas suspeitas de terem sido contaminadas depois de comer carne de gado infectada com encefalopatia bovina espongiforme, uma investigação judicial foi aberta em dezembro de 2000. A companhia Districoupe, subsidiária da franquia de restaurantes fornecedores da carne Buffalo Grill, era suspeita de quebrar

25 COUR EUROPEËNNE DES DROITS DE L'HOMME. *AFFAIRE VERSINI-CAMPINCHI ET CRASNIANSKI c. FRANCE*. (Requête no 49176/11). Arrêt. Strasbourg. 16 juin 2016. Inteiro teor da decisão disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=001-163612>>. Acesso 20 set. 2016.

26 A decisão foi proferida por uma Câmara de sete juízes, assim composta: Angelika Nussberger (Alemanha), Presidente; Ganna Yudkivska (Ucrânia); Erik Mose (Noruega); André Potocki (França); Yonko Grozev (Bulgária); Carlo Ranzoni (Liechtenstein); Martinš Mits (Letônia); e também Claudia Westerdiek, Secretária de Seção. Nos termos dos Artigos 43 e 44 da Convenção, o julgamento dessa Câmara não é final. Durante o período de três meses seguintes a sua expedição, qualquer parte pode requerer que o caso seja devolvido à Grande Câmara da Corte. Se tal pedido for feito, um painel de cinco juízes avalia se o caso merece um exame mais amplo. Nesse caso, a Grande Câmara apreciará o caso e expedirá um julgamento final. Se o requerimento para devolução for indeferido, o julgamento da Câmara se tornará definitivo nessa data. Quando um julgamento se torna final, ele é transmitido para o Comitê de Ministros do Conselho da Europa para supervisão de sua execução.

o embargo de importação de carne bovina do Reino Unido, região afetada, à época, por uma epidemia da doença.

O Sr. Versini-Campinchi, foi incumbido da defesa dos interesses do Sr. Picart, diretor administrativo da Districoupe e presidente do conselho executivo da Bufallo Grill. A Sra. Crasnianski, também advogada, o ajudou no caso.

A linha telefônica do Sr. Picart foi grampeada, em 2/12/2002, por ordem judicial. Conversas telefônicas entre o Sr. Picart e os requerentes (seus advogados) foram interceptadas e transcritas, incluindo uma conversa com a Sra. Crasnianski em 17/12/2002, e uma com o Sr. Versini-Campinchi em 14/01/2003.

O Sr. Picart foi colocado sob custódia policial em 17/12/2002 e acusado em 18/12/2002, juntamente com três outras pessoas. Em 31/03/2004, apresentou queixa à Corte Europeia dos Direitos Humanos, no contexto do processo penal posteriormente conduzido contra ele. Este pedido foi declarado inadmissível por decisão datada de 18/03/2008 (*caso Picart vs. França*).

Em 12/05/2003, chamada a se pronunciar sobre a legalidade dos registros de interceptação de telefones em questão, a câmara de instrução do Tribunal de Apelação de Paris *anulou a transcrição de uma conversa* de 24/01/2003 entre o Sr. Picart e o Sr. Versini-Campinchi, *com o fundamento de que ela estava relacionada ao exercício dos direitos de defesa do acusado e não poderia embasar a presunção de que o advogado tivesse participação em algum delito*. A câmara, no entanto, recusou-se a anular outras transcrições considerando que *os conteúdos eram capazes de revelar uma violação da confidencialidade profissional e desobediência ao magistrado por parte do Sr. Versini-Campinchi e da Sra. Crasnianski*. Em decisão de 01/10/2003, a Corte de Cassação negou provimento a um recurso sobre questões de direito apresentadas pelo Sr. Picart.

O processo disciplinar instaurado contra os requerentes.

Em 27/02/2003, o Procurador Geral junto do Tribunal de Apelação de Paris enviou ao Presidente da Ordem dos Advogados de Paris um pedido de instauração de processo disciplinar contra os requerentes. Em 21/03/2003, foi instaurado um processo disciplinar contra a Sra. Crasnianski, por quebra de sigilo profissional. No entanto, ele arquivou o pedido de processo contra o Sr. Versini-Campinchi sobre o conteúdo da conversa, de 14/01/2003. Perante o Conselho da Ordem os requerentes solicitaram que a transcrição do registro de interceptação de telefones, de 17/12/2002, fosse desentranhada por causa de sua ilegalidade.

Em 16/12/2003, o Conselho da Ordem, reunido como um conselho disciplinar, rejeitou o pedido. Quanto ao mérito, o Conselho decidiu que

as declarações da Sra. Crasnianski gravadas em 17/12/2002 infringiam o Artigo 63-4 do Código de Processo Penal e violavam o segredo profissional a que estava obrigada como advogada. Observando que ela tinha agido sob as instruções do Sr. Versini-Campinchi, o Conselho considerou que tinham agido em conjunto. O Conselho da Ordem pronunciou contra o Sr. Versini-Campinchi a pena de interdição temporária do exercício da profissão de advogado por dois anos, com sursis de 21 meses, e, contra a Sra. Crasnianski a pena de interdição de um ano, com sursis.

Em 12/05/2004, o Tribunal de Apelação de Paris rejeitou o recurso dos requerentes contra a decisão do Conselho da Ordem, de 16/12/2003. Esse acórdão foi cassado e anulado, em 10/10/2008, pela Corte de Cassação que determinou o reenvio ao Tribunal de Apelação. Este Tribunal, em novo julgamento, negou provimento ao recurso dos recorrentes, por decisão de 24/09/2009. Essa decisão foi novamente objeto de recurso dos requerentes à Corte de Cassação, recurso esse declarado inadmissível.

A alegação dos requerentes perante a Corte Europeia.

Invocando o Artigo 8.º (direito ao respeito à vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência), o Sr. Versini-Campinchi e a Sra. Crasnianski reclamaram da interceptação e transcrição de suas conversas telefônicas com o seu cliente e da utilização dos registros correspondentes nos processos disciplinares interpostos contra eles. O pedido foi apresentado à Corte Europeia dos Direitos Humanos em 1º/08/2011.

A Decisão da Corte.

A Corte entendeu que a interceptação, a gravação e a transcrição da conversa telefônica de 17/12/2002 entre o Sr. Picart e a Sra. Crasnianski constituem uma interferência no exercício do direito ao respeito de sua vida privada e de sua correspondência. Esta ingerência foi seguida, no caso da Sra. Crasnianski, pela utilização da transcrição desta conversa no âmbito do processo disciplinar conduzido contra ela.

A base legal da interferência em questão se encontra nos artigos 100 e seguintes do Código de Processo Penal francês, uma vez que a interceptação, a gravação e a transcrição da conversa foram realizadas em execução de escutas telefônicas autorizadas por um juiz de instrução com fundamento nesses dispositivos. Uma operação dessas, por definição, tem como consequência que conversas com terceiros são ouvidas e, portanto, envolve a interceptação de declarações provenientes de pessoas que não são visadas pela medida ordenada pelo juiz.

A Corte lembra, ainda, que já admitira que os artigos 100 e seguintes do Código de Processo Penal atendem ao requisito de “*qualidade de lei*”. Observa, no entanto, que estas disposições não cobrem a situação das pessoas cujas declarações foram interceptadas

por ocasião da escuta da linha telefônica de uma outra pessoa. Em particular, elas não preveem a possibilidade de utilizar o conteúdo interceptado contra o autor no contexto de um outro procedimento diferente daquele no qual a escuta foi permitida.

No entanto, a Corte observou que a Corte de Cassação já tinha, à época dos fatos, afirmado que, excepcionalmente, *uma conversa entre um advogado e o seu cliente*, surpreendida por ocasião de uma medida de instrução regular, poderia ser transcrita e admitida nos autos do processo, quando se verificasse que o seu conteúdo permitisse presumir a participação do advogado em fatos constitutivos de uma infração.

É certo que foi apenas em um julgamento proferido em 01/10/2003 - no contexto do presente caso - que a Corte de Cassação indicou expressamente que o mesmo se aplica quando a infração não se relaciona com o caso que está sendo examinado pelo juiz de instrução.

A Corte considerou, no entanto, que, em vista dos artigos 100 e seguintes do Código de Processo Penal e da jurisprudência da Corte de Cassação francesa, a Sra. Crasnianski, profissional do Direito, poderia prever que a linha telefônica do Sr. Picart era suscetível de estar sob escuta com fundamento nestes artigos, e, ainda, que as declarações que pudessem levar à presunção de sua participação numa infração poderiam ser gravadas e transcritas, apesar da sua qualidade de advogada, correndo, assim, o de responder por isso. Ela podia prever que revelar uma informação coberta pelo sigilo profissional a exporia a uma acusação com base no artigo 226-13 do Código Penal. Também poderia prever que uma violação dessa natureza iria expô-la a um processo disciplinar perante o Conselho da Ordem dos Advogados, que poderia notadamente agir por demanda do Procurador Geral. *Assim, a Corte admitiu que a interferência em questão era prevista por lei.*

A Corte já havia esclarecido (*Picart vs. França, 18 mar. 2008*) que no âmbito de um processo penal, a interceptação, a gravação e a transcrição de comunicações telefônicas do Sr. Picart de acordo com a autorização judicial de 2/12/2002, perseguiram um dos objetivos listados pelo Artigo 8º, qual seja, *“a defesa da ordem”*. A Corte considerou que o mesmo se aplica ao uso da transcrição da conversa telefônica de 17/12/2002, no contexto do processo disciplinar conduzido em face da Sra. Crasnianski por violação do sigilo profissional.

A interceptação e a transcrição em questão foram requisitadas por um juiz e executados sob sua supervisão; uma revisão judicial ocorreu no contexto do processo penal instaurado contra o Sr. Picart; e a Sra. Crasnianski obteve um reexame da legalidade da transcrição da gravação no contexto dos processos disciplinares instaurados contra ela.

A Corte considerou que, mesmo que ela não tenha tido a possibilidade de apelar a um juiz para obter a anulação da transcrição da comunicação telefônica de 17/12/2002, ocorreu, nas específicas circunstâncias do caso, um controle eficaz apto a limitar a interferência em questão ao que era *necessário em uma sociedade democrática*.

No que diz respeito ao fato de que em 17/12/2002 a Sra. Crasnianski estaria se comunicando com o Sr. Picart na qualidade de sua advogada, a Corte já havia ressaltado em sua jurisprudência anterior<sup>27</sup> que *embora o sigilo profissional dos advogados tenha uma grande importância tanto para o advogado e seu cliente quanto para o bom funcionamento da justiça, e se trate de um dos princípios fundamentais sobre os quais repousa a organização da justiça numa sociedade democrática, ele não é, todavia, intangível*. Ele se constitui, antes de tudo, em obrigações a cargo dos advogados e encontra sua base na missão de defesa de que são encarregados.

A Corte observou que *a legislação francesa muito claramente prevê que para o respeito aos direitos de defesa é necessário que as conversas telefônicas entre um advogado e seu cliente permaneçam confidenciais, e proíbe a transcrição de tais conversas, incluindo aquelas interceptadas durante a realização de uma medida de investigação legal*. Admite apenas uma exceção: a transcrição é possível, quando se caracterizar que o conteúdo da conversa possa levar à presunção de que o próprio advogado esteja participando de atos infracionais. Além disso, o artigo 100-5 do Código de Processo Penal estabelece expressamente que, sob pena de nulidade, as comunicações com um advogado relativas ao exercício dos direitos de defesa não podem ser transcritas.

Segundo a Corte, esta abordagem, compatível com sua jurisprudência, leva a constatação de que, *a título excepcional, o sigilo profissional do advogado, que encontra seu fundamento no respeito ao direito de defesa do cliente, não impede a transcrição de uma troca de informações entre um advogado e seu cliente no contexto da interceptação regular da linha do cliente, em que o conteúdo dessa conversa dá origem a uma presunção de que o próprio advogado participou de uma infração, e na medida em que a transcrição não afeta os direitos de defesa do cliente*.

A Corte aceitou que, como esta exceção ao princípio da confidencialidade das comunicações entre um advogado e seu cliente foi restritivamente formulada, ela continha uma salvaguarda adequada contra o abuso.

Reiterou que *o que importa neste contexto é que os direitos de defesa do cliente não sejam afetados negativamente*, isto é, que as declarações transcritas não sejam utilizadas contra ele no processo. No presente caso, a câmara de

<sup>27</sup> Michaud vs França, julgamento de 6 de dezembro de 2012.

instrução anulara outras transcrições sob o argumento de que o conteúdo gravado dizia respeito ao exercício dos direitos de defesa do Sr. Picart. A razão para a recusa da anulação da transcrição de 17/12/2002 foi em virtude de a câmara ter julgado que as declarações da Sra. Crasnianski eram capazes de revelar uma violação do sigilo por parte dela, e não porque constituíssem um elemento de prova contra seu cliente.

Como a transcrição da conversa de 17/12/2002 entre a Sra. Crasnianski e o Sr. Picart foi baseada no fato de que o conteúdo deu origem a uma presunção de que a Sra. Crasnianski havia cometido uma infração, e os tribunais internos tinham a convicção de que a transcrição não violaria os direitos de defesa do Sr. Picart, a Corte considerou que o fato de a Sra. Crasnianski ser advogada de Picart não era suficiente para caracterizar uma violação do Artigo 8º da Convenção. Um advogado é particularmente bem qualificado para conhecer os limites da legalidade e para perceber que, se necessário, as suas comunicações com o seu cliente seriam capazes de dar origem a uma presunção de que ele próprio teria cometido uma infração. E tanto mais quando suas próprias declarações são suscetíveis de constituir uma infração, tal como a violação do sigilo profissional.

Assim, a Corte decidiu que a interferência em questão não é desproporcional em relação ao objetivo legítimo perseguido, qual seja, a “defesa da ordem”, e pode ser considerada como “necessária numa sociedade democrática”, na acepção do Artigo 8º da Convenção. E, portanto, não houve uma violação do Artigo 8º.

## 5. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais não são direitos absolutos, podendo ser objeto de limitações, quando em confronto com outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.

O direito à inviolabilidade das comunicações entre advogados e clientes é uma conjugação do direito fundamental ao sigilo das comunicações (CF, art.5º, XII), inerente a todos os cidadãos; com o direito ao sigilo profissional conferido ao advogado (CF, art.133). Não se trata de um privilégio do advogado, mas, antes disso, uma proteção conferida ao cliente, para um efetivo exercício do seu direito de defesa.

O sigilo profissional impede, em regra, a interceptação de comunicações entre o cliente e o seu advogado. Todavia, essa garantia poderá deixar de ser observada quando o próprio profissional estiver envolvido na prática de crimes e, então, não estará atuando no exercício lícito e legítimo do seu múnus, mas sim agindo como partícipe de atividade delituosa.

Em nosso ordenamento jurídico, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas é disciplinada pela Lei n. 9.296/96, que regulamentou o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF/88.

A interceptação telefônica somente poderá ser autorizada por ordem judicial, nos limites das hipóteses estatuídas pela Lei n. 9.296/96, e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, sendo imperiosa a observância de três requisitos: (1) a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; (2) a impossibilidade de obtenção da prova por outros meios disponíveis; e (3) o fato investigado constituir crime punido com reclusão.

Tratando-se de medida restritiva de direitos fundamentais, a interceptação de conversas telefônicas, como não poderia ser diferente, configura-se em elemento central de inúmeras controvérsias sobre sua licitude.

A análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores relativa às questões envolvendo as interceptações telefônicas de conversas de advogados com seus clientes permite concluir que há uma sintonia na interpretação conferida ao tema tanto pelo STF como pelo STJ. Ambas as Cortes têm demonstrado equilíbrio na preservação dos direitos consagrados ao profissional da advocacia, buscando inibir eventuais abusos e, de certa forma, a vulgarização da medida que deve ser excepcional, mas, também demonstram firmeza quando os requisitos para relativização do direito ao sigilo estão devidamente comprovados, e as formalidades legais para a adoção das medidas foram observadas.

Na Corte Europeia de Direitos Humanos o entendimento prevalente também é no sentido de que embora o sigilo profissional dos advogados tenha uma grande importância para a relação advogado/cliente, e se constitua em um dos princípios fundamentais para a administração da Justiça numa sociedade democrática, ele não é intangível.

Nesse sentido, a Corte Europeia tem decidido que o sigilo profissional do advogado, que encontra seu fundamento no respeito ao direito de defesa do cliente, não impede a transcrição de uma conversa entre um advogado e seu cliente no contexto da interceptação regular da linha do cliente, nos casos em que o conteúdo dessa conversa possa levar à presunção de que o próprio advogado participou de uma infração, e na medida em que essa transcrição não afete os direitos de defesa do cliente.

Constituindo-se, a interceptação das comunicações telefônicas, em uma relativização de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, é de se impor limites claros e objetivos para a realização dessa medida excepcional, restringindo-se as margens para a interpretação daqueles que aplicam a norma.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.906/1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *Lei n. 9.296/1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final do art. 5.º da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *Lei n. 11.767/2008*. Altera o art. 7.º da Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994, para dispor sobre o direito à inviolabilidade do local e instrumentos de trabalho do advogado, bem como de sua correspondência. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11767.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11767.htm)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STF - HC 96909/MT*, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.12.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606676>> Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STF - INQ 2.424/RJ*, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe-055 de 26/03/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609608>> Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STJ - HC 132.137/SP*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, DJe 30/08/2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200900544196&dt\\_publicacao=30/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900544196&dt_publicacao=30/08/2010)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STJ - HC 210.351/PR*, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), 6ª Turma, DJe 01/09/2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201101413972&dt\\_publicacao=01/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101413972&dt_publicacao=01/09/2014)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STJ - RHC 26.704/RJ*, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, DJe 06/02/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200901698819&dt\\_publicacao=06/02/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901698819&dt_publicacao=06/02/2012)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STJ - RHC 28.643/SP*, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 29/10/2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001255489&dt\\_publicacao=29/10/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001255489&dt_publicacao=29/10/2013)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STJ - RMS 10.857/SP*, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 02/05/2000, p. 152. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199900384342&dt\\_publicacao=02/05/2000](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900384342&dt_publicacao=02/05/2000)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STJ - RMS 33.677/SP*, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 03/06/2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201100251358&dt\\_publicacao=03/06/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100251358&dt_publicacao=03/06/2014)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, versão em português. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Factsheet-Personal data protection*. Jun.2016. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2016.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Affaire Versini-Campinchi et Crasnianski c. France*. Requête n. 49176/11. Arrêt. Strasbourg. 16 jun. 2016. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=001-163612>>. Acesso em: 20 set. 2016.

EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. A Corte Europeia de Direitos Humanos e a criminalização da advocacia. *Revista Consultor Jurídico*. jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-01/corte-europeia-direitos-humanos-criminalizacao-advocacia>>. Acesso em: 20 set. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VILLA-VERDE FILHO, Erasto. O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado por Danos Decorrentes de sua Violação. Comparação entre os Sistemas Europeu/Italiano e Interamericano/Brasileiro. *Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee*. n.21, vol. 1, p. 117-143. Brasília: EAGU, 2012.



---

# A CONSTITUIÇÃO ABERTA AOS DIREITOS HUMANOS

*THE CONSTITUTION OPEN TO THE HUMAN RIGHTS.*

---

*Simone Carneiro Carvalho*  
*Mestre em Direito Público*  
*Professora de Direito Constitucional*  
*Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A cláusula materialmente aberta de direitos fundamentais; 2 Constituição aberta aos direitos humanos; 3 Natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos; 4 Críticas à teoria da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos: a compatibilização hermenêutica e a responsabilização do Estado infrator; 5 O direito à liberdade e a vedação da prisão civil por dívida; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A Constituição da República de 1988 possui um extenso rol de direitos fundamentais, que não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais de direitos humanos. A adoção pelo Supremo Tribunal Federal da tese da supralegalidade para os tratados de direitos humanos incorporados, antes da Emenda Constitucional 45/2004, gera contradições no sistema de controle de constitucionalidade e de convencionalidade concentrados no Supremo Tribunal Federal. Verifica-se a insuficiência das teses que visem uma solução fundada na hierarquia entre tratados internacionais de direitos humanos, sejam elas de incorporação destes ao ordenamento jurídico interno com nível de lei ordinária ou supra legal. Tais teses são inúteis para afastar a responsabilidade internacional do Brasil pelo descumprimento do tratado. Por outro lado, fragilizam a proteção internacional do cidadão brasileiro contra as infrações cometidas pelo próprio Estado em qualquer esfera federativa ou de poder: executivo, legislativo ou judiciário. Os tratados internacionais de direitos humanos, se reconhecidos como normas materialmente constitucionais, poderão conferir maior proteção ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A compatibilização entre os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988 deve ocorrer via hermenêutica constitucional, através da busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Direitos Humanos. Tratados internacionais. Supralegalidade. Hermenêutica constitucional. Controle de convencionalidade.

**ABSTRACT:** The Constitution of 1988 have an extensive bill of fundamental rights, that don't exclude others resulting from the regime or the founding principles and of the international treaties of human rights. The Federal Supreme court decided that the human rights treaties incorporated before de Constitucional Amendment 45/2004 has an special hierarchy, superior then the ordinary law, but below the Constitution. This theory founded in the rank of the international treaties of human rights is inadequate. Such theories are useless to move away the international responsibility of Brazil for the noncompliance of the treaty. On the other hand, this theory don't protect the Brazilian citizen's against the infractions committed by their own State in any federal level or power: executive, legislative or judiciary. The international treaties of human rights, if recognized as norms materially constitutional, could check larger protection to the human dignity. The compatibility between the international treaties of human rights and the Constitution should be solved by the interpretation, through the search of the maxim effectiveness of the fundamental rights.

**KEYWORDS:** Constitution. Human Rights Treaties. Hierarchy. Interpretation. Control of Conventionality.

## INTRODUÇÃO

A prisão civil por dívida do depositário infiel passou por grande reformulação no Brasil após o julgamento pela STF do RE nº 466.343.

A solução da questão exigiu um novo posicionamento do STF sobre a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, superando a jurisprudência majoritária do Tribunal a respeito do tema.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou no julgamento do RE 466.343 sobre a natureza jurídica supralegal dos tratados de direitos humanos anteriores a Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o §3º ao art. 5º da CR-88 prevendo uma possibilidade de incorporação formal, com nível constitucional destes tratados.

Verifica-se, contudo, que o grande avanço dos direitos humanos ocorreu após a Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1948. Assim, os mais importantes tratados internacionais de direitos humanos são anteriores a 2004, em especial o Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, que foi ratificado pela República Federativa do Brasil apenas em 1992.

No direito comparado, verifica-se uma abertura internacional das Constituições para os direitos humanos e, conseqüentemente, uma revisão das teorias da soberania do Estado e da supremacia da Constituição.

Pretende-se, neste trabalho, fazer uma análise da teoria da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, à luz da clausula materialmente aberta de direitos fundamentais e do princípio fundamental da prevalência dos direitos humanos previstos, respectivamente, no § 2º do art. 5º e no inciso II do art. 4º, ambos da Constituição da República de 1988.

### 1 A CLÁUSULA MATERIALMENTE ABERTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução histórica dos direitos humanos nos mostra um grande avanço na conquista de novos direitos ao longo do tempo. Os primeiros tratados de direitos humanos surgiram no início do século XX, com a criação da Organização Mundial do Trabalho – OIT, em 1919, visando à proteção internacional aos direitos dos trabalhadores.

Posteriormente às atrocidades da Segunda Guerra Mundial, foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU, em 1945, e aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Neste momento histórico, os Estados viram-se obrigados a construir uma normatividade internacional eficaz em que o respeito aos direitos humanos encontrasse

efetiva proteção<sup>1</sup>. A partir de então o direito internacional dos direitos humanos se solidifica, tornando-se um dos principais objetivos da sociedade internacional.

Enquanto os direitos fundamentais tem como fonte a Constituição de cada Estado Soberano, os direitos humanos tem como fonte os tratados internacionais. Verifica-se, contudo, que é muito comum a coincidência entre direitos humanos e direitos fundamentais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, foi elaborada num momento histórico de redemocratização do país que culminou com o reconhecimento de um extenso rol exemplificativo de direitos fundamentais.

A Constituição Cidadã estabeleceu um compromisso com a conquista de direitos inserindo em seu art. 5º, § 2º, uma cláusula aberta de direitos fundamentais, que garante que:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte

Não há, portanto, um rol taxativo de direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.

Para MAZZUOLI<sup>2</sup>, a Constituição da República de 1988 consagrou de forma inédita uma dupla fonte normativa para os direitos fundamentais em seu art. 5º, §2º: uma advinda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, inclusive os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados) e outra advinda do direito internacional, decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Neste contexto, importante reportar à diferenciação entre direitos fundamentais formais e materiais.

Os direitos fundamentais, em sentido formal, podem ser definidos como posições jurídicas da pessoa que, por decisão expressa do Poder Constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais em sentido material<sup>3</sup> são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.

1 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público*: parte geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 167.

2 MAZZUOLI, op.cit., p.95.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 88.

Em face de uma combinação de circunstâncias normativas, poderá haver normas sobre assunto tipicamente constitucional, como os direitos fundamentais, fora da Constituição<sup>4</sup>. Essa norma será apenas materialmente constitucional.

O alcance desta concepção aberta de direitos fundamentais consagrou a existência, dentre os direitos materialmente constitucionais de: direitos fundamentais não-escritos e de direitos fundamentais escritos fora do catálogo, com ou sem assento na Constituição.

Os direitos fundamentais não-escritos ou implícitos podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do catálogo, bem como no regime e nos princípios fundamentais de nossa Constituição. Destaca-se que a doutrina brasileira tradicionalmente admite a existência de direitos implícitos<sup>5</sup>.

Quanto aos direitos fundamentais escritos fora do rol não exaustivo do título II da Constituição da República de 1988, temos duas hipóteses: aqueles que tem assento constitucional, que são portanto também formalmente constitucionais, e aqueles que estão fora do texto constitucional, mas escritos em tratados internacionais ou em leis infraconstitucionais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é sensível à identificação de normas de direito fundamental fora do catálogo específico, colhendo-se precedentes em que a conceituação material mostrou-se relevante para o controle de constitucionalidade<sup>6</sup>.

Os direitos não rotulados expressamente como fundamentais podem ser assim considerados a depender da análise do objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A fundamentalidade decorre das posições jurídicas ligadas ao valor de dignidade humana<sup>7</sup>, afastando a disponibilidade do legislador ordinário. Assim, o § 2º do art. 5º da CRFB/88 afirma que a enumeração dos direitos não significa que outras posições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa estejam excluídas da proteção constitucional.

É possível, portanto afirmar que existem direitos fundamentais não enumerados no texto constitucional, sendo estes direitos materialmente constitucionais, pois tratam de um elemento essencial da Constituição.

As semelhanças entre direitos humanos e direitos fundamentais positivados na Constituição da República de 1988 deu origem a uma nova denominação: direitos humanos fundamentais<sup>8</sup>.

4 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60.

5 SARLET, op. cit, p.93.

6 MENDES, op.cit, p. 142.

7 MENDES, op.cit, p. 171.

8 MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral*. 8 ed. São Paulo: Atlas, p. 20, passim.

Afinal, a distinção elaborada pela doutrina germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais, é que esses últimos são os direitos humanos positivados nas Constituições e reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional. Os direitos fundamentais atípicos<sup>9</sup> são os direitos humanos ainda não declarados nos textos normativos.

A cláusula aberta de direitos fundamentais é uma importante válvula para a ampliação dos direitos fundamentais, viabilizando sua expansão e atualização do rol de direitos reconhecidos pelo Constituinte, perante as novas necessidades da sociedade brasileira<sup>10</sup>.

## 2 CONSTITUIÇÃO ABERTA AOS DIREITOS HUMANOS

A expansão<sup>11</sup> do direito internacional do século XXI e o fortalecimento de regras de conduta e meios de proteção direta do indivíduo reconfigurou a relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional e fez surgir um novo sentido de Constituição.

Na história moderna, as invenções técnico-científicas e a afirmação dos direitos humanos são dois grandes fatores de solidariedade humana. A solidariedade ética é fundada no respeito aos direitos humanos, estabelecendo as bases para a construção de uma cidadania mundial<sup>12</sup>, onde já não há relações de dominação individual ou coletiva.

A era pós-moderna é marcada pela exigência de inovações normativas para atender a finalidades ainda não satisfeitas do fenômeno da globalização<sup>13</sup>. No século XXI, o fenômeno da globalização e o extraordinário avanço tecnológico aceleraram a aproximação entre Estados, ampliando mercados, eliminando barreiras e redefinindo os conceitos básicos do Direito Internacional, até então baseado no poder soberano e na igualdade entre Estados, atores privilegiados e primários da sociedade internacional, repercutindo na crise dos valores tradicionais. Diante disto, a segurança jurídica tradicional e a dogmática da racionalidade perdem espaço.

9 COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57.

10 DOBROWOLSKI, Silvio. Direitos fundamentais – A cláusula de expansão do artigo 5, parágrafo 2 da Constituição de 1988. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.7, Belo Horizonte: Del Rey, p. 255, 2006.

11 RAMOS, Andre de Carvalho. A expansão do direito internacional e a Constituição Brasileira: Novos desafios. *Crise e Desafios da Constituição*, Belo Horizonte, Del Rey, p- 291-314, p. 291, 2004.

12 COMPARATO, op.cit., p. 38.

13 RAMOS, op. cit., p. 292-293.

A Constituição da República de 1988, segundo TRINDADE, citado por MENDES<sup>14</sup> aderiu à tendência do constitucionalismo contemporâneo, dispensando um tratamento privilegiado aos tratados de direitos humanos, tendência sintomática da centralidade dos valores humanos.

A complexidade e heterogeneidade do ordenamento jurídico interno e internacional sinalizam para a existência de pluralismo de ordenamentos superiores, que impõem a superação da pirâmide jurídica<sup>15</sup>. A existência de sistemas jurídicos modernos aponta para vários ordenamentos jurídicos concorrentes: o direito constitucional, que continua a reivindicar a primazia normativa e o direito comunitário que reclama o *status* de lei superior, inclusive em relação ao direito constitucional, os princípios gerais do direito e os *Bill of Rights*, nacionais e transnacionais.

O papel dos direitos, humanos e fundamentais, ganha relevo diante da abertura cada vez maior das Constituições às ordens jurídicas supranacionais de proteção da dignidade da pessoa humana. Ademais, a experiência de um Estado Constitucional Cooperativo, proposto por HABERLE, citado por MENDES<sup>16</sup>, exige uma disponibilidade para sair de si e se colocar como referência aos outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade internacional.

O princípio da abertura internacional<sup>17</sup>, expressamente previsto na Constituição Portuguesa, pressupõe a abertura da Constituição que deixa de ter pretensão de fornecer um esquema regulativo exclusivo e totalizante assente em um poder estatal soberano para aceitar os quadros ordenadores da comunidade internacional. Esta abertura internacional significa ainda a afirmação do direito internacional como direito do próprio país e o reconhecimento de que alguns de seus princípios ou regras, como medida de justiça, vinculam a própria ordem jurídica interna.

A abertura institucional às ordens supranacionais está consagrada em outros textos constitucionais de Estados que compõem a União Europeia, como a Lei Fundamental de Bohn, a Constituição Italiana e a Espanhola, dentre outros. Vários países latino-americanos inseriram conceitos da supranacionalidade<sup>18</sup> em suas Constituições, reservando aos tratados internacionais de direitos humanos um lugar especial no ordenamento jurídico, por vezes reconhecendo seu valor normativo constitucional. Destacam-se as Constituições do Paraguai, Argentina e Uruguai.

14 MENDES, op.cit, p. 604.

15 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.151.

16 MENDES, op.cit, p. 596.

17 CANOTILHO, op. cit., p. 369.

18 MENDES, op. cit, p. 598.

As normas constitucionais que fazem referência genérica à integração econômica, à proteção do meio ambiente e aos direitos humanos são apreendidas como cláusulas constitucionais abertas de compatibilização com os mandamentos internacionais<sup>19</sup>, ou seja, que possibilitam a compatibilidade entre o direito constitucional brasileiro em face do Direito Internacional.

A tese de equiparação dos direitos humanos, localizados em tratados internacionais, com os direitos fundamentais, com sede na Constituição formal, se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional<sup>20</sup>. Desta forma, uma concepção materialmente aberta de direitos fundamentais é pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, como resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e dos direitos humanos previstos em tratados internacionais.

Para HARBELE, citado por MENDES<sup>21</sup> a perspectiva de cooperação internacional entre Estados, através da criação de mecanismos para a coexistência pacífica, estão produzindo reflexos no âmbito do direito constitucional, induzindo a tendências de enfraquecimento dos limites entre direito interno e externo e gerando uma prevalência do direito comunitário sobre o direito interno.

Existem, contudo, limites à abertura internacional<sup>22</sup> uma vez que as relações internacionais devem assentar em princípios intrinsecamente justos, como a independência nacional, igualdade entre os estados, solução pacífica de conflitos internacionais e progresso da humanidade.

Interessante notar que estes mesmos princípios apontados por CANOTILHO, como limites à abertura internacional da Constituição Portuguesa, regulam as relações internacionais da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 4º:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I- Independência nacional;
- II- Prevalência dos direitos humanos;
- III- Autodeterminação dos povos;
- IV- Não-intervenção;
- V- Igualdade entre os Estados;

19 RAMOS, op. cit., p. 314.

20 SARLET, op. cit., p. 136.

21 MENDES, op. cit., p. 596.

22 CANOTILHO, op. cit., p. 370.

- VI- Defesa da paz;
- VII- Solução pacífica dos conflitos;
- VIII- Repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX- Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade
- X- Concessão de asilo político.<sup>23</sup>

Ainda a respeito do direito comunitário europeu ressalta o doutrinador português a existência de previsão no art. 5º do Tratado da União Europeia do princípio da interpretação do direito interno em conformidade com o direito comunitário. Esta regra hermenêutica exprime o dever dos órgãos de aplicação do direito, sobretudo os juízes, de interpretarem o direito nacional em conformidade com o direito comunitário<sup>24</sup>. Por outro lado, o princípio da subsidiariedade é apontado como limite à interferência do direito internacional nas questões internas de cada Estado soberano. Devendo, ocorrer a intervenção internacional somente quando houver falha dos mecanismos internos de efetivação dos direitos humanos fundamentais.

### 3 NATUREZA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O avanço do direito internacional dos direitos humanos, com a adoção de inúmeros tratados, globais ou regionais, gerou grande divergência doutrinária a respeito da sua natureza jurídica.

A divergência doutrinária se apresenta especialmente quanto à natureza jurídica dos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil antes da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu o §3º ao art. 5º da CRFB/88<sup>25</sup>.

Verifica-se que a reforma constitucional instituiu procedimento formal para a incorporação dos tratados de direitos humanos com nível hierárquico constitucional, colocando fim a controvérsia quanto ao status normativo dos tratados incorporados após a sua vigência.

Os tratados internacionais de direitos humanos tiveram grande expansão após o fim da 2ª Guerra Mundial. Assim, os principais tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil são anteriores a EC 45/2004, podendo-se citar: em especial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, assinada em 1966 e em vigor internacional em 1978.

23 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 de abr. 2015.

24 CANOTILHO, op. cit., p.1227.

25 BRASIL, op. cit, p. s/n.

A ratificação pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 49, I da CRFB/88<sup>26</sup>, ocorreu no Brasil apenas em 1992, com a publicação do Decreto n° 591<sup>27</sup>, portanto após a promulgação da Constituição da República de 1988.

Quanto aos tratados internacionais assumidos anteriormente, o § 3° do art. 5° não faz qualquer ressalva, o que levou MAZUOLLI<sup>28</sup> a concluir pelo efeito *ex nunc* do dispositivo, afastando sua abrangência das situações pretéritas.

Para renomados doutrinadores brasileiros, como PIOVESAM e TRINDADE, citados por MAZUOLLI<sup>29</sup>, a cláusula aberta de direitos fundamentais, prevista no § 2° do art. 5°, é suficiente para o reconhecimento da natureza constitucional dos direitos humanos, previstos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Verifica-se, contudo, que mesmo a jurisprudência mais atualizada do Supremo Tribunal Federal adota posição divergente.

A jurisprudência clássica do Supremo Tribunal Federal, que remonta ao julgamento do RE n° 80.004, em 1977, dispõe sobre o status normativo de lei ordinária dos tratados internacionais, sem diferenciá-los entre tratados comuns ou de direitos humanos. Adotou-se assim, o sistema paritário, passando o tratado, após formalizado, a ter força de lei ordinária, podendo, por isso, revogar as disposições em contrário, ou ser revogado por lei posterior<sup>30</sup>.

A virada hermenêutica ocorreu após o julgamento do RE n° 466.343/SP, em que se discutiu o conflito entre normas constitucionais e o Pacto de San Jose da Costa Rica.

No julgamento foram apresentadas duas posições divergentes<sup>31</sup>: a do Ministro Celso Mello, que conferia natureza constitucional ao tratado por força do § 2° do art. 5° da Constituição da República de 1988 e a do

26 BRASIL, op. cit., p. s/n.

27 BRASIL. *Decreto n° 591, de 06 de julho de 1992, Atos Internacionais*. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Presidência da República. Brasília

28 MAZZUOLI, op. cit., p. 106-108.

29 MAZZUOLI, op. cit., p. 104.

30 MAZZUOLI, op. cit., p. 86.

31 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ementa: Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5°, inc. LXVII e §§ 1°, 2° e 3°, da CF, à luz do art. 7°, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n° 349.703 e dos HCs n° 87.585 e n° 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Acórdão em recurso extraordinário n. 466343/SP. Banco Bradesco S/A e Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe, 05 jun, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 27 abr. 2015.*

Ministro Gilmar Mendes que entendia ter o tratado internacional hierarquia superior a legislação infraconstitucional, mantendo-se, contudo, a sua submissão a Constituição.

O caráter supralegal dos diplomas normativos internacionais, segundo MENDES<sup>32</sup> tem um efeito paralisante sobre a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja esta anterior ou posterior a sua ratificação.

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, §3º da Constituição, tal como definido pela EC 45/2004, conferindo-lhes, posteriormente, status de emenda constitucional.

Verifica-se, contudo, que a adoção da tese da supralegalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a despeito de representar uma grande evolução da doutrina tradicional daquele Tribunal, recebeu duras críticas da doutrina.

4- Críticas à teoria da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos: a compatibilização hermenêutica e a responsabilização do Estado infrator.

A adoção da tese da supralegalidade - para os tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004- é justificada pela doutrina tradicional do direito constitucional, que reconhece a supremacia da Constituição como um importante instrumento de limitação do poder político de um Estado Soberano.

Esta tese, contudo, não leva em consideração que eventual conflito entre normas constitucionais e internacionais não devem ser resolvidas de maneira formal, adotando-se a lógica da hierarquia. A solução de conflitos deveria observar em especial a compatibilização material entre direitos humanos e direitos fundamentais, visando à proteção integral da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se que mesmo no caso da incorporação de tratados com equivalência a norma constitucional, nos termos do § 3º do art. 5º, havendo contrariedade com o texto originário da Constituição da República de 1988, poderá ser arguida a inconstitucionalidade do tratado, na qualidade de norma constitucional secundária.

Para MAZZUOLI<sup>33</sup>, atribuir aos tratados equivalência de emenda produz, além do status de norma constitucional formal, outros três importantes efeitos: eles passarão a reformar a Constituição, a despeito

32 MENDES, op. cit., p. 605.

33 MAZZUOLI, op. cit., p. 109.

de não serem incorporados ao seu texto; eles não poderão ser denunciados, podendo o Presidente da República ser responsabilizado em caso de descumprimento; serão paradigma para o controle concentrado de convencionalidade, sendo possível a utilização das ações do controle concentrado para invalidar normas infraconstitucionais que violem os tratados internalizados com quorum qualificado no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal exige que o controle concentrado das leis tenha como parâmetro as normas constitucionais, incluídos, portanto, apenas os tratados internacionais equivalentes à emenda.

O controle de convencionalidade<sup>34</sup> das leis é o processo de compatibilização vertical, destacando-se a compatibilidade material entre as normas de direito interno e as convenções internacionais de direitos humanos.

Os tratados de direitos humanos, incorporados sem observar o rito do § 3º do art. 5º, não poderão ser utilizados para fins de controle concentrado de constitucionalidade, mas apenas para o controle de convencionalidade difuso.

Para SARLET<sup>35</sup>, a duplicidade de regimes, criada pelo Supremo Tribunal Federal, com a hierarquia supralegal dos tratados anteriores à Emenda 45/2004, coloca o controle de convencionalidade em condição subalterna em relação ao controle de constitucionalidade.

Por fim, admitir que os tratados de direitos humanos são incorporados com nível constitucional material, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição da República de 1988, fazendo portanto parte do bloco de constitucionalidade, permite que o STF os utilize como parâmetro para o controle concentrado de constitucionalidade e controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais.

Percebe-se que a solução hierárquica proposta pelo Supremo Tribunal Federal ao adotar a tese da supralegalidade, não é a melhor alternativa, segundo SARLET<sup>36</sup>. Ao refutar a tese da paridade entre normas constitucionais e tratados de direitos humanos, gerou-se uma grave contradição, pois, em que pese a argumentação de que o art. 5º, LXVII da Constituição da República de 1998 não teria sido revogado pelo Pacto de San José da Costa Rica, não se pode negar que houve uma derrogação informal do permissivo constitucional expresso.

A opção pela tese da supralegalidade ou o nível de emenda constitucional, previsto no § 3º do art. 5º da CRFB/88, não permite antever

34 MAZZUOLI, op. cit., p. 114.

35 SARLET, Ingo Wolfgang. *Controle de convencionalidade dos tratados internacionais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controlado-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

36 SARLET, 2015, op. cit, p. s/n.

uma solução para o conflito entre norma constitucional e um tratado de direitos humanos. Ressaltando-se que a opção por uma interpretação clássica ligada a supremacia da Constituição não livrará o Estado Brasileiro da responsabilização internacional.

O operador do Direito deve sempre interpretar a Constituição e os tratados de direitos humanos em harmonia, evitando a concretização da responsabilidade internacional do Estado Brasileiro. Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos a legislação nacional, inclusive a norma constitucional, não pode ser invocada para justificar o descumprimento de um tratado internacional, que deve ser cumprido de boa-fé pelo Estado Brasileiro, sendo ainda irrelevante qual de seus entes internos ou Poderes foi o agente causador do dano<sup>37</sup>.

O caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, conforme disposto no § 2º do art. 5º da Constituição da República, coloca-os em posição de paridade com os direitos fundamentais constitucionais, impondo-se uma aplicação adequada do conceito material de direitos fundamentais, com a necessária harmonização entre os direitos revelados pelo intérprete e a sistemática da Constituição. Em caso de conflito entre direitos fundamentais oriundos de fontes normativas diferentes, a solução não poderá ser do tudo ou nada, sacrificando-se um dos direitos em rota de colisão. Segundo SARLET<sup>38</sup>, deve-se fazer uso da hermenêutica constitucional, ponderando-se os valores em pauta, à luz do princípio da concordância prática e da proporcionalidade, para fins de conciliar os direitos humanos consagrados em normas internacionais e os direitos fundamentais constitucionais.

Destaca-se que o Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, pelo Decreto Legislativo nº 89/ 1988, tendo sido esta declaração depositada junto à Secretaria-Geral de Organização dos Estados Americanos em 10 de dezembro de 1988, sendo promulgada pelo Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002<sup>39</sup>.

Assim o Brasil aceitou que um órgão internacional passe a ser o intérprete definitivo dos direitos constantes na Convenção Americana de Direitos Humanos. Os direitos humanos, a par de uma redação genérica e

37 RAMOS, op. cit., p. 307-308.

38 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 143.

39 BRASIL. *Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002*. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Presidência da República. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/decreto/2002/d4463.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto/2002/d4463.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

por isso sujeita a ponderação de interesses<sup>40</sup>, tem impacto direto na vida de qualquer brasileiro.

A respeito do direito comunitário europeu ressalta o doutrinador português CANOTILHO a existência de previsão no art. 5º do Tratado da União Europeia do princípio da interpretação do direito interno em conformidade com o direito comunitário<sup>41</sup>. Esta regra hermenêutica exprime o dever dos órgãos de aplicação do direito, sobretudo os juízes, de interpretarem o direito nacional em conformidade com o direito comunitário.

PIOVESAM, citada por SARLET<sup>42</sup> leciona que o art. 5º, § 2º da Constituição da República de 1988 deve ser interpretado da forma que se confira a sua maior realização, em razão do princípio hermenêutica da máxima efetividade das normas constitucionais. Neste sentido, deve-se conferir aos direitos fundamentais constantes dos tratados internacionais força jurídica equivalente a dos direitos fundamentais do catálogo.

Por outro lado, após a ratificação dos tratados internacionais, o Brasil tem a obrigação internacional de cumprimento dos mesmos em boa-fé, devendo zelar para que os atos do Poder Executivo, as decisões do Poder Judiciário e as normas constitucionais e legais, ou seja, todo o ordenamento jurídico seja compatível com o tratado. Assim, mesmo que a norma constitucional de um Estado seja internamente vista como norma suprema, do ponto de vista internacional isto é um mero fato, que acarretará a responsabilização internacional do Estado infrator por violar norma jurídica internacional<sup>43</sup>.

A construção do direito internacional dos direitos humanos aflora, no pós- segunda guerra, a partir da necessária proteção internacional da pessoa humana, reconhecendo-se o ser humano como um sujeito de direito internacional. O direito internacional feito pelos Estados e para os Estados começou a tratar da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado, único responsável reconhecido juridicamente. A responsabilização internacional do Estado ocorrerá sempre que internamente, os órgãos responsáveis não apresentarem respostas satisfatórias na proteção dos direitos humanos. A doutrina da soberania estatal absoluta sofreu um abalo dramático a partir da preocupação internacional em se efetiva os direitos humanos no plano

40 RAMOS, op. cit., p.297.

41 CANOTILHO, op. cit., p.1227.

42 SARLET, op. cit., p. 136.

43 RAMOS, op. cit., p. 302-303.

internacional, sujeitando os Estados às limitações decorrentes da proteção desses mesmos direitos<sup>44</sup>.

Conferir natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, muito mais do que agredir a soberania nacional, é reconhecer e salvaguardar os direitos inerentes a dignidade da pessoa humana. O Estado justamente exercita a sua soberania ao ratificar os tratados internacionais, incorporados posteriormente com a aprovação do Congresso Nacional<sup>45</sup>.

A proteção internacional dos direitos humanos é a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional para exigir dos agentes políticos do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia<sup>46</sup> das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

Não se pode perder de vista a clareza da opção pelo respeito aos compromissos internacionais na seara dos direitos humanos. Para RAMOS<sup>47</sup>, essa decisão foi tomada pelo Brasil em todas as suas manifestações diplomáticas do pós-Segunda Guerra e a ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos bem como o reconhecimento da jurisdição da Corte Internacional e do Tribunal Penal Internacional demonstram isso.

Finalmente, a adesão a tese da natureza constitucional dos tratados de direitos humanos permite a incidência do princípio da aplicabilidade direta destas normas pelos poderes públicos nacionais<sup>48</sup>, nos termos do art. 5º, § 1º da Constituição da República de 1988.

Na experiência do direito comparado, segundo MENDES<sup>49</sup> a Lei Fundamental Alemã consagra em seu art. 25 que o direito internacional é parte integrante do direito federal e prevalece sobre as leis, produzindo diretamente direitos e deveres aos habitantes do território nacional.

A identificação de um direito fundamental não enumerado, decorrentes da cláusula aberta prevista no § 2º do art. 5º da Constituição da República de 1988, permite ao poder público, sua aplicação direta, nos termos do § 1º do mesmo artigo. Se não for possível a aplicação direta, estará viabilizada a utilização de garantias constitucionais como: o mandado

44 MAZZUOLI, op. cit., p. 168-169.

45 RAMOS, op. cit., p. 313.

46 MENDES, op. cit., p. 597.

47 RAMOS, op. cit., p. 307.

48 SARLET, 2003, op. cit., p. 137.

49 MENDES, 2013, p. 601.

de segurança, o mandado de injunção e o habeas data. Para fins da prática jurisdicional, ressalta

DOBROWOLSKI<sup>50</sup> a importância da correta identificação dos direitos materialmente constitucionais, para permitir o correto endereçamento das ações ou de recursos para o Supremo Tribunal Federal, ao qual incumbe, precipuamente a guarda da Constituição e dos direitos dela decorrentes.

O jurisdicionado brasileiro, ao equiparar o tratado de direitos humanos à norma constitucional, passa a ter, na norma jurídica internacional e no acesso às jurisdições internacionais, um meio de proteção contra práticas locais socialmente injustas<sup>51</sup>.

Para COMPARATO<sup>52</sup> a tendência dominante é no sentido de considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Desta forma, foram inseridas em várias Constituições posteriores à 2ª Guerra, normas que declaram o nível constitucional dos direitos humanos reconhecidos na esfera internacional.

A Constituição da República de 1988 defende com ardor os direitos humanos e instituiu um Estado Democrático de Direito, que nunca poderá violar os direitos humanos internacionalmente protegidos de modo legítimo perante nossa ordem interna, ante a perfeita compatibilidade<sup>53</sup> entre a nossa Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Na Europa, segundo COMPARATO<sup>54</sup> a Lei Fundamental Alemã de 1949 dispõe em seu art. 25 sobre a prevalência das normas de direito internacional sobre a lei interna; a Constituição Portuguesa de 1976 determina que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Para MENDES<sup>55</sup>, podemos ainda relacionar o nível hierárquico constitucional dos tratados internacionais no art. 55 da Constituição Francesa de 1958 e no art. 28 da Constituição da Grécia de 1975, bem como no Reino Unido, onde o “European Communities Act” de 1972 atribuiu ao direito comunitário hierarquia superior em face das leis aprovadas pelo Parlamento inglês.

---

50 DOBROWOLSKI, op. cit., p. 237.

51 RAMOS, op. cit., p. 294.

52 COMPARATO, op. cit., p.61.

53 RAMOS, op. cit., p. 306.

54 COMPARATO, op. cit., p.61.

55 MENDES, op. cit., p.601.

Na América Latina, as Constituições da Guatemala de 1985, da Nicarágua de 1987 e do Chile de 1989 integram as normas internacionais de direitos humanos ao direito interno em nível constitucional<sup>56</sup>.

No Brasil, a doutrina majoritária entende que os tratados de direitos humanos tem nível constitucional, com fundamento no § 2º do art. 5º da Constituição da República de 1988. Até mesmo a legislação infraconstitucional ressalta a vigência do princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito infraconstitucional, conforme previsão do art. 98 do Código Tributário Nacional.

Verifica-se que uma das justificativas para a adoção da tese da supralegalidade no voto proferido pelo Min. Gilmar MENDES no julgamento do RE nº 466.343/SP foi o receio de se ampliar os parâmetros para o controle de constitucionalidade através da incorporação dos tratados internacionais com nível constitucional.

Mas fico a imaginar a confusão, diria até a babel, que não podemos instaurar. Primeiro, com a pergunta sobre se determinado tratado é tratado de direitos humanos. E eu infelizmente não tenho a tranquilidade da Ministra Ellen Gracie, talvez até por não ter essa segurança quanto à feitura dessa distinção.

Por outro lado, teríamos que reconhecer que esses tratados passam a integrar o catálogo de normas constitucionais com todas as consequências, inclusive no que diz respeito a controle de constitucionalidade abstrato, onde impera o princípio da causa petendi aberta, com a necessidade de aplicação dessas normas sempre que houver necessidade. Portanto, estamos aqui realmente num contexto muito específico e que pode provocar uma grave, gravíssima insegurança jurídica.<sup>57</sup>

Com todo o respeito ao Ministro, trata-se de mais um exemplo de jurisprudência defensiva adotada pelos Tribunais Superiores, preocupados em esvaziar suas lotadas pautas, ante ao excesso de demandas judiciais, inclusive no controle concentrado de constitucionalidade.

<sup>56</sup> COMPARATO, op. cit., p.61.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ementa*: Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Acórdão em recurso extraordinário n. 466343/SP. Banco Bradesco S/A e Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe, 05 jun, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

## 5 O DIREITO À LIBERDADE E A VEDAÇÃO DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA

O art. 5º, LXVII da CRFB/88 prescreve que não haverá prisão civil por dívida, excepcionando o direito à liberdade apenas em caso de prisão por inadimplemento, voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, e a do depositário infiel.<sup>58</sup>

A prisão civil diferencia-se da prisão penal, na medida em que consubstancia uma resposta estatal à prática de infração penal, mas antes corresponde a um meio processual reforçado de coerção do inadimplente, posto à disposição do Estado para a execução de um crédito<sup>59</sup>. Trata-se de uma opção processual de compelir o devedor a cumprir obrigação contraída, persuadindo-o da ineficácia de qualquer tentativa de resistência quanto à execução do débito.

O sopesamento de valores constitucionais do direito à liberdade nos leva a constatação de que este direito possui uma enorme carga de dignidade da pessoa humana. Por outro lado, deve-se verificar que a restrição ao direito de liberdade é a prisão, que no âmbito civil, deve ser admitido excepcionalmente, para casos em que o direito em conflito tenha carga superior ou semelhante de dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, o caso da vida do credor dos alimentos.

A proibição da prisão civil é um princípio adotado em todos os países cujos sistemas constitucionais são construídos em torno do valor da dignidade humana, constando expressamente de diversos textos constitucionais e em tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Há um consenso de valores a respeito da desproporcionalidade da restrição da liberdade do indivíduo como meio de coerção ao pagamento da dívida enquanto existem outros meios menos gravosos para compelir o devedor à quitação adequada do débito, como a execução civil. Cumpre assim o princípio implícito da proporcionalidade<sup>60</sup> um papel relevante na verificação da legitimidade constitucional das intervenções na esfera de liberdade individual.

O direito à liberdade é um direito de primeira dimensão, exigindo-se, portanto a abstenção do Estado para sua efetivação.

A vedação da prisão civil do depositário infiel se mostra compatível com a Constituição cidadã, que veda em suas cláusulas pétreas apenas a

---

58 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

59 MENDES, op. cit., p. 578.

60 MENDES, op. cit., p. 579

abolição de direitos fundamentais e o direito fundamental em questão é a liberdade, tendo o Pacto de San Jose da Costa Rica ampliado este direito através da vedação da prisão civil do depositário infiel.

Neste sentido, o §4º do art. 60 da Constituição da República não impede a conquista de novos direitos fundamentais, mas apenas o retrocesso em relação aos direitos já reconhecidos na carta constitucional.

Verifica-se que existe apenas um conflito aparente entre a norma constitucional e o tratado de direitos humanos, uma vez que ambos visam proteger a dignidade da pessoa humana, sendo que este último amplia ainda mais a proteção do indivíduo contra a prisão civil que tem cunho patrimonial.

Estamos, portanto diante de um direito fundamental com âmbito de proteção estritamente normativo, cabendo ao legislador regulamentar as hipóteses em que poderão ocorrer as exceções expressamente previstas no texto constitucional. A inexistência de reserva legal expressa não confere ao legislador carta branca para definir livremente o conteúdo deste direito, não havendo dúvidas de que existe um núcleo ou conteúdo mínimo definido constitucionalmente<sup>61</sup>.

A ponderação de valores entre liberdade e o direito de crédito não se aplica à prisão civil por dívida do depositário infiel, tendo em vista a relação eminentemente patrimonial do depósito, qualquer que seja sua modalidade.

A proteção da dignidade da pessoa humana prevista como princípio fundamental da República Federativa do Brasil é ampliada através da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos. Eventuais conflitos entre o direito interno e o direito internacional deverão ser resolvidos pela compatibilização material destas normas via da hermenêutica constitucional, sendo insuficientes as teorias que visam reduzir a questão ao aspecto formal de hierarquia normativa.

## 6 CONCLUSÃO

O grande avanço dos tratados internacionais de direitos humanos ocorreu a partir de 1948, com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Diversos tratados internacionais foram ratificados pela República Federativa do Brasil e incorporados ao ordenamento jurídico interno antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, dentre eles o Pacto de San Jose da Costa Rica.

61 MENDES, op. cit., p. 584.

A Constituição da República de 1988 possui um extenso rol de direitos fundamentais, que não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais de direitos humanos.

Os tratados internacionais de direitos humanos, se reconhecidos como normas materialmente constitucionais, poderão conferir maior proteção ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A adoção da tese da supralegalidade para os tratados de direitos humanos incorporados sem quorum qualificado gera contradições no sistema de controle de constitucionalidade e de convencionalidade concentrados no Supremo Tribunal Federal

A compatibilização entre os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988 deve ocorrer via hermenêutica constitucional, através da busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Verifica-se a insuficiência das teses que visem uma solução fundada na hierarquia entre tratados internacionais de direitos humanos, sejam elas de incorporação destes ao ordenamento jurídico interno com nível de lei ordinária ou supra legal.

Tais teses são inúteis para afastar a responsabilidade internacional do Brasil pelo descumprimento do tratado. Por outro lado, fragilizam a proteção internacional do cidadão brasileiro contra as infrações cometidas pelo próprio Estado em qualquer esfera federativa ou de poder: executivo, legislativo ou judiciário.

Os tratados internacionais de direitos humanos poderiam ser utilizados como parâmetro para o controle concentrado de constitucionalidade, ao passo em que seu caráter supralegal reduz sua utilização para fins de controle de convencionalidade difuso.

Finalmente, o reconhecimento da natureza constitucional do tratado internacional de direito humano permite a aplicação imediata destas normas, com fulcro no § 1º do art. 5º da Constituição da República de 1988, bem como a utilização das ações constitucionais de garantia aos direitos fundamentais.

É necessária a revisão das teorias soberania estatal e da supremacia da Constituição, para fins de superação de paradigmas e a construção de um novo modelo de proteção do indivíduo num sistema jurídico interno e internacional que se complementam para a efetivação dos direitos humanos fundamentais, que tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana.

**REFERÊNCIA**

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992*, Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Presidência da República. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002*. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Presidência da República. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4463.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm)>. Acesso em: 27 de abr. 2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ementa: Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Acórdão em recurso extraordinário n. 466343/SP. Banco Bradesco S/A e Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe, 05 jun, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 27 de abr. 2015.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOBROWOLSKI, Silvio. *Direitos fundamentais – A cláusula de expansão do artigo 5, parágrafo 2 da Constituição de 1988*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n.7, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAGALHAES, Juliana Neuenschwander. Paradoxos da democracia: a soberania dos direitos humanos. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 6, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*: teoria geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RAMOS, Andre de Carvalho. A expansão do direito internacional e a Constituição Brasileira: Novos desafios. *Crise e Desafios da Constituição*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Controle de convencionalidade dos tratados internacionais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controlado-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Prisão do depositário infiel e o “controle de convencionalidade”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/direitos-fundamentais-prisao-civil-depositario-infiel-controlado-convencionalidade>>. Acesso em: 27 de abr. 2015.

---

O DIREITO À SAÚDE DOS ESTRANGEIROS  
QUE NECESSITAM DE PROTEÇÃO: A  
APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL NA  
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E NA CONVENÇÃO  
EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

---

*THE RIGHT TO HEALTH OF FOREIGNERS IN NEED  
OF PROTECTION: IMPLEMENTING CASE LAW IN THE  
BRAZILIAN LAW AND IN THE EUROPEAN CONVENTION ON  
HUMAN RIGHTS.*

*Tatiana Meinhart Hahn  
Especialista em Direito Público  
MBA em Comércio e Relações Internacionais  
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os estrangeiros que necessitam de proteção na Convenção Europeia de Direitos Humanos e na legislação brasileira; 2 O direito à saúde aos estrangeiros no Brasil e na Convenção Europeia De Direitos Humanos; 3 A aplicação do direito à saúde aos estrangeiros pelos Tribunais Brasileiros; 4 A aplicação do direito à saúde aos estrangeiros pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos; 5 Breves linhas sobre o direito à saúde como direito social e como direito fundamental; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A preocupação com o acesso a serviços públicos e direitos sociais dos imigrantes é tema necessário diante da crise humanitária atual. O presente estudo aborda os pontos que envolvem a aplicação e a proteção do direito à saúde de estrangeiros no Brasil e na União Europeia, no contexto da Convenção Europeia de Direitos Humanos e na legislação brasileira. Para isso, inicia-se pontuando a diferenciação dos grupos de estrangeiros (asilados, refugiados, estrangeiros irregulares) para as legislações brasileira e europeia. Depois, cita-se a jurisprudência sobre o direito à saúde dos estrangeiros nos Tribunais Brasileiros e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Ao fim, aborda-se o direito à saúde enquanto direito social e direito fundamental.

**ABSTRACT:** The concern with access to public services and social rights of immigrants is necessary issue seeing the current humanitarian crisis. This study analyzes the points about the health rights protection and enforcement to foreigners in the context of the European Convention Human Rights and the Brazilian law. Thereunto, the text begins punctuating the differences between groups of foreigners (asylees, refugees, irregular foreigners) to the Brazilian and European law. After, quoted the case law on right to health of foreigners in Brazilian courts and the European Court of Human Rights. Finally, it addresses the right of health while social right and fundamental right.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à saúde. Estrangeiros. Jurisprudência. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Legislação brasileira.

**KEYWORDS:** Right to wealth. Case law. Foreigner. European Convention on Human Rights. Brazilian law.

## INTRODUÇÃO

A preocupação com o fluxo migratório está, desde os primeiros movimentos, mais associada a questões políticas, religiosas e econômicas do que aos enfrentamentos decorrentes do recebimento de estrangeiros.

O tratamento conferido pelos países de destino desses imigrantes possui relevantes reflexos de ordem política e pública, os quais, contudo, não podem prescindir a dimensão dos direitos humanos.

No caso do direito saúde, observa-se um tratamento jurídico casuístico, diante das diferentes facetas de sua aplicação e dos serviços dele decorrentes.

Segundo o Alto-Comissário das Nações Unidas para os Refugiados, o cenário internacional presencia a maior crise humanitária desde a Segunda Guerra Mundial<sup>1</sup>, as quais trazem fortes repercussões tanto no Brasil<sup>2</sup> quanto na União Europeia.

Nesse contexto, o estudo de casos enfrentados no Brasil e na União Europeia não é aleatória. Antes fruto do crescente e histórico número de imigrantes recebidos por esses dois espaços do globo nos anos de 2015 e 2016.

Sendo assim, com o intuito de direcionar a visão nesse estudo por categorias dos estrangeiros, adota-se a divisão sugerida<sup>3</sup> do Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração<sup>4</sup>. Tem-se, pois, na categoria dos estrangeiros que necessitam de proteção e objeto desse estudo, os requerentes de asilo, os refugiados, os estrangeiros beneficiários de proteção subsidiária, além dos imigrantes irregulares.

A partir dessas divisões expor-se-á as regras principais de aplicação do direito à saúde no Brasil e na Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como alguns casos já enfrentados nos Tribunais Brasileiros e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com o fito de demonstrar as soluções jurídicas adotadas nessas duas realidades à questão.

1 O relatório denominado "Global Trends", do Alto-Comissário das Nações Unidas para Refugiados (UNHCR- The Refugee Agency), divulgou, em 2015, um deslocamento forçado mundial de 65,3 milhões de pessoas, em virtude de guerras e conflitos até o final de 2015. Tal proporção aponta um aumento de quase 10% se comparado com o total de 59,5 milhões registrado em 2014. É o primeiro registro histórico de uma movimentação superior a 60 milhões de pessoas. No final de 2005, o ACNUR registrou uma média de 6 pessoas deslocadas a cada minuto. Hoje, esse número é de 24 por minuto. Recomenda-se a leitura do UNHCR – Global Trends. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/576408cd7>>. Acesso em: 13 set. 2016.

2 Recomenda-se a leitura do relatório anual do Ministério da Justiça, no que tange aos refugiados, bem como sobre a atuação do Comitê Nacional para Refugiados, com números atualizados no relatório, pela Polícia Federal, até 21 de março de 2016.

3 O Manual separa os estrangeiros entre as seguintes categorias: a) pessoas com direitos derivados das disposições da União Europeia em matéria de livre circulação; b) pessoas com direitos derivados de acordos internacionais; c) imigrantes a curto e longo prazo; d) pessoas que necessitam de proteção e; e) migrantes em situação irregular, sendo essas duas últimas categorias fonte de estudo desse artigo.

4 Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration. European Union Agency for Fundamental Rights, 2015. Council of Europe, 2015.

## 1 OS ESTRANGEIROS QUE NECESSITAM DE PROTEÇÃO NA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Em que pese não seja objetivo desse artigo relacionar e nem classificar os estrangeiros que ingressam nos territórios do Brasil e da União Europeia, a categoria conferida por essas legislações está intrinsecamente vinculada ao alcance aos serviços de saúde e, conseqüentemente, ao estudo da aplicação jurisprudencial nesses dois ordenamentos jurídicos.

Francisco Rezek, conceitualmente, afirma<sup>5</sup> que a população de um Estado (elemento constitutivo ao lado de território e governo) é o conjunto das pessoas instaladas em caráter permanente sobre o seu território, sendo uma vasta maioria de nacionais, e um contingente minoritário, em proporção variável, conforme o país, de estrangeiros residentes. Logo, segundo o autor, um Estado não poderia privar-se da dimensão pessoal sem estabelecer distinções entre seus nacionais<sup>67</sup> e os estrangeiros.

Por outro lado, tal distinção no direito internacional público e no direito interno dos Estados vêm perdendo força ao equiparar o estatuto jurídico do estrangeiro ao nacional, notadamente diante da noção de universalidade dos direitos humanos<sup>8</sup>.

Como referido na parte introdutória deste texto, o estudo volta-se à aplicação do direito à saúde aos estrangeiros que necessitam de proteção e àqueles que ingressam no território nacional irregularmente. Os estrangeiros que necessitam de proteção são os refugiados, os requerentes de asilos, os beneficiários de proteção subsidiária e as vítimas de tráfico de

---

5 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.179-181.

6 Interesse nesse ponto é observar a garantia aos Estados e à proteção de sua dimensão pessoal, tanto que a própria CEDH não prevê o direito à aquisição da cidadania de um Estado, como já julgou a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, no caso Família K. e W. c. Países Baixos (dec.), nº 11278/84, de 1 de julho de 1985. De qualquer forma, deve-se considerar o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) já entendeu que a recusa arbitrária da cidadania pode gerar incompatibilidade com o artigo 8º da CEDH, caso seja comprovado o impacto da recusa na vida privada do estrangeiro. Vide os casos do TEDH, Karashev c. Finlândia (dec.), nº 31414/96, de 12 de janeiro de 1999, o caso Slivenko c. Letônia [GS], nº 48321/99, 9 de outubro de 2003 e o caso TEDH, Kuduzovic c. Eslovênia (dec.), nº 60723/00, de 17 de março de 2005.

7 Deve-se chamar a atenção aos diversos tratados internacionais realizados pela União Europeia em matéria de circulação de pessoas. De modo que, parte da legislação europeia não se destina apenas aos cidadãos europeus, mas também às várias categorias de nacionais vizinhos ao bloco comunitário, como é o caso dos cidadãos turcos, os quais usufruem de posição privilegiada no quadro do direito da UE, em razão do Acordo de Ancara celebrado com a Turquia em 1963. Nesse ponto, recomenda-se a leitura sintética no Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração a partir da fl.18, bem como do Capítulo 8.

8 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p.281.

seres humanos. Daí ser importante primeiro ter mente alguns conceitos base adotados tanto na União Europeia<sup>9</sup> quanto no Brasil.

A história aponta os primeiros refugiados ao tempo dos grandes impérios do Oriente Médio, como o Babilônico e o Assírio. Hoje está relacionada à necessidade de um cidadão abandonar sua residência habitual e de, segundo a Convenção das Nações Unidas de 1951<sup>10</sup> relativa ao Estatuto dos Refugiados<sup>11</sup>, abrigar uma 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 em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

O refugiado busca por um novo Estado para preservar suas liberdades e sua própria vida, diferentemente dos migrantes, sobretudo os migrantes econômicos, que procuram outros países em vista de melhores perspectivas econômicas para si e seus familiares. Os refugiados receberão proteção

---

9 Em linhas gerais, pode-se afirmar que a União Europeia, a par do histórico vivenciado no pós Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se a partir de três organizações internacionais criadas na década de 1950 voltadas às ações em torno da energia, da segurança e do comércio livre, denominadas Comunidades Europeias. Esta foi uma fase inicial de livre circulação de mercadorias, capitais, pessoas e serviços. Em 1968, houve o primeiro regulamento sobre a livre circulação de trabalhadores, dando início ao incentivo de fluxo migratório entre os países europeus, de modo a reconhecer que os trabalhadores devem não só ter liberdade de circulação, mas também a possibilidade de se fazerem acompanhar pelos membros da sua família, independentemente da nacionalidade destes. Percebeu-se, então, a urgência de criar mecanismos jurídicos de atendimento, o que conduziu a UE à complexa legislação conexa sobre a circulação dos direitos em matéria de segurança social, assistência social e cuidados de saúde, bem como às disposições relativas ao mútuo reconhecimento das qualificações nacionais. Em 1957, o Tratado de Roma, com alterações sucessivas, tratou de questões afetas à migração, até o Tratado de Amsterdã. Este tratado conferiu à UE novas competências no domínio das fronteiras, da imigração e do asilo, incluindo sobre os vistos e os regressos. Em 1993, o Tratado de Maastricht criou a cidadania europeia, baseada na posse da nacionalidade comum sem abdicar da sua de origem, como forma de estimular a liberdade de circulação dos cidadãos e dos membros da sua família, seja qual for a sua nacionalidade. Essa evolução comunitária culminou no Tratado de Lisboa (chamado também de Tratado Reformador), elaborado em 2007 e em vigor desde 1º de dezembro de 2009, o qual atribuiu à UE novas competências no tocante à forma de integração de nacionais de países terceiros.

10 A Convenção foi adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, após convocação pela Resolução n. 429, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. O texto entrou em vigor em 22 de abril de 1954.

11 Importante referir que o Alto-Comissário das Nações Unidas para os refugiados tem a incumbência de zelar a aplicação das convenções internacionais que assegurem a proteção dos refugiados.

internacional e mantêm esse benefício enquanto não for verificada uma verdadeira melhoria na situação no país de origem<sup>12</sup>.

Aqui importa distinguir-se conceitualmente o asilo e o refúgio. O asilo é uma instituição jurídica atrelada à soberania estatal, de tal forma que não há falar a um direito de asilo, na medida em que a sua concessão depende da vontade do Estado. Já o refúgio é figura prevista na Convenção de Genebra de 1951, a qual obriga os Estados signatários a não rechaçarem quem solicite abrigo em sua fronteira.

Sendo assim, o direito de asilo está tanto em tratados internacionais (gerais e específicos), como em normas internas e em normas de Direito Comunitário (quando a UE se reserva o domínio de regulamentar a livre circulação de pessoas por seu território, assim como o acesso aos Estados comunitários por meio das fronteiras com os Estados extracomunitários)<sup>13</sup>.

Embora possa se defender que a dicotomia entre os esses conceitos reduza a proteção das duas figuras e gere um desequilíbrio de tratamento, o asilo compreende a permissão de entrada e permanência no Estado, enquanto que o refúgio, proíbe a rejeição daquele que está sendo perseguido<sup>14</sup>.

No caso dos asilados, os documentos de análise inicial são a Convenção de Genebra de 1951 e o seu Protocolo de 1967, que tratam especificamente sobre os direitos dos refugiados. Neles está previsto o princípio da não repulsão, no sentido de que os refugiados não devem ser obrigados a regressar a um país onde têm motivos para recear perseguições. Além da Convenção, o artigo 18º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE<sup>15</sup> também consagrou o direito de asilo em nível europeu.

Ponto relevante é considerar que não há na CEDH uma disposição regulamentadora aos requerentes de asilo no período de tratamento

---

12 Segundo previsão dos artigos 11 e 16 da Diretiva Estatuto de Refugiado da União Europeia, quando há melhorias da situação de risco existente no país de origem do refugiado, é possível a cessação da proteção internacional, o que é previsto também nas cláusulas de cessação no artigo 1º, ponto C, da Convenção de Genebra de 1951. Vide o caso analisado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, Aydin Salahadin Abdulla e outros c. República Federal da Alemanha, de 2 de março de 2010.

13 BATISTA, Vanessa Oliveira. *União Europeia. Livre circulação de pessoas e direito ao asilo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 49.

14 *Ibid.*, p.52.

15 A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, elaborada em 07 de dezembro de 2000, não se confunde com a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). A Carta tem fiscalização e aplicação pelo Tribunal de Justiça Europeu e integra a estrutura de direito comunitário europeu, enquanto que a CEDH é aplicada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). De qualquer forma, têm-se que o direito da UE e a CEDH estão estreitamente interligados. E mais. O TJUE inspira-se na CEDH quando determina o âmbito da proteção dos direitos humanos pelo direito europeu. Como referido pelo Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração, a Carta dos Direitos Fundamentais reflete o alcance dos direitos previstos pela CEDH, embora não esteja limitada a esses direitos. Deste modo, é possível afirmar que o direito da UE evoluiu em grande medida em sintonia com a CEDH. Remetemos o leitor ao Manual de legislação europeia sobre asilo fronteiras e imigração. p. 22.

dos seus pedidos de proteção. Logo no texto da Convenção não há nada expressamente, em tese, que proíba um Estado de devolver, deportar ou extraditar o requerente de asilo<sup>16</sup>. Desta forma, o operador do direito deverá verificar as permissões de estadia do requerente de asilo no direito interno enquanto os respectivos pedidos são analisados.<sup>17</sup>

Outra hipótese, apenas a título de informação, é que no quadro do direito da UE, os artigos 12 e 17 da Diretiva Estatuto de Refugiado (com base no artigo 1º, ponto F, da Convenção de Genebra de 1951), há a previsão de excludentes da proteção internacional àqueles considerados que não fazem jus, como é o caso dos autores de crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade.

Desta forma, o cometimento de um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de ter sido admitido como refugiado, ou o cometimento de um ato contrário aos objetivos e princípios das Nações Unidas, acarreta na análise da cláusula de exclusão da proteção internacional. Consequentemente, as pessoas abrangidas pela cláusula de exclusão não serão consideradas refugiadas e nem mesmo terão direito à proteção subsidiária.

A chamada proteção subsidiária (*subsidiary protection*), outra hipótese, é aquela em que os estrangeiros que não atendem os requisitos à concessão de asilo e que não podem ser beneficiadas pelo status de refugiado, recebem proteção por estarem expostas a um risco real de sofrerem ofensas graves (condenação à pena de morte, pena de tortura ou à tratamento degradante ou resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno), na forma prevista no artigo 15<sup>18</sup>, da Diretiva do Estatuto do Refugiado.

Diferente é o caso dos imigrantes em situação irregular, os quais entram ou permanecem em um Estado sem autorização ou justificação jurídica, seja por um ingresso clandestino, seja pela fuga de um endereço obrigatório, ou pela impossibilidade de renovar uma autorização de residência no Estado que lhe conferiu um visto temporário.

Por fim, mas não menos importante, está o grupo de estrangeiros que precisam de proteção por serem vítimas do tráfico de seres humanos<sup>19</sup>.

16 *Ibid.*, p. 22.

17 O período de análise e tramitação confere, em verdade, situação instável ao requerente do asilo. Tanto que, a exemplo do que prevê o artigo 5º, nº 1, alínea f, da CEDH, é legal a detenção de requerente de asilo para impedir a entrada ilegal no território do Estado solicitado. Além disso, de acordo com o TEDH, o ingresso do estrangeiro será considerado ilegal até que seja formalmente autorizada pelas autoridades nacionais.

18 A proteção subsidiária prevista no artigo 15, alínea c, exige uma demonstração de que o estrangeiro requerente esteja afetado por elementos próprios da sua situação pessoal e/ou por uma violência indiscriminada.

19 Embora não seja conhecido o número exato de pessoas traficadas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estimava em 2012 que 20,9 milhões de pessoas eram vítimas de trabalho forçado globalmente, número

No ano de 2000<sup>20</sup>, foi elaborado o Protocolo de Tráfico, em complementação à Convenção contra o Crime Organizado Transnacional. Neste documento, encontra-se a definição jurídica<sup>21</sup> ao tráfico de seres humanos, no art. 3º, letra “a”, vejamos:

A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

O conceito demonstra a preocupação única de reprimir o tráfico de pessoas, independentemente de idade, raça, cor, gênero ou do consentimento da vítima<sup>22</sup>. Tal conceito decorre da evolução histórica observada nos documentos internacionais anteriores e da forte necessidade de proteger

---

que inclui as vítimas de tráfico de seres humanos para exploração laboral e sexual. Em 24 de novembro de 2014, foi publicado, em Viena, o Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), o qual reportou que, em cada três vítimas conhecidas de tráfico de pessoas, uma era criança, o que representou um aumento de 5% em comparação com o período 2007-2010. Desse grupo, as meninas são duas em cada grupo de três crianças. Divulgou-se, ainda que na rota de tráfico há pelo menos 152 países de origem e 124 países de destino afetados pelo tráfico de pessoas, e mais de 510 fluxos identificados no relatório de tráfico no mundo. Consultar: UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2014* (United Nations publication, Sales No. E.14.V.10). Disponível em: <<http://www.unodc.org/documents>>. Acesso em: 22 set. 2016.

- 20 A ONU organizou, em Palermo, uma reunião com mais de 80 países para assinatura Convenção contra o Crime Organizado Transnacional (*Convention Against Transnational Organised Crime*), composto por três protocolos, entre eles o chamado Protocolo de Tráfico ou Protocolo para Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças (*Protocol to Suppress, Prevent and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*).
- 21 No âmbito da União Europeia, os primeiros instrumentos legais sobre o tráfico de pessoas surgiram em 1904, em Paris, com o Acordo Internacional para Supressão do Tráfico de Escravas Brancas (*The International Agreement for the Suppression of White Slave Traffic*), seguido, em 1910, também em Paris, pela Convenção de Paris (*Paris Convention*). Já em 1921, foi elaborada a Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Meninas (*International Convention for the Suppression of Traffic in Women and Children*), na qual 28 países, em Genebra, decidiram ampliar a convenção anterior por meio da inclusão de crianças no conceito normativo e da eliminação da conotação racial.
- 22 Muito discutiu-se nas reuniões anteriores à elaboração do Protocolo sobre os pontos que abarcariam o conceito de tráfico de pessoas. Nessa linha, como se destacou o texto citado, o conceito incluiu o uso da coerção, da fraude ou de abuso de situação de vulnerabilidade com o fim a exploração. Assim, não se exigiu o consentimento ou não por parte da vítima. Igualmente incluiu no conceito o trabalho forçado, a escravatura ou práticas similares, ou a servidão em qualquer atividade. Outro ponto importante foi a abrangência do art. 3º do Protocolo aos deslocamentos realizados nessas mesmas condições para a remoção de órgãos humanos.

os direitos fundamentais das vítimas, como é o caso do direito à saúde, objeto central desse artigo.

Quanto ao ingresso de pessoas, deve-se considerar também que a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) impõe alguns limites ao exercício da soberania dos Estados quanto aos controles de entrada<sup>23</sup> e de permanência de cidadãos de outros Estados, conforme observa o seguinte trecho<sup>24</sup> do Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração:

[...]. Os cidadãos nacionais têm o direito de entrar no seu próprio país e os cidadãos da União gozam, ao abrigo do direito da União Europeia, do direito geral de entrada nos outros Estados-Membros. Além disso, como é explicado nos próximos parágrafos, tanto o direito da UE como a CEDH proíbem a não admissão nas fronteiras de pessoas em risco de sofrerem perseguição ou outras ofensas graves (princípio da não repulsão).

[...]

O acesso ao território por parte de cidadãos estrangeiros não se encontra expressamente regulamentado na CEDH, nem nela se especifica quem deve receber um visto. A jurisprudência do TEDH apenas impõe alguns limites ao direito dos Estados recusarem a entrada nas suas fronteiras, por exemplo quando tal recusa constitua um ato de repulsão. A jurisprudência pode, em algumas circunstâncias, exigir que os Estados autorizem a entrada de uma pessoa quando essa entrada for uma condição prévia para que ela possa exercer certos direitos da Convenção.

Sob o aspecto da aplicação jurídica territorial, certo é que o ingresso dos estrangeiros nos Estados é o primeiro momento em que este sinaliza às autoridades estatais as razões da saída do país de origem, fato esse determinante ao quanto será acessível ou não os direitos e serviços próprios dos nacionais daquele Estado.

Justamente nesse ponto que, no caso dos países europeus, percebeu-se a tentativa dos Estados em argumentarem que as zonas de trânsito não estariam abrangidas pela sua jurisdição, tampouco aos seus serviços

23 Em 1985, o Acordo de Schengen modificou a forma de controle das fronteiras internas dos Estados-Membros da UE. Até que em 1995 foi criado um sistema complexo de aplicação do controle de fronteiras, quando passou a ser regulamentado o acesso ao chamado Espaço Schengen. Em 1997, o sistema de Schengen incorporou-se ao ordenamento jurídico da UE. Assim, o contexto do Código das Fronteiras Schengen, responsável pelas regras relativas à gestão de fronteiras, permitiu que, em 2004, fosse criada a agência Frontex para apoiar os Estados-Membros na gestão das fronteiras externas de toda União Europeia.

24 *European Union Agency for Fundamental Rights*, op. cit., p.26 e 27.

públicos. Entretanto, no quadro do direito da União Europeia, o art. 3º da CEDH<sup>25</sup> proíbe que uma pessoa seja repelida na fronteira ou em qualquer outro lugar sob a jurisdição de um Estado, se com isso ocorrer o risco de ser vítima de tortura ou de um tratamento desumano ou degradante<sup>26</sup>. Nessa mesma linha, o artigo 4º, nº 4, da Diretiva Regresso estabelece os direitos mínimos<sup>27</sup> que a serem aplicados às pessoas detidas ou interceptadas por passar ilícitamente a fronteira.

No Brasil, assim como na União Europeia, a preocupação com a manutenção mínima de condições dignas de sobrevivência<sup>28</sup>, demandou a proteção aos estrangeiros em situação de risco, com regras<sup>29</sup> específicas aos refugiados, asilados, estrangeiros com entrada irregular e às vítimas de tráfico de pessoas.

Signatário da Convenção da ONU de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, documento já referido neste texto, o Brasil instalou o primeiro escritório no Rio de Janeiro, em 1977, quando o ACNUR celebrou um acordo com o Brasil, tendo em 1997 entrado em vigor o Estatuto do Refugiado<sup>30</sup>.

Desta forma, em termos conceituais, o art. 1º do Estatuto nacional não inovou as linhas fixadas na Convenção de Genebra e igualmente seguidas pela União Europeia.

A Constituição Federal, por seu turno, prevê o direito ao asilo político<sup>31</sup> a estrangeiro, como ato de soberania estatal<sup>32</sup>, o que não confere

25 Art. 3º. Proibição da tortura. Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

26 A aplicação do art. 2º, da CEDH, que dispõe sobre o direito à vida, é fundamento para evitar a extradição ou a expulsão que implique risco ao estrangeiro, notadamente o risco de ser vítima de tortura ou de penas desumanas.

27 Nesse caso, a CEDH entendeu que o Estado pode ser responsabilizado pelas pessoas que estão em zona de trânsito como no caso analisado pelo anterior Tribunal Europeu de Direitos do Homem, *Amuur c. França*, nº 19776/92, 25 de junho de 1996.

28 O Brasil procura, por meio de medidas internas, preservar os refugiados da discriminação e da estigmatização, como por exemplo a substituição do termo "refugiado" na cédula de identidade para o termo "residente", bem como com a simplificação do pedido de reconhecimento de sua condição de refugiado, ao permitir que os estrangeiros formalizem o protocolo provisório de solicitação de refúgio diretamente na Polícia Federal. Antes, o documento dependia de declaração prévia do Conare (Comitê Nacional para os Refugiados). Segundo o Ministério da Justiça, outra medida foi flexibilizar os critérios legais para concessão da reunificação familiar. Além disso, uma resolução do Conare facilita a concessão de vistos de entrada no país para todos os estrangeiros que sejam afetados pelos conflitos na Síria. Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/nova-cedula-de-identidade-de-refugiados-facilitara-integracao-dos-estrangeiros-no-brasil>. Acesso em: 21 set.2016.

29 Como exemplo de regras gerais aplicáveis aos estrangeiros no Brasil, consultar a Lei 6815/90, o Decreto nº 86.175/81 e as Resoluções Normativas do Conselho Nacional de Imigração (CNIg).

30 A Lei 9.474, de 22 de julho de 1977, definiu os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951.

31 O asilo político no Brasil é concebido, segundo Bulos, de modo amplo, abarcando: a) asilo diplomático concedido a estrangeiros nas legações, nas sedes de missões diplomáticas, navios e aeronaves de guerra e militares; b) asilo territorial, asilo político propriamente dito, que recebe estrangeiros perseguidos por motivos políticos em outros países; e o c) asilo neutro, o qual é concedido por um Estado, que não esteja participando da guerra, a membros das forças armadas dos Estados beligerantes. In: BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 519-520

32 O direito à asilo político tem prevista no artigo 4º, inciso X, da Constituição Federal e é ato do Presidente da República.

proteção integral de sua permanência. Ou seja, mesmo que seja concedido o asilo, o estrangeiro permanece sujeito à extradição<sup>33</sup> e a prorrogação temporal do asilo depende de ato do Ministro da Justiça. Além disso, como o asilo político tem, no Brasil, natureza territorial<sup>34</sup>, o asilado político dependerá igualmente de autorização prévia do Ministério da Justiça para sair do território nacional, sem o que será a sua saída considerada renúncia ao benefício.

Quanto aos refugiados, no Brasil é o CONARE<sup>3536</sup>, Comitê Nacional para os Refugiados, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, que decidirá sobre a condição de refugiado<sup>37</sup>. A solicitação de refúgio inicia-se com pedido na Polícia Federal, seguida de entrevista pela Coordenação-Geral do Comitê Nacional para os Refugiados, nos termos da Lei 9.474/97.

No que tange ao tráfico de seres humanos, o Brasil, por meio do Decreto 5.017/2004<sup>38</sup>, incluiu no ordenamento nacional o Protocolo de Palermo com os conceitos acima trazidos, sem que haja lacuna legislativa obstativa à proteção de tais vítima no ordenamento jurídico brasileiro.

Já para os migrantes irregulares que ingressam ou permanecem à revelia das autoridades nacionais brasileiras, a deportação é a consequência primeira prevista pelo Estatuto do Estrangeiro, a partir do art. 57 da Lei 6.815/1980. Assim, caso o estrangeiro não se retire do país no prazo determinado pelas autoridades, a saída será compulsória, por meio da deportação<sup>39</sup>.

33 Julgamentos interessantes e didáticos sobre a extradição passiva do Supremo Tribunal Federal são a Ext.524 e a Ext.232.

34 BULOS, op.cit., p. 519.

35 O Comitê, menciona-se que aos institutos do asilo político e do refúgio aplicam-se as regras a seguiu em comum: a) os indivíduos receberão documentos de identidade e carteira de trabalho; b) não há obrigatoriedade de concessão pelo Estado; c) não se sujeitam à reciprocidade e protegem indivíduos independentemente de sua nacionalidade.

36 O CONARE publicou no primeiro semestre de 2016, um estudo detalhado e atualizado com estatísticas de até 20 de março de 2016, sobre o Sistema de Refúgio brasileiro, desafios e perspectivas, cuja consulta é fonte maior sobre a realidade oficial do Brasil quanto aos refugiados, bem como sobre a forma pela qual o país tem reunido esforços no atendimento desse grupo de estrangeiros. Disponível para consulta em: <[http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema\\_de\\_Refugio\\_brasileiro](http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema_de_Refugio_brasileiro)>. Acesso em: 18 set.2016.

37 O Superior Tribunal de Justiça já manifestou o entendimento no sentido de que, em casos que envolvem políticas públicas de migração e relações exteriores, mostra-se inadequado ao Poder Judiciário, tirante situações excepcionais e de ilegalidade, adentrar nas razões que motivam o ato de admissão de estrangeiros no território nacional, mormente quando o Estado deu ensejo à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal ao estrangeiro. Vide: REsp 1174235/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/02/2012.

38 O Decreto 5.017/2004, de 12 de março de 2004, promulgou o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças.

39 Ao contrário da expulsão, o estrangeiro deportado poderá retomar ao país, desde que atenda às condições legais para tanto. A deportação se assemelha à expulsão, uma vez que não poderá ser promovida em casos

## 2 O DIREITO À SAÚDE AOS ESTRANGEIROS NO BRASIL E NA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Os estudos da aplicação do direito à saúde no âmbito interno não se confundem, embora contem com pontos de interseção, com o direito à saúde do estrangeiro dentro do território nacional, notadamente quando a visão se volta aos entendimentos jurisprudenciais brasileiros e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Em que pese a conceituação na doutrina nacional esteja pacificamente vinculada aos direitos fundamentais, percebe-se aqui uma distinção do direito a saúde como um direito à vida e a saúde enquanto direito em sentido amplo (tratamento de urgência, eletivos, medicamentos, assistência, ambiente saudável, etc).

Certo é que, a par dessa separação, o acesso a direitos e serviços públicos dentro de um Estado depende, em regra, da permanência ou residência legal<sup>40</sup> no Estado de acolhimento. Daí a necessidade de intervenção judicial quando os grupos de estrangeiros que necessitam de proteção são privados de um serviço de saúde.

No Brasil, o fato de a atenção médica estar intrinsecamente associada à previdência social<sup>41</sup> imprimiu uma especialidade, com profundas raízes históricas, à atual questão da busca da equidade no direito dos cidadãos à saúde.

A saúde, chamada de socorros públicos pela Constituição de 1824, contou com diferentes formas de tratamento nas constituições brasileiras, tendo reflexo em diversos Títulos da atual Constituição Federal de 1988. Nesta Carta, a saúde recebeu proteção dual, atribuindo-se a responsabilidade prestacional aos entes privados e aos públicos de forma concorrente e ampla.

No âmbito constitucional brasileiro, o Sistema Único de Saúde (SUS) compreende, entre outras metas e diretrizes, a universalidade da cobertura e do atendimento, bem como a igualdade no acesso aos serviços de saúde, segundo dispõe o artigo 196 da Constituição Federal<sup>42</sup>.

---

em que a extradição não é admitida pela lei brasileira. Além disso, ambos são atos discricionários, ou seja, o Estado não é obrigado, mas detém a faculdade de expulsar e deportar o estrangeiro, nos termos da legislação brasileira.

40 No ordenamento jurídico europeu, há determinadas categorias de estrangeiros que gozam de um nível mais elevado de proteção contra a expulsão, como é o caso dos titulares de autorizações de residência de longa duração, os nacionais turcos diante do Acordo de Ancara, os estrangeiros que sejam membros de família de cidadãos europeus, os quais podem exercer o direito à liberdade de circulação como os nacionais europeus.

41 COHN, Amélia. *A saúde como direito e como serviço*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 13.

42 Além do artigo 196, o direito à saúde tem resguardo constitucional no art. 6º, da Carta Magna, os quais compõem de forma principal o conjunto de normas relacionadas ao direito à saúde com a legislação infraconstitucional com a Lei 8.080/1990 e suas alterações (dispõem sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços), a Lei 8.142/1990 (dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências

A partir desses princípios, formou-se um sistema de prestação de serviços de saúde por entes públicos e privados separados em três setores: a) o público, financiado e prestado pelo Estado; b) o privado, com intuito lucrativo ou não-lucrativo; e c) o de seguros privados, financiados diretamente pelo usuário do serviço de saúde.

A organização normativa nacional, em que pese aponte para um cenário de efetiva prestação de serviços de saúde, não conduz ao alcance pretendido pelas metas constitucionais, antes o contrário. A realidade jurisprudencial demonstra a imprescindibilidade da atuação impositiva frente à fragilidade prática das normas protetivas do direito à saúde<sup>43</sup>.

Aliás, preocupantes são os casos observados em áreas de fronteira no Brasil<sup>44</sup>, em que o chamado “turismo médico” confere acesso aos serviços públicos de saúde básicos sem qualquer restrição e controle, à revelia da Resolução Federal que exige do estrangeiro, que venha ao país para fazer qualquer tratamento médico, um visto temporário de saúde<sup>45</sup>. Além do visto, a mesma resolução prevê que os pacientes estrangeiros nessa situação devem ressarcirem o sistema público com o valor do tratamento.

É sabido que o Sistema Único de Saúde garante o atendimento médico a todo estrangeiro que estiver no Brasil, mesmo que em deslocamento, apenas em casos de emergência<sup>46</sup>. No entanto, esse benefício não é estendido aos estrangeiros não residentes e que pretendem usar o SUS em tratamentos eletivos.

A par da situação normativa e fática da aplicação do direito à saúde no Brasil, outro obstáculo ao acesso de serviços de saúde por estrangeiros que não tenham a sua condição jurídica regular no país, é a corrente

---

intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde). Importante ainda referir a Portaria 2.203/1996 (norma operacional básica- NOB 01/96) e que redefine o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde).

43 No Brasil, a judicialização do direito à saúde, assim como a outros direitos sociais, tornou-se prática cotidiana para acesso aos serviços diante da deficiente efetivação das normas jurídicas sobre o assunto.

44 Exemplo disso é a cidade de Corumbá, em Mato Grosso do Sul, com números alarmantes sobre o atendimento de bolivianos. Vide notícia online de fevereiro de 2016, disponível em: <http://www.diarionline.com.br/?s=noticia&id=83168>. Acesso em: 19 set.2016.

45 O visto temporário de saúde, se enquadra na categoria VITEM 1 (Visto Temporário 1), bem mais burocrático, pois exige pedidos médicos, comprovantes de renda para arcar com as despesas do tratamento, seguro saúde, entre outros documentos, todos traduzidos para o português, expedido no Consulado Brasileiro no exterior, com base na Resolução Federal Recomendada nº 02, de 5 de dezembro de 2000. A resolução instituída pelo CNig (Conselho Nacional de Imigração), órgão do MTE (Ministério do Trabalho e Emprego), foi formulada com base na Lei 6.815/80, responsável pela definição da situação jurídica do estrangeiro no Brasil. Desta forma, se um estrangeiro tentar entrar no país com visto de turista, mas com o objetivo de fazer tratamento médico, cometerá uma prática irregular passível de multa e notificação para saída do país a ser aplicada pela Polícia Federal, como se verá em um caso jurisprudencial no ponto 4.

46 Consultar Parecer do Conselho Regional de Medicina da Bahia nº 08/2008, em [http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmba/pareceres/2008/8\\_2008.pdf](http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmba/pareceres/2008/8_2008.pdf). Acesso em: 19 set.2016.

doutrinária que defende a aplicação dos direitos apenas aos estrangeiros residentes no país, vejamos o seguinte trecho de José Afonso da Silva<sup>47</sup>:

‘A norma do art. 196 é perfeita, porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o direito que ela confere, pela cláusula a saúde é direito de todos, assim como os sujeitos desse direito, expressos pelo signo todos, que é signo de universalização, mas com destinação exclusiva aos brasileiros e estrangeiros residentes - aliás, a norma reforça esse sentido a prever o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde -, e, de outro lado, a obrigação correspondente, na cláusula a saúde é dever do Estado, compreendendo aqui a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da Administração indireta.’

No plano da União Europeia, observa-se que a multiplicidade normativa não está diretamente associada à certeza de acesso aos direitos fundamentais e sociais, notadamente quando se pensa em direito a saúde em sentido amplo. Até porque, dentro do sistema de aplicação normativa, não se confundem os órgãos<sup>48</sup> e as convenções que integram a União Europeia, com os órgãos e as convenções que integram a estrutura do Sistema Europeu de Direitos Humanos<sup>49</sup>.

Nos termos do artigo 19º da Diretiva<sup>50</sup> Condições de Acolhimento<sup>51</sup>, os requerentes de asilo têm direito a se beneficiarem dos cuidados de saúde

47 SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 768.

48 Os principais órgãos da União Europeia, enquanto bloco comunitário e econômico, são: a Comissão Europeia, o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho da União Europeia, o Tribunal de Justiça da União Europeia (Tribunal Europeu de Justiça), o Tribunal de Contas Europeu e o Banco Central Europeu, os quais podem ser analisados, como referência inicial. Esses órgãos têm também como base dois tratados, o Tratado de Maastricht, de 1992, como tratado de fundação, e o Tratado de Lisboa, de 2009, que promoveu as últimas reformas importantes na União Europeia.

49 Importante referir que não se confundem o Conselho da Europa, o Conselho Europeu e o Conselho da União Europeia. O primeiro é órgão que coordena o sistema europeu de Direitos Humanos, sediado em Estrasburgo, na França. O segundo define a política geral da União, com a reunião dos chefes dos Estados membros. Enquanto o Conselho da União Europeia, é um Conselho de Ministros representantes dos Estados que exercem poder legislativo, juntamente com o Parlamento Europeu.

50 Cabe observar que a UE adota diferentes tipos de atos legislativos (regulamentos, diretivas, decisões, recomendações, pareceres) para efetivar as diretrizes estabelecidas nos seus tratados. Esses atos podem ser vinculativos ou não, da mesma forma, podem ser aplicáveis a todos os países da UE, ou a apenas a alguns deles. No caso da diretiva, própria do direito derivado, têm-se um ato legislativo que fixa um objetivo geral que todos os países da UE devem alcançar, sendo por isso um instrumento flexível utilizado principalmente para harmonizar as legislações nacionais. Contudo, além da diretiva, competirá a cada país elaborar a sua própria legislação para dar cumprimento a esse objetivo exigido pela UE.

51 A Diretiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional.

necessários, que devem incluir, pelo menos, os cuidados de urgência e o tratamento básico de doenças, bem como os cuidados médicos ou outro tipo de assistência de que precisem caso tenham necessidades de acolhimento especiais. No mesmo sentido, a Diretiva Regresso<sup>52</sup> também dispõe que se deve atribuir especial atenção à situação das pessoas vulneráveis, de modo a prestar cuidados de saúde urgentes e tratamentos básicos de doenças às pessoas cujo afastamento tenha sido suspenso ou a quem tenha sido dado um prazo para partirem voluntariamente.

O direito à saúde tem ainda resguardo na Diretiva do Estatuto de Refugiado<sup>53</sup>, em seu artigo 30, o qual prevê que os refugiados, assim reconhecidos, e os beneficiários de proteção subsidiária têm direito aos cuidados de saúde em condições de igualdade com os próprios nacionais do Estado em que estejam. Além disso, estão previstas disposições específicas para as pessoas com necessidades especiais.

Para as vítimas de tráfico de seres humanos são conferidas medidas de assistência e apoio, bem como tratamento médico necessário, incluindo assistência psicológica, aconselhamento e informação, nos termos do artigo 11, n° 5, da Diretiva Contra o Tráfico de Seres Humanos<sup>54</sup>.

Todas essas disposições concernentes ao direito à saúde representam uma evolução no ordenamento jurídico europeu, pois, como referido no início desse artigo, os países europeus contavam apenas com documentos esparsos, de maneira que os tratados iniciais das Comunidades Europeias não continham qualquer referência aos direitos humanos ou à respectiva proteção.

Destarte, à medida que eram interpostos no antigo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (chamado a partir de dezembro de 2009 de Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE) processos relativos a violações dos direitos humanos na jurisdição da União Europeia<sup>55</sup>, o TJUE promoveu uma nova abordagem para conferir proteção às pessoas

---

52 A Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, é relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de estrangeiros em situação irregular.

53 A Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, estabelece normas relativas às condições a serem preenchidas pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para beneficiarem-se de proteção internacional, como um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária.

54 A Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, é relativa à prevenção e à luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas.

55 O TEDH já admitiu que, em determinadas circunstâncias, fosse processado um ou mais Estados-Membros. Para informações mais pormenorizadas sobre a jurisprudência do TEDH neste ponto complexo, consultar o julgado do TEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* c. Irlanda [GS], n° 45036/98, de 30 de junho de 2005.

singulares. O primeiro passo seria justamente a inclusão dos direitos fundamentais entre os princípios gerais do Direito Europeu.

Sabe-se<sup>56</sup> que ir além das relações interestatais de mera coordenação é superar o quadro de referência tradicional do direito internacional público<sup>57</sup>, daí a excelência da União Europeia em matéria de direito comunitário.

Consequência desse compromisso na extensão comunitária e na busca de proteção de direitos humanos, é a inclusão, desde os textos constitucionais nacionais, da proteção aos direitos humanos, notadamente com a elaboração da Convenção de Direitos Humanos (CEDH), objeto desse estudo.

Além da CEDH, destaque igual merece a *European Social Charter* - ESC (Carta Social Europeia)<sup>58</sup>, voltada à preocupação com os direitos sociais.

Os dispositivos da Carta Social Europeia, elaborada pelo Conselho da Europa em 1961 e revista em 1996, preencheram as normas da CEDH no que diz respeito aos direitos sociais. Em dezembro de 2013, a Carta já contava com a ratificação de 43(quarenta e três) dos 47(quarenta e sete) Estados membros do Conselho da Europa.

Por outro lado, uma circunstância obstativa aos estrangeiros que necessitam de proteção é que, no contexto da ESC, o âmbito pessoal está, em princípio, limitado aos nacionais de outros Estados que residem ou a trabalharem legalmente no território.

O Comitê Europeu dos Direitos Sociais considerou, no entanto, devido ao caráter fundamental da Carta e à sua ligação à dignidade humana, há alguns direitos da Carta Social que também se aplicam a todas as pessoas presentes no território, incluindo os migrantes em situação irregular. Desse modo, estaria conferido a eles o direito à assistência médica<sup>59</sup>.

Percebe-se, considerando essa estrutura jurídica, que o reconhecimento do direito de entrada ou permanência do estrangeiro é normalmente necessário para se ter acesso aos direitos sociais, ainda que

---

56 BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*: União Europeia e Mercosul. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 75.

57 Sobre um estudo de direito comunitário consultar a obra de José Souto Maior Borges referida na nota supra.

58 Cumpre referir que a grande adesão ao documento também se deve à possibilidade de os Estados signatários só subscreverem determinados dispositivos. Além disso, a Carta não prevê a criação de um tribunal, apenas conta com o Comitê Europeu dos Direitos Sociais (CEDS), composto por peritos independentes que decidem sobre a conformidade da legislação e avaliam as práticas nacionais. Para isso são utilizados dois procedimentos: o procedimento de comunicação de informações, ao abrigo do qual os Estados apresentam relatórios nacionais periódicos; e o mecanismo de reclamação coletiva (opcional), por meio do qual as organizações podem apresentar reclamações.

59 Vide: CEDS, *International Federation of Human Rights Leagues c. França*, Queixa nº 14/2003, méritos, 8 de setembro de 2004.

esse direito seja urgente ou equivalente a um direito fundamental, como é o caso do direito à saúde.

A maioria dos migrantes tem na autorização de entrada ou permanência num Estado um primeiro passo à obtenção de direitos sociais acessíveis àqueles que possuem a residência regular. Vale dizer: o acesso ao emprego, à educação, à habitação, aos cuidados de saúde, à segurança social, à assistência social ou a outras prestações sociais constitui um grande desafio ao imigrante, mas também aos Estados que recebem os nacionais de outros Estados.

Hoje, diante da gravidade da crise humanitária mundial, o Comitê Europeu dos Direitos Sociais entende que, se estiverem envolvidos direitos fundamentais essenciais, como o direito à vida ou a proibição de tratamento degradante, o tratamento diferenciado ou negativo por um Estado equivale, à luz dos regramentos aqui referidos, a uma discriminação proibida<sup>60</sup>.

Outrossim, embora nem todos os Estados membros da UE e do Conselho da Europa tenham ratificado a Carta Social Europeia, o TEDH já declarou que a ratificação não é essencial para a interpretação<sup>61</sup> que o Tribunal faz de algumas questões suscitadas no quadro da CEDH, justamente porque os temas são inter-relacionados e, a depender do caso, igualmente regulamentadas pela Carta. Isso nada mais significa do que o reconhecimento de que os direitos sociais se revestem de substancial importância quando se trata do acesso aos direitos fundamentais.

Feitas essas considerações quanto ao escopo normativo relacionado às fontes normativas do direito à saúde, parte-se ao ponto central desse estudo.

### **3 A APLICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE AOS ESTRANGEIROS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Partindo das concepções sobre o direito à saúde aos estrangeiros, bem como delimitados quais destes estão mais vulneráveis no cenário migratório internacional, é possível ingressar no enfretamento jurisprudencial das consequências práticas do ingresso no Brasil e na União Europeia.

No Brasil, fato primeiro a ser considerado é que a Constituição Federal iguala em direitos fundamentais, por seu artigo 5º, caput, brasileiros e estrangeiros, o que suprimiria, em tese, qualquer discussão quanto à negativa de acesso ou distinção no atendimento entre nacionais e estrangeiros, aos serviços públicos de saúde em território brasileiro. Todavia, como já acima apresentado, a legislação nacional está no sentido

60 Vide: CEDS, *Defence for Children International c. Países Baixos*, Queixa nº 47/2008, 20 de outubro de 2009.

61 Vide: TEDH, *Demir e Baykara c. Turquia* [GS], nº 34503/97, 12 de novembro de 2008, nº 85-86.

oposto e apresenta distinções entre os grupos de estrangeiros, de modo que o acesso à saúde não ocorre automaticamente.

Fala-se aqui estritamente na rede pública de atendimento, pois a prestação de serviços por meio da rede privada de saúde depende mais da contraprestação econômica e não se coaduna com a vulnerabilidade característica do grupo de estrangeiros objeto deste estudo.

Nessa linha, embora seja linha interpretativa que o art. 5º da Constituição Federal assegura também direito à saúde, aos cuidados e serviços dele decorrentes tanto a brasileiros e quanto a estrangeiro, frente ao entendimento pacificado do direito à saúde não apenas como um direito social mas também como um direito fundamental<sup>62</sup>, não haveria como falar em exigência de domicílio do estrangeiro no Brasil, como visto no ponto 2 desse artigo.

Desta forma, se o estrangeiro estiver sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, caberia ao Estado brasileiro não questionar a condição/situação jurídica<sup>63</sup> no que tange aos serviços de saúde. Porém, esse não é entendimento pacificado nos Tribunais Brasileiros, diante das ponderações observadas em julgados sobre o direito à saúde a estrangeiros não residentes no Brasil.

Dáí que o estrangeiro em situação irregular no País não está da mesma forma protegido<sup>64</sup> do que um nacional, ainda que seja plenamente defensável a tese de que a ele são assegurados os direitos e as garantias fundamentais.

Como visto no ponto anterior, o requerente de refúgio, o asilado, os estrangeiros irregulares e as vítimas de tráfico de seres humanos, cada qual com suas especificidades, estão cobertos pelos serviços emergenciais prestados pelo SUS. E é exatamente nessa linha o entendimento trazido pelos Tribunais Brasileiros.

---

62 Remetemos o leitor ao ponto 6 deste artigo no qual são traçadas breves considerações quanto à classificação do direito à saúde como direito fundamental.

63 Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AG 2005040132106/PR, DJe 29/8/2006.

64 É oportuno referir que a proteção conferida aos estrangeiros não significa conferir-lhes privilégios não oferecidos aos nacionais. Exemplo disso pode ser observado no Recurso Especial nº 1.445.337-SP, julgado em 29 de outubro de 2015, (2014/0069389-1), no qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), que julgou improcedente a pretensão de refugiado político do Peru. O refugiado postulou assistência do Estado Brasileiro para se manter em curso de medicina, sob o argumento de violação à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, à Lei 9.747/97 e aos artigos 44, 47 e 48 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Argumentava ele na condição de refugiado político que o valor correspondente a um salário mínimo recebido em decorrência do Convênio Humanitário CARITAS/ACNUR, não era suficiente para se manter no curso de Medicina na Unicamp, para fins de suprir gastos com alimentação, transporte, apostilas e livros. O Tribunal, entretanto, concluiu não ter razão o estrangeiro, pois o próprio aluno não revelou interesse na conclusão do curso pelas provas colhidas nos autos.

Outrossim, se por um lado o ordenamento jurídico confere o direito, por outro as deficiências do sistema público de saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS), acabam por exigir a intervenção judicial que garanta a obtenção de atendimento e a fruição dos serviços de saúde.

Deve também ser considerado que não há no Brasil, até o presente momento, grandes discussões de tratamento quanto à concessão de direitos sociais em razão do motivo que trouxe o estrangeiro ao país. O que se observa na jurisprudência é a análise da regularidade ou não da estadia do cidadão de outro país no território nacional brasileiro.

Assim, apenas se perquire se o estrangeiro tem situação jurídica regular ou não frente às autoridades nacionais de controle de fronteira, independentemente da razão dessa irregularidade ter como causa de fundo uma das razões de crise humanitária mundial ou de ser simples imigração.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>65</sup>, embora não tenha enfrentado a questão de forma mais completa<sup>66</sup>, tem apresentado posições nem sempre tão acolhedoras aos estrangeiros irregulares que buscam no Poder Judiciário acolhimento aos seus pleitos de serviços de saúde, de modo que alguns pedidos judiciais de acesso ao SUS acabam por serem negados<sup>67</sup>.

Em caso julgado monocraticamente em setembro de 2016, o STJ, em que pese não tenha reconhecido o recurso por razões processuais<sup>68</sup>, acabou por manter a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>69</sup>, que reformou a sentença de primeiro grau em mandado de segurança conferindo tratamento médico-cirúrgico a doença grave e com risco de morte. No caso concreto, como o procedimento médico realizou-se com a autorização de primeiro grau, não houve como reformar o resultado prático do processo, mas o entendimento seria pela negativa do pleito. Vejamos, o que restou consolidado pelo Tribunal Regional em suas razões de decidir, diante da não reforma pelo STJ:

---

65 O Superior Tribunal de Justiça criado pela Constituição Federal de 1988, é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. É de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem a justiça especializada. O STJ tem sua competência e estrutura previstas a partir do art.104, da Constituição Federal, bem como por seu regimento interno

66 Contatou-se na busca jurisprudencial que não há julgados de grande repercussão no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema direito à saúde aplicado aos estrangeiros, tampouco foi o tema analisado pela Corte Especial. As decisões são substancialmente objeto de decisões monocráticas, em grande parte não acolhidas em razão de não atendimento de pressupostos recursais.

67 REsp 278.230/PR, Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 03/04/2003, DJe 02/06/2003, p. 243.

68 REsp 1243797(2011/0059848-0), DJe 14/09/2016.

69 Processo nº 200570000168683 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

[...] Afiguram-se-me irrefutáveis as considerações desenvolvidas no parecer do douto representante do MPF, [...], verbis: [...] A realização do transplante por meio do Sistema Único de Saúde utilizaria recursos provenientes de contribuições dos cidadãos que aqui residem e trabalham. Considerando a preocupante situação da saúde pública no Brasil, que se reflete no alto número de ações judiciais buscando o fornecimento de medicamentos e a realização de cirurgias, negados na via administrativa sob o fundamento de haveria comprometimento das políticas públicas, a utilização de recursos do SUS para o tratamento de indivíduo que não reside no Brasil tornaria ainda mais difícil a efetivação do direito à saúde dos brasileiros e estrangeiros residentes no País. Além disso, a realização do transplante do impetrante retiraria de um brasileiro a esperança de uma nova vida, haja vista que o reduzido número de leitos existentes para a realização do transplante de medula óssea é fator limitante para a realização dessa cirurgia no Brasil. Em outras palavras, permitir a realização do transplante a um estrangeiro é retirar a possibilidade de um brasileiro que está em dolorosa espera, que contribuiu e que, portanto, tem direito à contraprestação por parte do Estado. 3.4. Importante referir, ainda, que a concessão da segurança, reconhecendo o direito de um estrangeiro não residente no Brasil ao tratamento de saúde, por meio do Sistema Único de Saúde, criaria um precedente capaz de estimular a vinda de mais estrangeiros ao território nacional em busca de tratamento de saúde gratuito, dificultando o acesso, muitas vezes já árduo, dos brasileiros aos serviços prestados no âmbito do Sistema Único de Saúde. 4. Cumpre salientar, por fim, que apesar da informação constante dos documentos de fls. 434/435 e 437 dos autos, de que o impetrante foi submetido ao transplante de medula óssea, não deve ser aplicada ao caso dos autos a teoria do fato consolidado, haja vista que a situação fática não é de todo irreversível, havendo a possibilidade de ressarcimento dos custos do transplante e do tratamento aos cofres públicos brasileiros. (grifo nosso)

Por esse trecho destacado na decisão, percebe-se que o tratamento de estrangeiros em situação irregular no país não é equivalente aos estrangeiros que possuem autorização estatal ou situação regular em território brasileiro. Antes constata-se que ao termo “estrangeiros”, trazido no caput do art. 5º da Constituição Federal foi conferida interpretação restritiva, mesmo frente a uma norma constitucional chave dos direitos e garantias fundamentais.

Já em outro caso, em decisão mais favorável a um estrangeiro, não prevaleceu a ordem da Polícia Federal para um estrangeiro irregular deixar o país e pagar uma multa, sob pena de deportação. Aqui, o STJ igualmente

não apreciou o mérito do recurso por se tratar de caso com análise fática<sup>70</sup>, e restou mantido o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3<sup>o</sup> Região<sup>71</sup>.

No julgado, discutiu-se se o estrangeiro possuía o direito de sair e reingressar no país, apenas com base em autorização concedida pelo Conselho Nacional de Imigração, por estar submetida a tratamento médico (internação pelo SUS para transplante renal e tratamento medicamentoso). O Poder Judiciário acolheu o pedido do estrangeiro e o isentou do pagamento de multa<sup>72</sup>.

Em outro julgamento, também relacionado à necessidade de transplante de órgãos, foi reconhecido o direito à realização do procedimento cirúrgico ao paciente estrangeiro em situação não regular frente às autoridades nacionais. Vejamos o seguinte trecho de decisão<sup>73</sup> que determinou o imediato acesso ao Sistema de Fila Única de Transplantes:

[...] 10. A universalidade constitucional compreende, portanto, a cobertura, o atendimento e o acesso ao Sistema Único de Saúde, expressando que o Estado tem o dever de prestar atendimento nos grandes e pequenos centros urbanos, e também às populações isoladas geopoliticamente. Os programas, as ações e os serviços de saúde devem ser concebidos para propiciar cobertura e atendimento universais, de modo equitativo e integral. 11. Interpretando-se o caput do art. 5<sup>o</sup> da Constituição Federal de 1988 de forma extensiva, tem-se que o alcance é para todos, mesmo os estrangeiros não residentes no País, mas que estejam de passagem pelo território nacional, tendo contato com o ordenamento jurídico pátrio. Precedente jurisprudencial. 12. A sentença não merece reparos. Não se mostra razoável negar o direito do autor ao acesso à Fila de Transplante Renal, ao argumento de ausência de visto permanente, quando ele está regular no país.

70 Agravo em Recurso Especial nº 965.435/SP (2016/0210418-2), Ministra Assusete Magalhães, de 22/08/2016.

71 Consultar no sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região os processos nº 00211423020074036100 e nº 200761000211420.

72 Nesse julgado, uma cidadã paraguaia estava em tratamento ulterior ao transplante de rim mediante medicamentos não encontrados no Paraguai, mas disponibilizados pelo SUS. A estrangeira, assim, procurou regularizar sua situação formal no País e, apesar de seu expediente estar na iminência de ser concluído, foi autuada pela Polícia Federal. A atuação baseou-se na Lei nº 6.815/80 em seu art. 125 II e LV, o qual prevê infração por estada irregular ou deixar de apresentar documento que comprove uma situação de legalidade no país. Igualmente, em complemento ao caso em tela, cumpre esclarecer que os casos de solicitação de visto temporário ou permanente, ou de permanência definitiva em território nacional, são examinadas à luz do que dispõe a resolução Normativa nº27/98, do Conselho Nacional de Imigração, que disciplina os casos omissos.

73 Precedente do Tribunal Regional Federal de 5<sup>a</sup> Região, nos processos nº 00103084920124058100, 103084920124058100, 10308492012405810001 e 566439, objeto do Recurso Especial nº 1.500.019/CE, (2014/0310549-3), Relator Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe18/02/2015.

Caso interessante foi o decidido no Resp 1.235.977, do Paraná, em que se analisou uma ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra a União Federal para assegurar o atendimento a brasileiros e estrangeiros pelo Sistema Único de Saúde em cidade de zona de fronteira. No caso decidiu-se que o atendimento pelo SUS não será devido apenas a todos os brasileiros, mas também, nos casos de emergência ou urgência, àqueles que não comprovem nacionalidade brasileira (estrangeiros e “brasiguaios”), sob o argumento de que essa seria a medida única ao pleno atendimento da norma constitucional, garantidora do direito fundamental à saúde e passível de controle pelo Poder Judiciário<sup>74</sup>.

O Supremo Tribunal, em que pese ainda se aguarde manifestações jurisprudenciais nessa temática em questão, deverá adotar a linha constitucional de proteção ao caput dos artigos 5º e 6º, da Constituição Federal.

#### **4 A APLICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE AOS ESTRANGEIROS PELO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS**

No âmbito internacional, o sistema de petições é utilizado para se requerer a solução de conflitos perante um tribunal. Há dois tipos de petições: a individual, que capacita o indivíduo a reclamar até mesmo contra o seu próprio Estado<sup>75</sup>, sendo exigida apenas a vinculação entre o reclamante e a violação denunciada; e a interestatal, baseada na garantia coletiva proporcionada por tratados de direitos humanos.<sup>76</sup>

Quando se transporta esse raciocínio para o âmbito de aplicação do direito à saúde na CEDH, é preciso, primeiramente, considerar que não existe um direito expresso aos cuidados de saúde. O argumento a ser utilizado é que tal direito compõe a integridade moral e física da pessoa humana, e por isso suscetível de ser abrangida pelo âmbito de aplicação dos artigos 2º e 8º, esse último relacionando o direito ao respeito pela vida privada<sup>77</sup>.

Outro registro é que a CEDH não garante o direito à saúde em qualquer nível de serviços médicos nem o direito de acesso a tratamento médico<sup>78</sup>. O que se observa nos julgados do Tribunal, é que, em determinadas

74 Precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no processo nº200670020071089, objeto do REsp nº 1235977/PR, (2011/0023710-1), Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 14/02/2011.

75 Em complemento vide o art. 13, da CEDH, que prevê o direito a recurso perante os tribunais nacionais em caso de violação de direitos previstos no tratado.

76 BATISTA, op. cit., p. 41.

77 TEDH, Bensaïd c. Reino Unido, nº 44599/98, 6 de fevereiro de 2001.

78 Vide a decisão nesse sentido: TEDH, Wasilewski c. Polónia, nº 32734/96, 20 de abril de 1999.

circunstâncias, um Estado membro da CEDH pode ser responsabilizado, se restar comprovado que as autoridades desse Estado puseram a vida de uma pessoa em risco, seja por meio de ações seja por meio de omissões relacionadas aos cuidados de saúde, notadamente quando tais cuidados são disponibilizados à população em geral<sup>79</sup>.

Certo é que, no que tange ao tema da migração, as questões de saúde têm sido fortemente suscitadas no quadro da CEDH, pela atualidade do tema e como forma de priorizar os tratamentos de saúde. E mais, o direito à saúde tem sido o principal meio de defesa contra a expulsão até que o estrangeiro recupere sua saúde.

Não por outro motivo, é que os Estados podem sofrer sanções por estar em causa uma violação do artigo 3º da CEDH, bem como, no quadro da Carta Social Europeia, adotada pela TEDH como referido acima, por violação ao artigo 13<sup>80</sup>, no qual é expresso no direito à assistência médica<sup>81</sup>, direito esse considerado pelo CEDS aplicável aos migrantes em situação irregular.

Outra forma de aplicação do direito à saúde como argumento à não expulsão<sup>82</sup>, pode ocorrer quando o TEDH recebe um pedido associado a um pedido de medida provisória/protetiva, com intuito de o Estado não expulsar o requerente de volta a países onde conhecidamente enfrentariam a morte, a tortura, ou outro tipo de maus tratos. Em muitos casos, estão envolvidos inclusive requerentes de asilo cujos pedidos já foram objeto de indeferimento definitivo e que já esgotaram todos os direitos de recurso previstos no direito interno.

79 TEDH, Powell c. Reino Unido (dec.), nº 45305/99, 4 de maio de 2000.

80 Na queixa movida (frente ao Comitê da Carta- CEDS, International Federation of Human Rights Leagues c. França, Queixa nº 14/2003, méritos, 8 de setembro de 2004, contra França, alegou-se que a França tinha violado o direito à assistência médica (artigo 13) ao pôr fim à isenção do pagamento dos tratamentos médicos e hospitalares concedida aos migrantes em situação irregular e com rendimentos muito baixos. Declarou que qualquer legislação ou prática que recuse aos cidadãos estrangeiros o direito à assistência médica enquanto estão no território de um Estado Parte, mesmo que estejam em situação irregular, é contrária à Carta. Contudo, por uma maioria de 9 a 4, o CEDS considerou que não tinha havido violação do artigo 13 relativamente ao direito à assistência médica, uma vez que os migrantes adultos em situação irregular podiam aceder a alguns tipos de assistência médica, após três meses de residência, e que todos os cidadãos estrangeiros podiam obter tratamento em situações de emergência e com risco de vida, a qualquer momento, de modo a estar assim preservado o direito mesmo sem a isenção antes conferida a todos os tratamento médicos.

81 O Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração faz menção histórica, nesse ponto, à utilização da Convenção Europeia de Assistência Social e Médica, a qual que prevê analogamente a prestação mútua de assistência social e médica aos nacionais dos Estados Partes no território de outros Estados Partes. Esta Convenção do Conselho da Europa tem apenas 18 Estados signatários, todos eles, exceto a Turquia, também pertencentes à União Europeia, em vigor desde 1º de julho de 1954.

82 TEDH, F.G. v. SWEDEN, de 23 de março de 2016.

Foi o que ocorreu no caso Savriddin Dzhurayev contra Rússia<sup>83</sup>, em que o Tribunal (TEDH) determinou à Rússia que adotasse as medidas de reparação concretas para proteger o requerente dos riscos existentes para a sua vida e integridade física numa jurisdição estrangeira, antes de proceder a eventual expulsão.

Nessa mesma linha preventiva de aplicação do direito à vida e de preservação do direito à saúde, frente ao que prevê o art. 4º da CEDH, referente à proibição da escravatura e do trabalho forçado, o Tribunal pode exigir<sup>84</sup>, em determinadas circunstâncias, que os Estados investiguem as suspeitas de tráfico de seres humanos e tomem medidas para proteger as vítimas que ingressarem nos territórios. Além disso, ainda sob a vigência da CEDH, os Estados que forem também parte da Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Seres Humanos devem conceder aos estrangeiros suspeitos de serem vítimas de tráfico um período de restabelecimento e reflexão, durante o qual não podem ser expulsas (artigo 14º), com acesso aos serviços de saúde pelos maus tratos sofridos.

Quanto aos estrangeiros irregulares, o acesso à saúde já sofreu contornos limitativos, como no precedente envolvendo o Reino Unido, em 2008. O julgado analisou o pedido de regresso de uma estrangeira irregular expulso do território inglês, com base na CEDH e na Diretiva de Regresso 2008/115/CE, artigos 5º e 9º, por estar infectado com HIV e ter direito à tratamento médico. O TEDH, todavia, não acolheu o pleito da estrangeira, pois verificou a existência de um tratamento médico adequado no país de origem da requerente<sup>85</sup>.

Tal entendimento do Tribunal em defesa ao Estado inglês tem respaldo no chamado entrave ou entrave quase absoluto. Os entraves indicam os casos que impedem que uma pessoa não nacional seja afastada do território do Estado em que se encontra, o que não ocorreu no caso acima apresentado.

Nessa linha, os entraves absolutos ou quase absolutos<sup>86</sup>, no quadro da CEDH, impedem a expulsão do estrangeiro irregular quando estiver em risco a violação dos direitos absolutos garantidos pelo artigo 2º (relativo ao direito à vida), pelo artigo 3º (proibição da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes), bem como na hipótese de artigo

83 TEDH, Savriddin Dzhurayev c. Rússia, nº 71386/10, 25 de abril de 2013.

84 TEDH, Rantsev c. Chipre e Rússia, nº 25965/04, 7 de janeiro de 2010.

85 TEDH, N. c. Reino Unido [GS], nº 26565/05, 27 de maio 2008.

86 Os entraves quase absolutos são aqueles que admitem algumas exceções à expulsão do estrangeiro. Da mesma forma, a Convenção de Genebra de 1951 e da Diretiva Estatuto de Refugiado (2011/95/UE), preveem, em circunstâncias excepcionais, exceções à proibição de afastar os refugiados. Cumpre registrar também a existência dos entraves não absolutos, os quais visam estabelecer um equilíbrio entre os interesses particulares ou os direitos individuais e o interesse público ou do Estado, como é a hipótese de uma expulsão implicar na separação de uma família.

15 (estado de necessidade). Caso esses entraves não estejam presente não haverá impedimento ao Estado de adotar as medidas que entender cabíveis.

Percebe-se, pois aqui, que o direito à saúde se tornou, em verdade, um critério de aplicação de outras regras da Convenção, notadamente quando estiver em causa os entraves à expulsão. Desta forma, caso a pessoa a ser expulsa esteja em risco de sofrer qualquer ofensa correspondente a um tratamento incompatível com o artigo 3º da CEDH, incluindo fontes de risco relacionados às doenças<sup>87</sup> e às condições humanitárias existentes nesse país de recepção do expulso, haverá um limite à atuação soberana do Estado.

Não obstante, nesses casos em que o direito à saúde é entrave absoluto, compete ao postulante apresentar provas concretas de que, se for expulso de um Estado membro, ficará exposto a um risco real de ser sujeito a um tratamento proibido pelos artigos 2º ou 3º da CEDH. Do mesmo modo, no que tange às provas, será o Estado de origem chamado a esclarecer eventuais dúvidas sobre o caso submetido à apreciação do TEDH.

Entretanto, há uma exceção quanto ao ônus da prova em comento aos requerentes de asilo, caso em que o TEDH, por considerar que estes encontram-se em situação especial de vulnerabilidade, confere o benefício da dúvida ao avaliar a credibilidade das suas declarações e dos documentos que as comprovam.

Paralelo a esses pontos até aqui lançadas, está a questão preocupante dentro do direito à saúde dos estrangeiros sem condição jurídica fixada na União Europeia e que ocorre no curso dos regressos forçados e nas segregações compulsórias<sup>88</sup> prévias<sup>89</sup> ao retorno ao país de origem.

Isso porque, quer sejam afastados por via aérea, terrestre ou marítima, os imigrantes devem regressar de forma segura, digna e humana ao país de origem, o que nem sempre ocorre, diante do registro de acidentes com morte durante o processo de afastamento ou em causas como asfixia ou por ferimentos graves.

Nas segregações compulsória, as mortes ocorrem nos centros de detenção<sup>90</sup> no período anterior ao afastamento do Estado receptor, bem

87 Sobre tema vide: TEDH, S.H.H. c. Reino Unido, nº 60367/10, 29 de janeiro de 2013; TEDH, Babar Ahmad e outros c. Reino Unido, nº 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09, 10 de abril de 2012 e TEDH, Aswat c. Reino Unido, nº 17299/12, 16 de abril de 2013.

88 Quanto ao tratamento em prisões vide o caso recentemente julgado: TEDH, SAKIR v. GREECE, de 24 de março de 2016.

89 O artigo 15, nº 1, da Diretiva Regresso prevê a detenção de imigrantes submetidos ao procedimento de regresso, com a privação da liberdade quando houver risco de fuga ou de outras ingerências graves no processo de regresso ou de afastamento, bem como para preparar o regresso e efetuar o processo de afastamento, o que deve ser analisado em conjunto com o que prevê o art. 5º, nº1, da CEDH.

90 O TEDH declarou que os Estados membros têm não só as obrigações negativas de não causarem danos às pessoas, mas também obrigações positivas de as proteger contra a perda da vida ou ferimentos graves, inclusive de proporcionar acesso a serviços médicos. O Tribunal avalia nesses casos se as autoridades fizeram

como com o risco de ferimentos auto infligidos ou de suicídio, tanto durante a detenção prévia ao afastamento como durante o afastamento propriamente dito.

Para tanto, a Diretiva Regresso<sup>91</sup> exige que o estado de saúde e as vulnerabilidades específicas (como idade, problemas de saúde mental)<sup>92</sup> de cada pessoa sejam consideradas e avaliadas no processo de afastamento, nos termos do artigo 5º da Diretiva. Assim, um médico deve atestar a aptidão de saúde para viajar do imigrante. Caso, o estado de saúde física<sup>93</sup> ou mental não seja considerado apto, haverá justificativa para um eventual adiamento do afastamento (artigo 9º da mesma Diretiva).

Com essas breves linhas dos entendimentos de aplicação da CEDH pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos demonstra-se a clara interseção entre o direito à saúde e o direito à vida, na medida em que se protegerá o direito à saúde e será obrigação do Estado provê-lo ao estrangeiro, ainda que em situação irregular ou prévia à sua regularização, sempre que a vulnerabilidade da saúde puder implicar em perda ou risco de perda da vida, ou em condições degradantes de dignidade humana.

## **5 BREVES LINHAS SOBRE O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL E COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Sem pretensão de esgotar o tema, antes como um meio de provocar o estudo da questão, urge comentar a distinção entre direitos fundamentais e direitos sociais, no contexto de estudo dos direitos humanos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Tal diferença é marcante quando se observam os julgados em direito à saúde a não nacionais tanto no Brasil quando no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Pode-se conceituar direitos fundamentais do homem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, “concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade

---

tudo o que se poderia razoavelmente esperar para evitar um risco real e imediato para a vida de que tinham ou deveriam ter conhecimento. Precedentes: TEDH, *McCann e outros c. Reino Unido*, nº 18984/91, 27 de setembro de 1995, parágrafo 161; TEDH, *Velikova c. Bulgária*, nº 41488/98, 18 de maio de 2000, parágrafo 80. Ver também TEDH, *Branko Tomašić e outros c. Croácia*, nº 46598/06, 15 de janeiro de 2009 e TEDH, *Finogenov e outros c. Rússia*, nº 18299/03 e 27311/03, 20 de dezembro de 2011.

91 Diretiva Regresso (2008/115/CE).

92 TEDH, *M.S.S. c. Bélgica e Grécia [GS]*, nº 30696/09, 21 de janeiro de 2011; TEDH, *Darraj c. França*, nº 34588/07, 4 de novembro de 2010.

93 A legislação e as políticas nacionais também podem incidir sobre questões de saúde específicas, como é o caso das mulheres em estado avançado de gravidez.

humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional<sup>94</sup>.

Para José Afonso da Silva<sup>96</sup> a expressão “direitos fundamentais do homem” é mais adequada, pois resume a concepção do mundo de forma associada à ideologia política que cada ordenamento jurídico possui, tornando possível a reserva de prerrogativas e de instituições garantidoras para uma convivência digna, livre e igual. Essa colocação no ordenamento jurídico de cada Estado possibilita a elevação desses direitos como diretriz de todo sistema positivo, e faz com que os direitos fundamentais interfiram na defesa do homem em todos os campos do Direito.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, embora insira o direito à saúde como um direito social, tem na sua aplicação uma aproximação direta aos direitos fundamentais, sem que isso seja objeto de grandes questionamentos, de modo a conferir ao Estado a responsabilidade de promover o acesso aos serviços de saúde de forma gratuita, ainda que a sua efetivação se dê, em boa parte, por ordem judicial.

Daí que é possível afirmar que o direito à saúde foi reconhecido como um direito social fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil, que o inclui como um dos princípios basilares a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>97</sup> (CEDH), não trata dos direitos sociais, voltando suas forças normativas aos direitos fundamentais, a exemplo do que já entendeu a Corte Suprema Americana<sup>98</sup>.

Destarte, o direito à saúde ganha espaço enquanto direito conexo à proteção da dignidade humana (artigo 1º) e ao direito à integridade física (artigo 3º), comprovando que esse acoplamento de sistemas não significa fusão<sup>99</sup>, mas antes a ligação entre duas estruturas jurídicas que mantêm seus próprios contornos.

Sendo assim, a ausência de direitos sociais na CEDH não significa afirmar que eles não serão objeto de proteção pela TEDH, antes significa

94 CASTRO, J.L. Cascajo, LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gómes. *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilha: Universidade de Sevilha, 1979. p. 43.

95 Para aprofundamento sobre tema sugere-se: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004; e do mesmo autor: *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

96 SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr-jul, 1998.

97 Também traduzida como *Convenção Europeia de Direitos do Homem*.

98 Vide os casos *Harris v. McRae* (1980) e *Maher v. Roe* (1977).

99 SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004. p. 73 e 89.

demonstrar que o ordenamento jurídico está em constante conexão sistêmica. A abertura integracionista do Tribunal deu-se justamente no entendimento de aplicar não de forma isolada a CEDH, e sim aliada à Carta Social Europeia de 1961, fonte de fato responsável pela abrangência dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A par do que está previsto nas normas e da importante integração sistêmica entre elas, são latentes as limitações estatais e as distinções entre nacionais e estrangeiros, desafio este lançado à comunidade jurídica e aos operadores do direito, diante da insegurança gerada quanto à medida de fruição do direito à saúde pelo estrangeiro. E pior, também pelos nacionais, pois no caso do Brasil o direito à saúde já é atendido de forma insuficiente.

Daí que, possa isso ser considerado ou não um regresso ao acesso ao direito à saúde, observa-se um aumento e uma evolução jurisprudencial no sentido de que o Poder Judiciário pode intervir nas ações dos Estados, ponto comum no Brasil e na União Europeia, sempre que qualquer direito esteja prestado de forma ineficientes ou inexistentes.

## 6 CONCLUSÃO

O estudo nos documentos jurídicos internacionais não apresenta facilidades aos operadores jurídicos, os quais contam com fontes múltiplas cercadas de alterações no curso dos anos e ressalvas eleitas por cada um dos países signatários.

Mesmo o direito mais primordial de viver e de ter saúde não confere a ampla certeza de extraí-lo por completo dos textos legais, o que exige dos cidadãos a defesa perante os tribunais responsáveis pela aplicação desse direito.

A questão que se coloca para saúde, enquanto parte de um desejado processo de consolidação de uma cidadania democrática, é e continuará sendo política, notadamente quando envolve a sua efetivação e a gestão de recursos públicos para grupos alheios ao contexto social de um Estado.

O Brasil e a União Europeia – esta muito mais do que o primeiro, passam por uma recepção abrupta de imigrantes e pelo desafio de adotar, urgentemente, medidas objetivas e criteriosas de gestão nos serviços públicos.

Como afirma Germano Schwartz<sup>100</sup>, o sistema político e o sistema jurídico não se confundem, pois são funcionalmente diferenciados. Contudo, cada sistema conta com o feedback do outro, competindo, ao final, somente ao sistema jurídico a função da decisão, da escolha.

Percebeu-se que na aplicação do direito à saúde aos estrangeiros não residentes, o atendimento ganha limites e fica mais próximo do conceito

100 *Ibidem*, p. 75.

de direito à vida, afastando-se do conceito amplo de direito à saúde como um direito a uma vida saudável ou a ter saúde em sentido amplo.

O direito à saúde associa-se ao direito à vida aqui frente a um risco objetivo e claro de morte (seja por uma causa natural, por doença, seja por um tratamento desumano ou por uma violência), enquanto uma linha ténue do limite à ausência completa do direito à saúde.

No Brasil, onde o direito à saúde é aplicado pelo Poder Judiciário, atualmente, com ampla e quase irrestrita interpretação, compelindo o Estado a prestações independentemente dos padrões legislativos existentes no ordenamento nacional, fica ainda mais clara a diferença de tratamento quando o sujeito da prestação for estrangeiro não residente.

Pondera-se esse contexto de distinção apenas sob o ponto de vista jurisprudencial e legislativo, uma vez que acaba por estar a par do cotidiano enfrentado nas unidades básicas de saúde das cidades brasileira alvo de ingresso de imigrantes, obrigadas ao atendimento mesmo daqueles que buscam serviços de saúde sem qualquer tipo de identificação ou documento de ingresso.

Outra realidade está sob o comando do TEDH, em que o volume de produção jurisprudencial exigiria a análise por volumes escritos e cuja resolução das situações políticas nas fronteiras europeias está em franca expansão, ainda que longe do fim.

A toda evidência, não se exclui o desafio que o TEDH enfrenta no cumprimento dos seus julgados, frente aos poucos instrumentos coativos de que dispõe a CEDH, mas que mesmo assim conferem uma proteção jurídica não apenas aos requerentes estrangeiros, mas também aos Estados, munidos, em princípio, de um interesse comum de resolução dos conflitos.

Por essas considerações, constata-se que o estudo sobre o direito à saúde está longe de esgotar-se e que muito ainda será necessário equalizar para enfrentar a nova realidade de circulação de pessoas e o consequente acesso aos direitos dela decorrentes.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Vanessa Oliveira. *União Europeia*. Livre circulação de pessoas e direito ao asilo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*: União Europeia e Mercosul. São Paulo: Saraiva, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, J.L. Cascajo; LUÑO, Antonio-Enrique Pérez; CID, B. Castro; TORRES, C. Gómes. Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979.

CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro; KARSCH, Ursula S. *A saúde como direito e como serviço*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

CUNHA, Alessandra Marchioni Pereira da. *As limitações da democracia na formação da União Europeia*. Barueri, SP: Manole, 2004.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11.ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004.

SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr-jul, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

*Sistema de Refúgio brasileiro*. Desafios e perspectivas. Comitê Nacional para Refugiados - CONARE. Ministério da Justiça. Publicado em março de 2016.

World Migration Report 2015. Migrants and Cities: New Partnerships to Manage Mobility. International Organization for Migration (IOM). Genebra, Suíça. 2015.

---

A PROIBIÇÃO DO USO DO *BURKINI* NA  
FRANÇA. ANÁLISE À LUZ DA PROTEÇÃO  
INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS  
FRENTE À AMEAÇA DO TERRORISMO  
*THE BURKINI BAN IN FRANCE. ANALYSIS IN THE LIGHT OF  
INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PROTECTION IN THE  
FACE OF THE TERRORIST THREAT*

---

*Thirzzia Guimarães de Carvalho*

*Procuradora Federal em exercício no Departamento de Contencioso da PGF. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás, Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Goiás e em Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do terrorismo e da reação da comunidade internacional: limites; 2 Da problemática advinda da diversidade cultural no mundo globalizado ameaçado pelo terror. O caso francês: proibição do uso do *burkini*; 3 Da proteção internacional do direito à igualdade e não discriminação e da liberdade de pensamento, consciência, religião e crença. Dos Limites da atuação estatal que restringe o exercício de direitos humanos universais. Da decisão do Conselho de Estado Francês no caso *burkini*; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A proibição do uso do *burkini* – traje de banho islâmico – decretada por alguns municípios franceses durante o verão de 2016 é analisada no presente estudo à luz da proteção internacional de direitos humanos e das liberdades fundamentais, em especial a liberdade de expressão, consciência, religião e crença. Objetiva-se expor a polêmica advinda da proibição do uso de uma vestimenta típica de uma parcela minoritária da população francesa frente à necessidade de construção de um ambiente global colaborativo para a definição de uma política antiterrorista eficaz.

**PALAVRAS-CHAVE:** Burkini. Islamismo. Terrorismo. Direitos humanos. Liberdade.

**ABSTRACT:** This study analyzes the ban on the Islamic burkini - full-body swimsuit – dictated by some French cities during the summer of 2016, in the light of international human rights protection and fundamental freedoms, particularly freedom of thought, conscience, religion and belief. It aims to outline the controversy caused by the banning of typical clothing worn by a minority of the French population in the face of the need to build a collaborative global environment to establish an effective anti-terrorism policy.

**KEYWORDS:** Burkini. Islam. Terrorism. Human rights. Freedom

## INTRODUÇÃO

A ameaça do terrorismo constitui um dos maiores desafios a serem enfrentados pela comunidade internacional na atualidade.

Desde os atentados ocorridos em 11 de setembro de 2011 nos Estados Unidos e, mais recentemente, na França, por ação de extremistas políticos islâmicos, o mundo ocidental vem seguindo uma tendência de associar a religião islâmica aos atos violentos praticados por uma minoria que se diz agir em nome do Islã.

As reações aos atos de brutalidade têm desencadeado medidas que, em última análise, representam uma estratégia para vencer a ameaça terrorista sob o prisma existencial: mediante reafirmação do discurso relacionado à preservação da identidade nacional ou cultural de nações vítimas de atentados para justificar restrições impostas a grupos religiosos minoritários que, longe de reprimir ou prevenir o terror, acabam por excluir e estigmatizar indivíduos, dificultando o diálogo intercultural entre os povos e violando direitos inerentes a toda pessoa humana em uma sociedade globalizada.

Nesse contexto, o presente estudo analisa a polêmica advinda da proibição do uso do *burkini* – traje de banho islâmico – decretada por municípios franceses durante o verão de 2016, à luz da proteção internacional de direitos humanos e das liberdades fundamentais, em especial o direito à igualdade e não discriminação e à liberdade de expressão, consciência, religião e crença.

Questiona-se a eficácia desse tipo de medida para fins de preservação de valores caros ao estado francês e suas consequências para o meio social multifacetado e para a construção de um ambiente global colaborativo e apto a definir uma política antiterrorista eficaz.

A abordagem do tema traduz uma crítica a políticas discriminatórias como as relacionadas à proibição do uso de determinada vestimenta por mulheres islâmicas que, sob o pretexto de preservar a segurança, a ordem pública local e o secularismo do Estado, desrespeita diferenças culturais e viola direitos universais reconhecidos pela ordem jurídica internacional.

### 1 DO TERRORISMO E DA REAÇÃO DA COMUNIDADE INTERNACIONAL: LIMITES

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, as preocupações da comunidade internacional com o terrorismo se intensificaram. O fenômeno, no entanto, não é recente. Ao longo da história vários casos de ações terroristas foram perpetrados por meio do uso do *terror* como ação política

destinada a inibir opositores, podendo-se citar os episódios de extrema violência ocorridos durante a Revolução Francesa em 1789.

Sun Tzu, na obra “A Arte da Guerra”, publicada há mais de dois mil anos, sintetizou a essência desses atos na seguinte sentença: “Mate um; amedronte dez mil”<sup>1</sup>.

As características dos atos tidos como terroristas variam no tempo e no espaço e ostentam propósitos muito diversificados para embasar os diferentes meios de violência empregados. A ideia que se tem sobre o terrorismo pode não ser a mesma para todos os povos do mundo, em especial entre os do Ocidente e os do Oriente.

Valério de Oliveira Mazzuoli, a despeito de reconhecer a inexistência de um consenso na doutrina para a definição precisa do termo *terrorismo*, destaca sua conotação de ação política extrema hostil às leis da guerra, aos normativos internacionais contra conflitos armados e à proteção internacional dos direitos humanos. Conceitua a expressão da seguinte forma:

*Por terrorismo se entendem os atos violentos de uma pessoa ou grupo de pessoas, praticados de surpresa e geradores de terror, contra pessoas inocentes ou alvos normalmente sem interesse militar, voltados à demonstração de insatisfação para com os poderes constituídos, a fim de modificar ou substituir por outro regime político existente. Pode também ser praticado para chamar atenção da opinião pública sobre determinado ponto de interesse ou, ainda, para manter um regime (normalmente antidemocrático) vigente em determinado Estado e em vias de ser alterado.*<sup>2</sup>

Esclarece o autor que os motivos que levam a tais atos são os mais diversos, como questões religiosas, políticas ou econômicas, marcados por uma característica essencial: a imprevisibilidade, “que impede que as autoridades estatais e a população civil em geral se defendam dos ataques cometidos”.<sup>3</sup>

Antônio Cachapuz de Medeiros, ao tratar do tema na agenda internacional, esclarece:

O terrorismo internacional está, via de regra, associado a conflitos regionais. Busca, quase sempre, o avanço de uma causa e o

1 TZU, Sun, A arte da Guerra, apud FLECK, Gabriela Grings. *A responsabilidade civil do Estado por danos ambientais decorrentes de atos terroristas*. Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2008. p. 68.

2 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.094.

3 *Ibid.*, p. 1095.

restabelecimento do equilíbrio, muitas vezes perdido no quadro do conflito em que se insere. Utiliza redes de simpatizantes ou diásporas étnicas. Os terroristas são, frequentemente, treinados e financiados por Estados que deles se servem para pressionar outros Estados. Os métodos são de todos conhecidos: atentados à bomba, sequestros, apoderamentos ilícitos de aeronaves, entre outros.<sup>4</sup>

Medeiros destaca que muitas divergências vêm impedindo a concordância com uma definição universal de terrorismo no âmbito da Organização das Nações Unidas, tendo em conta que “o terrorismo de Estado pode ser imputado a diversos países-membros daquela Organização”.<sup>5</sup> Observa que nos dias de hoje o terrorismo internacional alcançou

um grau inusitado de organização e virulência, que não mais aflige somente regiões tradicionalmente voláteis; sofisticou-se e, crescentemente, vem-se sofisticando, dele resultando vínculos cada vez mais estreitos de grupos terroristas com redes criminosas internacionais atuantes, sobretudo no tráfico internacional de drogas e armas.<sup>6</sup>

Apesar da crescente preocupação da comunidade internacional quanto à intensificação dos atos de terrorismo no mundo, em especial pelos atentados ocorridos em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos e, mais recentemente, na França (entre 2015 e 2016), o tratamento jurídico conferido na órbita internacional para reprimir e prevenir tais atos são ainda incipientes, na visão de Valério Mazzuoli.<sup>7</sup>

Com efeito, há 12 convenções internacionais multilaterais em vigor para o combate ao terrorismo, a maioria sob a égide da Organização das Nações Unidas, outras, da Agência Internacional de Energia Atômica, que, em síntese, buscam tipificar os atos, segundo a conduta delituosa praticada. Esse esforço vem proporcionando uma maior uniformidade ao tratamento jurídico do tema e habilitando a comunidade internacional a tomar providências para submeter os responsáveis à Justiça.<sup>8</sup>

Prevalece no âmbito das Nações Unidas a necessidade de *cooperação* entre os Estados para o combate ao terrorismo, à luz do *princípio da competência universal* para a punição de tais condutas. Afinal, a política

4 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Terrorismo na Agenda Internacional. *Revista CEJ*, Brasília: n. 18, p. 64, jul./set. 2002.

5 *Ibid.*, p. 64.

6 *Ibid.*, p. 64.

7 *Ibid.*, p. 1095.

8 Cf. MEDEIROS, *op. cit.*, p. 64.

de combate às diferentes formas de terrorismo representa um desafio global e não isolado de qualquer nação. O sentimento de vulnerabilidade e de comoção gerados por força da violência e do ódio indiscriminados representados nesses atos afeta a todos.

A reação da comunidade internacional a essas formas de violência indica, portanto, duas frentes de atuação para eliminar o terrorismo no mundo: a *punição* e a *prevenção*, tendo como *marco limitador* o respeito aos direitos humanos e ao devido processo legal.

Nesse sentido adverte Mazzuoli: “a luta contra o terrorismo deve estar pautada pelo respeito aos princípios contidos na Carta das Nações Unidas, bem como às regras do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos”, destacando a lição do professor Cachapuz de Medeiros:

a imperiosa luta contra o terrorismo não pode ser conduzida às expensas do devido processo legal, do respeito aos direitos humanos e às liberdades civis [...]. *O sacrifício das liberdades fundamentais no combate ao terrorismo, ao dar margem a atos arbitrários ou discriminatórios, representaria um retrocesso que viria ao encontro dos interesses dos grupos terroristas*.<sup>9</sup> (grifo do autor)

Com efeito, defende-se, de um lado, que não haverá tolerância, no âmbito internacional, ao uso de violência indiscriminada como arma política, a par da necessidade de se garantir um tratamento justo e proporcional, inclusive o gozo de direitos e garantias previstas na legislação do Estado em cujo território se encontre, além das disposições pertinentes ao Direito Internacional.

Do contrário, o uso indiscriminado da força estatal e de discriminações de natureza culturais, étnicas, ideológicas ou religiosas nas ações relacionadas à repressão do terrorismo, que prescindia da preservação das garantias e direitos tidos como fundamentais, acabaria por prestigiar o interesse dos próprios terroristas em espalhar o terror, colocando-se em risco as presentes e futuras gerações.

Isso porque o avanço do combate ao terrorismo não pode caminhar dissociado da construção de um ambiente de cooperação entre os estados envolvidos e, por certo, do respeito às diferenças entre os povos. Talvez este seja o maior desafio da comunidade jurídica: conseguir influenciar

---

9 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Direito Internacional e o Terrorismo. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 25-42, apud MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 1098.

os estados para evitar decisões drásticas e discriminatórias no combate ao terrorismo, sob pena de se nutrir um impulso de brutalidade que naturalmente surge diante da perplexidade e comoção geradas pela violência.

Assim, considerando que o terrorismo representa uma ameaça e também fonte de violação de direitos humanos no mundo todo, há de se construir caminhos que considerem a complexidade do fenômeno e a necessidade, de um lado, de punir os responsáveis e, de outro, de proteger inocentes, aliado a políticas estratégicas de prevenção de novos atos.

## 2 DA PROBLEMÁTICA ADVINDA DA DIVERSIDADE CULTURAL NO MUNDO GLOBALIZADO AMEAÇADO PELO TERROR. O CASO FRANCÊS: PROIBIÇÃO DO USO DO BURKINI

Das notícias internacionais recentes chama atenção a seguinte matéria:

Alemanha estuda proibir o uso da burca

O ministro do Interior da Alemanha, Thomas de Maizière, prepara *medidas para reforçar as leis antiterroristas* que poderão incluir a proibição do uso da burca – veste adotada como norma para mulheres em parte do mundo islâmico, que cobre o corpo inteiro, da cabeça aos pés. O pacote é *resposta* do governo a três ataques cometidos no sul do país em julho, dois deles reivindicados pelo Estado Islâmico (EI), com saldo de mais de 20 feridos.

[...]

De acordo com o jornal popular ‘Bild’, o maior de circulação no país, que cita fontes dos serviços de segurança, De Maizière também quer acelerar o processo de expulsão de refugiados e demandantes de asilo político que ‘representem perigo para a segurança pública’. A Alemanha fechou o ano passado com um saldo de mais de 1 milhão de pedidos de asilo recebidos, como parte da onda de imigração recebida pela Europa.

[...]

‘Vivemos tempos difíceis’, disse De Maizière, sem adiantar detalhes sobre o *pacote antiterrorista*, mas com o cuidado de ressaltar que considera elevado o risco de novos atentados no país.<sup>10</sup> (grifo do autor)

10 BRASIL. *Correio Brasiliense*. Alemanha estuda proibir uso da burca. Coluna Mundo. Brasília: 11 ago 2016, p. 15.

No dia seguinte, a BBC News destaca: “Cannes proíbe o uso de *burkinis* por suspeita de ligação com o islamismo radical”:

O prefeito de Cannes, situada no sul da França, proibiu o uso de maiôs de corpo inteiro conhecido como ‘burkinis’ nas praias, citando preocupações de ordem pública. David Lisnard disse que *o traje é um ‘símbolo do extremismo islâmico’ e pode desencadear confrontos, na medida em que a França vem sendo alvo de ataques islâmicos.*

A França está em alerta máximo após uma série de incidentes, incluindo o ataque com um caminhão ocorrido em julho na cidade vizinha Nice.

[...]

Esta não é a primeira vez que a roupa das mulheres tem sido restrita na França. Em 2011, tornou-se o primeiro país da Europa a proibir o véu islâmico integral, conhecido como a burca.<sup>11</sup> (grifo do autor)

As matérias jornalísticas acima retratam o ambiente de tensão e insegurança que se instalou na Europa nos últimos anos, após ter sido alvo de uma série de atentados terroristas e os reflexos do fenômeno migratório desencadeado por guerras em curso no Oriente, que a colocou em contato direto com a diversidade cultural advinda do mundo árabe.

Na verdade, desde os atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2011 nos Estados Unidos, o mundo ocidental vive em estado de alerta, seguindo uma tendência de associar a religião islâmica<sup>12</sup> aos atos violentos praticados por uma minoria que se diz agir em nome do Islã.

Especificamente em relação à França, entre os anos de 2015 e 2016 o país foi alvo de ataques terroristas que aterrorizaram não apenas a sua população, mas toda a sociedade mundial. Em janeiro de 2015 a redação de

11 “Cannes bans burkinis over suspected link to radical Islamism. The mayor of Cannes in southern France has banned full-body swimsuits known as “burkinis” from the beach, citing public order concerns. David Lisnard said they are a “symbol of Islamic extremism” and might spark scuffles, as France is the target of Islamist attacks.

France is on high alert following a series of incidents including July’s truck attack in nearby Nice. Anyone caught flouting the new rule could face a fine of €38 (£33). They will first be asked to change into another swimming costume or leave the beach. Nobody has been apprehended for wearing a burkini in Cannes since the edict came into force at the end of July. This is not the first time that women’s clothing has been restricted in France. In 2011 it became the first country in Europe to ban the full-face Islamic veil, known as the burka, as well as the partial face covering, the niqab. [...]”. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-37056742>> Acesso em: 25 set. 2016.

12 Pesquisas informam que há 1,6 bilhões de seguidores do islamismo em todo o mundo. Cf. VERSIGNASSI, Alexandre. Maomé. A face oculta do criador do Islã. *Revista Super Interessante*, ed. 343, p. 1-16, fev. 2015.

um jornal foi atacada por extremistas islâmicos, matando 12 pessoas. Em novembro de 2015 a capital Paris foi novamente alvo de ataques praticados por extremistas que mataram dezenas de pessoas com tiros e bombas. Em 14 de julho de 2016 um terrorista islâmico promoveu um atropelamento de pessoas que participavam de um evento público em comemoração ao Dia da Bastilha em Nice, matando 85 pessoas.<sup>13</sup>

A reação do Estado francês a esses ataques, por sua vez, tem pautado polêmicas discussões internas e internacionais quanto à restrição de liberdades individuais reconhecidas universalmente, sob o fundamento de preservação da ordem pública, da segurança nacional e da laicidade do Estado.

Em 1905 a França proclamou a separação entre Igreja e Estado. Em 2004 o país proibiu o uso de emblemas religiosos em escolas e faculdades. E em 2010 foi o primeiro país europeu a banir o uso do véu integral islâmico em público, conhecido como *burca* ou *niqab*, seguido pela Bélgica e, mais recentemente, pela Bulgária.<sup>14</sup>

As justificativas levantadas pelo legislador para proibir o uso desse tipo de vestimenta são várias, com destaque para: i) a preservação do Estado laico, por meio da proibição da ostentação pública de símbolos religiosos; ii) a proteção da segurança nacional e da ordem pública, de modo a impedir que terroristas se valham desse tipo de traje para dificultar o seu reconhecimento ou ocultar armamentos; iii) a proteção dos direitos e liberdades da mulher; iv) reafirmação de valores que representam a identidade nacional do país, em especial ao que significa “ser francês” e o “desejo por viver juntos” como nação.<sup>15</sup>

Como se vê, a lei é de aplicação geral, mas atinge particularmente uma minoria de mulheres muçulmanas que usam o véu completo e que arcarão com as consequências de eventual descumprimento.<sup>16</sup>

A novidade que veio na sequência, com base nessa mesma linha de argumentação defensiva, recaiu novamente sobre mulheres islâmicas e foi ainda mais polêmica. Desta vez, a vestimenta tida como atentatória

13 Cf. <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2016-07-14/relembre-atentados-terroristas-paris.html>>. Acesso em: 25 set. 2016.

14 Cf. <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/09/bulgaria-proibe-o-uso-de-veu-integral-para-as-musulmanas.html>>. Acesso em 30 set. 2016.

15 No caso da proibição do uso da burca ou niqab na França, a matéria foi objeto de questionamento perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, que em 2014 julgou o Caso de S.A contra a França, entendendo, por votação majoritária, que a proibição foi proporcional em relação aos bens ou interesses que se pretendia proteger. Cf. Case of S.A.S v. France. Disponível em: <[http://unirep.rewi.hu-berlin.de/doc/or/2014/0827/Rspr\\_EGMR\\_zu\\_Burqaverbot.pdf](http://unirep.rewi.hu-berlin.de/doc/or/2014/0827/Rspr_EGMR_zu_Burqaverbot.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2016.

16 Cf. <<http://www.dw.com/pt-br/proibi%C3%A7%C3%A3o-da-burca-segue-sendo-pol%C3%AAmica-na-fran%C3%A7a/a-19178841>>. Acesso em 30 set. 2016.

à ordem pública foi o *burkini* - traje de banho islâmico – que cobre o corpo e os cabelos da mulher, deixando apenas o rosto aparente, cujo uso foi proibido por municípios situados no litoral mediterrâneo da França durante o verão de 2016.

As razões sustentadas pelos prefeitos que editaram os decretos proibitivos foram no sentido de que o *burkini* representaria uma *provocação* ao povo francês, abalado com os ataques recentes promovidos por extremistas islâmicos, além da *ostentação* de um símbolo religioso nas praias do país que prima pela separação entre Igreja e Estado e pela preservação de valores que representam sua identidade nacional.

Grande controvérsia se instalou mais uma vez na França e em todo o mundo acerca da razoabilidade da medida, que restringe a liberdade de uma parcela minoritária da sociedade de escolher livremente o que vestir para frequentar espaços públicos, em prol de objetivos que não parecem alcançáveis pelos meios utilizados.

Com efeito, causa espécie a adoção desse tipo de medida como decisão política lançada no contexto da guerra contra o terrorismo. As autoridades inserem proibições que recaem sobre o comportamento cultural e religioso de grupos minoritários da sociedade no que denominam “pacotes antiterroristas” ou “medidas para reforçar as leis antiterroristas”, conforme consta das declarações públicas transcritas acima, a despeito de inexistir qualquer evidência da eficácia desse tipo de proibição para a repressão ou prevenção de ações terroristas.

A polêmica se intensificou, em especial, após a divulgação de notícias sobre multas aplicadas a mulheres muçulmanas por trajar o *burkini* e da abordagem de policiais que lhes exigiam a retirada da veste nas areias das praias.

Para os apoiadores da proibição ela se dá em nome *cultura francesa* e de ditames relacionados à *preservação de condições favoráveis à convivência social*, ao passo que a vestimenta simbolizaria o separatismo, em prejuízo da ideia de união nacional.<sup>17</sup>

Porém, vale indagar: a medida tem contribuído para pacificação do meio social culturalmente diversificado? Quais foram as consequências

17 Sobre o discurso utilizado pelas autoridades francesas para justificar a medida, a matéria jornalística divulgada pela BBC News de 17 de agosto de 2016 relata: “In fact, the burkini challenges two fundamental French values and traditions: women’s emancipation and a desire to live together as one nation. The country that gave the bikini to the world, following on a long tradition of influential women - from philosopher Madame du Chatelet, friend of Voltaire, to Coco Chanel, by way of Simone de Beauvoir, author of the ground-breaking female study *The Second Sex* - is shocked to see that some French women accept what it sees as the diktat of religion and of men on them. The burkini also deeply challenges the notion of national unity, which is at the heart of the French narrative. The burkini is seen as a symbol of separatism and, for some, to allow it is to undermine the very idea of France. [...]”. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-37093420>>. Acesso em 25 set. 2016.

observadas após a proibição? Ela se revelou eficaz para preservar os valores alegados ou para proteger a população local de novos atentados terroristas? Ou tem acirrado sentimentos de preconceito, intolerância e insegurança entre os diferentes membros da sociedade?<sup>18</sup>

Para a Associação Francesa Anti-Islamofobia, CCIF, a medida não parece razoável, mas sim discriminatória e atentatória à liberdade de religião e expressão do pensamento, pelo que recorreu ao Conselho de Estado, a mais alta corte administrativa da França, com o objetivo de suspender o decreto que banuiu o uso do *burkini* em Villeneuve-Loubet, após perder em primeira instância.<sup>19</sup>

Dilaine Binicheski, ao abordar a pluralidade de visões extraídas do diálogo entre a cultura islâmica e a ocidental, esclarece a origem dos conflitos sociais, como a que se observa no caso em análise. Afirma a autora:

O homem, separado em grupos com sua linguagem própria, sua visão de mundo, seus costumes e expectativas, é levado a ver o mundo através do seu modo de vida, considerando sua cultura como a mais correta. Esta tendência etnocentrista tem acarretado diversos conflitos sociais. É comum a crença do povo eleito, predestinado a ser superior, o que tem acarretado racismo, intolerância, discórdia, além de resultar, também, em apreciações negativas dos padrões culturais de povos diferentes.<sup>20</sup>

Destaca, ainda, que a proteção de direitos humanos vista apenas sob ótica ocidental enseja “marginalizações, silenciamentos, exclusões ou liquidações de outros conhecimentos”.<sup>21</sup>

De fato, o mesmo extremismo que se procura combater parece ser a tônica das medidas lançadas como justificativa para preservar a identidade cultural e o secularismo francês.

Parece contraditório para um Estado que prima pela laicidade lançar mão de restrições legais que recaem sobre a liberdade de crença e de expressão dos indivíduos, por reconhecer que o seu simbolismo religioso representa ameaça à ordem pública e à sua identidade nacional. Se o Estado é laico, por que se imiscui na forma de expressão religiosa de uma parcela da sociedade? Ao realizar o juízo de valor acerca da adequação da forma

18 Cf. Poirier, Agnes. *Burkini beach row puts French values to test*. *BBC News*, 17 ago 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-37093420>>. Acesso em 25 set. 2016.

19 *Ibid.* Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-37093420>>. Acesso em 25 set. 2016.

20 Direitos Humanos Internacionais: *Cultura Islâmica frente às relações de gênero*. Santo Ângelo: Departamento de Ciências Sociais Aplicadas/Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, 2010, p. 84. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146922.pdf>> Acesso em: 09 set. 2016.

21 *Ibid.* p. 124.

utilizada pelos indivíduos para manifestar seu pensamento ou crença, não estaria o Estado violando seu secularismo? Se a pretensão é manter hígida a separação de valores religiosos das questões de Estado, trazer para o ordenamento jurídico restrições ao exercício dessas liberdades com base em valores culturais da maioria e no sentimento de receio do “avanço” do islamismo, parece um contrassenso, além de violar direitos universalmente reconhecidos à pessoa humana.

Em outras palavras, por que um Estado que optou por pautar sua atuação distante de quaisquer valores religiosos se incomoda com a vestimenta de um grupo de mulheres, por reconhecer na veste um simbolismo religioso?

A imposição pela ordem jurídica de um padrão cultural majoritário enseja, na verdade, um grande risco de marginalização de um segmento da sociedade, no caso, a mulher islâmica, cuja presença parece estar sendo rejeitada pelo Estado francês, na medida em que este estigmatiza sua opção de vestimenta e expressão de pensamento, ainda que religioso.

Se a liberdade das mulheres é tolhida por uma cultura islâmica extrema em alguns países do Oriente, como criticam alguns, a melhor forma de se opor a essa cultura tida por arbitrária seria proibi-las de usar uma determinada vestimenta em solo ocidental, a ponto de obriga-las a se despir em locais públicos para atender a uma ordem local? Seria essa a política mais adequada para proteger a liberdade das mulheres, preservar valores seculares e se construir um ambiente favorável à integração social de povos que se unem pelo “desejo de viver juntos”?

No que se refere à questão de gênero, a consequência desse tipo de medida é que a mulher, seja na cultura oriental ou na cultura ocidental, tem sido alvo de um código de conduta que lhe é imposto. Ignora-se a possibilidade delas se vestirem de determinada maneira por opção, religiosa ou apenas pessoal.

Sobre o tema, a despeito da positivação jurídica do princípio da igualdade entre homens e mulheres na órbita internacional e em grande parte do direito interno dos estados, o que se vê é que as situações de discriminação persistem e não são obra exclusiva do Oriente, restando presentes também no mundo ocidental.

Dilaine Binicheski aborda em seu estudo a questão do uso do véu pelas mulheres islâmicas e os conflitos que esse código de vestimenta tem gerado na Europa, *verbis*:

[...] o curioso é que o uso do véu não é prerrogativa da cultura islâmica, pois sua utilização pode ser encontrada em algumas denominações do judaísmo, como no hassidismo, onde o uso do véu (*kisui harosh*)

simboliza modéstia, santidade e pureza. ‘É considerado que a mulher que cobre os cabelos traz bênção para si mesma, seu marido, filhos e até netos e a sua recusa em cobri-los acarretará o oposto, desgraça e tristeza para estas pessoas’. Em comunidades judaicas ortodoxas é possível se verificar, na entrada das sinagogas, véus para que as mulheres casadas o utilizem nas cerimônias religiosas, inclusive quando acende as velas no sabbath (dia de descanso judaico). No cristianismo o véu também se fez presente nos rituais litúrgicos e, de maneira mais marcante, na vestimenta das freiras. Aliás, interessante observar que as vestimentas dessas pouco diferem da utilizada pela mulher muçulmana, embora exista uma reação completamente diversa no trato destes dois mundos. *O Ocidente vê a utilização do véu pela mulher islâmica como sinal de submissão e opressão, ao passo que a veste da freira é vista como sinal de fé, muito embora não exista uma diferença significativa entre as vestes de uma e de outra.*<sup>22</sup> (grifo do autor)

Já Alain Touraine, ao expor o resultado de sua pesquisa realizada com mulheres islâmicas que vivem na França, informa:

Para elas é impossível escolher entre as duas culturas às quais pertencem, mas impossível, sobretudo, viver inteiramente em uma delas. A única escolha possível não é a melhor; ela é simplesmente a menos pior: ser simultaneamente muçulmanas e francesas, aceitando ao mesmo tempo ser rejeitadas pela comunidade muçulmana (e até mesmo pela família) e ser rejeitadas ou mantidas num destino inferior pela sociedade francesa. A ambivalência se expressa desta forma: como não se pode escolher entre estes dois lados opostos, somos constrangidas a viver de maneira não satisfatória, até mesmo frustrante, simultaneamente nos dois lados.<sup>23</sup>

Com efeito, a França, historicamente conhecida por sua posição de vanguarda no campo das liberdades individuais, demonstra retrocesso com as restrições de vestimenta impostas à mulher islâmica, muito embora a edição de leis nesse sentido não são exclusividade do Estado francês, o que evidencia a problemática do mundo ocidental em compreender e respeitar os valores do mundo islâmico.

---

<sup>22</sup> Op. cit., p. 157/158

<sup>23</sup> TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma para compreender o mundo de hoje*. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2007, apud Binicheski, Dilaine, op. cit., p. 187.

Ao tratar da proteção dos direitos humanos em um mundo globalizado e marcado pela diversidade cultural, Dilaine Binicheski defende, como solução, que

compreender a diversidade de culturas tão diferentes entre si, como a cultura islâmica e a ocidental, é o caminho inicial para a integração, o que implica um exercício de compreensão e de respeito às identidades e diferenças, única possibilidade viável de construção de um diálogo internacional.

No âmbito das Organizações das Nações Unidas, por ocasião da 71ª sessão ocorrida em 02 de agosto de 2016, seu Secretário-Geral submeteu à Assembleia-Geral relatório provisório elaborado por Heiner Bielefeldt, Relator Especial designado para tratar das questões afetas à liberdade de religião e de crenças, abrangidas pelo programa de promoção e proteção dos direitos humanos da organização.

O relatório abordou a ampla gama de violações à liberdade de pensamento, consciência, religião e crenças, suas causas e variáveis, incluindo a perspectiva de gênero, tendo por objetivo sensibilizar os leitores e os governos quanto à necessidade de adoção de medidas eficazes para prevenir e eliminar as diferentes formas de intolerância religiosa.

Dentre as principais causas de violações à liberdade de religião e crença, o relatório aponta o uso da religião para demarcar a identidade nacional ou cultural de alguns países ou o excessivo controle político exercido sobre a sociedade no contexto da “guerra contra o terrorismo”.<sup>24</sup>

Sobre o primeiro aspecto, o relatório destaca que, da mesma forma que alguns governos fazem uso da religião na retórica sobre a identidade nacional do país, também existem religiões privilegiadas sob os auspícios de Estados seculares. A despeito da sua neutralidade oficial, estes Estados demarcam sua identidade nacional mediante estabelecimento de nítidas distinções entre religiões “nacionais”, dignas de apoio, e religiões “estrangeiras”, estas consideradas perigosas e destrutivas para a coesão nacional. Continua afirmando que, a despeito da existência de religiões nacionais hegemônicas em alguns países, estes também podem abrigar minorias tradicionais que se consideram partes constitutivas do “mosaico tradicional” local, muito embora submetidas não raramente a discriminações e hostilidade.<sup>25</sup>

24 Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia-Geral. *Elimination of all forms of religion intolerance*. Seventy-first session, 2 August 2016, p. 12. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/57c6cab14.pdf>>. Acesso em 25 set. 2016.

25 2. Utilizing religion for demarking national identity: 28. Apart from Governments that pretend to protect particular religious truth claims, many Governments promote certain religions in order to define and demark their national or cultural identity. The use of religion in rhetoric on national identity occurs more

Acerca do controle político exercido pelo governo de alguns países sobre a sociedade, o relator especial afirma que as pesquisas de campo demonstraram que a “guerra contra o terrorismo” tem se revelado um pretexto conveniente para vários governos que desejam impor medidas de amplo controle que violam a liberdade de religião ou crença, além de outros direitos humanos.<sup>26</sup>

Em conclusão, o relatório alerta quanto à importância do respeito às liberdades de religião e crença pelos estados, sob pena da perda de confiança da população nas instituições públicas, a gerar um crescente processo de fragmentação institucional, o que pode levar à formação de um vácuo político a ser preenchido por organizações terroristas que operam em nome da religião.<sup>27</sup>

Nesse contexto, a proibição do uso do *burkini* nas praias francesas, além de não contribuir para a solução da principal questão – a ameaça do terrorismo

---

frequently than governmental aspirations to protect the “purity” of specific truth claims. The singling out of certain religions or beliefs for special protection as part of a national heritage sometimes leads to their formal entrenchment in the Constitution or in other legal statutes. Privileged religions also exist under the auspices of “secular” States. In spite of their claim to be religiously neutral, quite a number of formally secular States nonetheless demarcate their national identity by drawing sharp distinctions between “national” religions worthy of support and “foreign” religions deemed dangerous or destructive to national cohesion. 29. A country’s officially or factually protected national heritage can cover more than one religion. Besides the traditionally hegemonic national religion, it may also include certain traditional minorities, which are viewed as constituting parts of the country’s “traditional mosaic” (see A/HRC/22/51/Add.1). In such a constellation, the dividing line between accepted and non-accepted communities may chiefly run between traditional and non-traditional religions. While those minorities who have traditionally resided in the country are more or less appreciated, people belonging to so-called “non-traditional” minorities, by contrast, may face suspicion and hostility. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, op. cit., p. 10. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/57c6cab14.pdf>>. Acesso em 25 set. 2016.

26 3. Exercising excessive political control: 31. Yet other Governments commit violations of freedom of religion or belief for utterly mundane purposes, for example, in the interest of exercising political control over society as a whole. In this context, the “war on terrorism” has proven a convenient pretext for a number of Governments when wishing to impose far-reaching control measures that encroach on freedom of religion or belief and other human rights. Ibid, p. 10. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/57c6cab14.pdf>>. Acesso em 25 set. 2016.

27 74. For a comprehensive analysis of existing and emerging problems, all root causes, motives and factors underlying violations of freedom of religion or belief must be taken seriously. This includes intolerant and narrow-minded interpretations of religions — in other words, theological issues — as well as political, social and economic factors. While Governments that see themselves as guardians of certain religious truth claims impose restrictive measures against “unbelievers” and “heretics”, other Governments utilize particular religions in order to demarcate their national identities, thus creating dividing lines between “national” and “foreign” religions or between “traditional” and “non-traditional” religions. Yet other Governments violate freedom of religion or belief by exercising excessive political control over religious community life in order to defend authoritarian political structures or party monopolies against possible challenges that may arise from people meeting freely and communicating outside of tightly monitored official channels. Moreover, loss of trust in public institutions may set in motion a process of increasing institutional fragmentation, thus possibly creating a political vacuum, which terrorist or vigilante organizations operating in the name of religion may try to fill. Ibid, p. 21. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/57c6cab14.pdf>>. Acesso em 25 set. 2016.

– parece, sim, atender aos interesses políticos dos grupos extremistas de espalhar o terror e propagar a ideia de opressão da cultura islâmica por parte da cultura ocidental, elevando a divisão da sociedade, por meio da leitura que os muçulmanos fazem da decisão como ataque disfarçado ao islã.

O país, ao adotar uma estratégia que recai o aspecto existencial dos indivíduos – a liberdade de viver conforme suas próprias convicções – prejudica a integração social entre as diferentes culturas presentes em seu território, cujo convívio os desafios da globalização impõem, e a construção de um ambiente global colaborativo para a definição de uma política antiterrorista eficaz.

Assim, no contexto da guerra contra o terrorismo a que se vê inserida a França, o melhor caminho parece ser a compreensão do multiculturalismo para a construção de uma sociedade global justa, digna e fraterna para todos.

### **3 DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO À IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO E DA LIBERDADE DE PENSAMENTO, CONSCIÊNCIA, RELIGIÃO E CRENÇA. DOS LIMITES DA ATUAÇÃO ESTATAL QUE RESTRINGE O EXERCÍCIO DE DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS. DA DECISÃO DO CONSELHO DE ESTADO FRANCÊS NO CASO BURKINI;**

O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem sua base normativa em vários tratados e declarações internacionais celebrados após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de assegurar a paz, a segurança internacional e as condições para o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, após longo e marcante período de violações e barbáries cometidas contra as pessoas.

A característica essencial desse novo ramo do direito público é a *proteção da pessoa humana*, independentemente de qualquer condição ou lugar em que se encontre. O centro do sistema global de proteção construído a partir da Carta das Nações Unidas de 1945 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 passa a ser o *ser humano*, erigido à condição de sujeito de Direito Internacional, condição bastante e suficiente para ensejar proteção tanto no plano interno dos Estados quanto no plano internacional.

A par da coexistência e complementariedade de sistemas de proteção regionais, o sistema global de proteção ultrapassa fronteiras e transcende os limites da soberania dos estados para alcançar o ser humano ameaçado em seus direitos e garantias elementares, a partir de então considerados universais.<sup>28</sup>

---

28 O debate relacionado às divergências doutrinárias entre o relativismo e universalismo cultural foi o tema principal da II Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, realizada em 1993. A despeito das particularidades culturais das nações mundiais, a posição vencedora foi a de reafirmação da universalidade

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, firma o compromisso comum de todos os povos e nações de proteção e promoção dos direitos e liberdades nela consagrados, mediante adoção de medidas de âmbito nacional e internacional para sua aplicação universal e efetiva, sem distinção de qualquer ordem.

O arcabouço normativo inaugurado pela Declaração Universal de 1948 foi complementado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos concluídos em 1966 para dar operatividade técnica ao sistema global de proteção internacional dos direitos humanos.

O artigo 1º da Declaração consagra o *fundamento* e o *conteúdo* dos direitos humanos ao dispor: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Para a análise do caso concreto objeto de estudo, também merecem transcrição os artigos 2º e 7º da Declaração de 1948, *verbis*:

Artigo 2º 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 esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Artigo 7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Daí se extraem os princípios basilares da proteção internacional dos direitos humanos: (i) igualdade e não discriminação, (ii) inviolabilidade, (iii) autonomia e (iv) dignidade da pessoa humana.

---

dos direitos humanos, sua indivisibilidade, interdependência e inter-relacionariedade. Reconheceu-se que muito embora as particularidades nacionais e regionais mereçam consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, não podem servir de justificativa para a violação ou diminuição desses direitos. Nesse sentido, cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 863-864.

No que se refere à liberdade de pensamento, consciência, religião e crença, prevê o artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 18º Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a *liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.* (grifo do autor)

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos trata do tema em seus artigos 18 e 27, *verbis*:

#### ARTIGO 18

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a *liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.*

2. *Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.*

3. *A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.*

4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções. (grifo do autor)

#### ARTIGO 27

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Também no âmbito do sistema europeu de proteção, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem consagra (i) o direito ao respeito pela vida privada e familiar (artigo 8º), (ii) o direito à liberdade de pensamento,

de consciência e de religião, ao que se inclui a liberdade de manifestar sua crença, sem restrições senão as que, previstas na lei, constituírem necessárias à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem (artigo 9º); (iii) o direito à liberdade de expressão (artigo 10º) e (iv) a proibição de discriminação (artigo 14º).

À luz dos tratados, declarações e costumes internacionais de direitos humanos, vê-se, portanto, que os princípios da igualdade e não discriminação, da inviolabilidade, da autonomia e da dignidade da pessoa humana, exercitáveis por meio de diferentes liberdades, dentre as quais a de expressão, pensamento, consciência, religião e crença, estão presentes nos principais instrumentos normativos dos sistemas global e regionais, o que demonstra a importância e o lugar que ocupam no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Compete, pois, aos estados dar concretude a esses direitos, mediante adoção de medidas que garantam sua aplicação universal e plena.

Nesse sentido, merece destaque, mais uma vez, as conclusões apresentadas por Heiner Bielefeldt, Relator Especial das Nações Unidas para as questões afetas à liberdade de religião e de crenças. Ao tratar das obrigações dos estados, defende o dever de desenvolver atividades de promoção, como a educação sobre a diversidade de crenças como parte de um plano de ação estatal, a encorajar na sociedade espírito de resiliência contra a intolerância religiosa.<sup>29</sup>

O relatório defende o alcance normativo universal da liberdade de pensamento, consciência, religião e crença e sua concepção aberta e inclusiva como consequência do universalismo. Esclarece, no ponto, que *o direito não busca proteger as religiões e sistemas de crença em si, mas empoderar os seres humanos (pessoas e comunidades) que professam religião ou crença e desejem definir suas vidas em conformidade com suas próprias convicções, valendo-se das práticas e símbolos que lhes são inerentes* (incluindo os códigos de vestimenta), de forma privada ou pública, do mesmo modo que também são livres para não professar nenhuma crença.<sup>30</sup>

29 23. Lastly, States should provide appropriate infrastructure that allows all persons living under their jurisdiction to actually make full use of their human rights. This aspect of their responsibility has been termed the obligation to fulfil. It includes the availability of suitable remedies, in particular, an independent and efficient judiciary. States should also facilitate the acquisition by religious communities of a collective legal standing, which they may need to undertake important community functions, such as employing professional staff, purchasing real estate to build places of worship or establishing charitable organizations or institutions of religious learning. The obligation to fulfil also covers a broad range of promotional activities, such as education about religious and belief diversity as part of the school curriculum, and the building of societal resilience against religious intolerance. Ibid, p. 8. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/57c6cab14.pdf>>. Acesso em 25 set. 2016.

30 11. Freedom of religion or belief does not — and indeed cannot — protect religions or belief systems themselves, that is, their various truth claims, teachings, rituals or practices. Instead, it empowers human

Por outro lado, ao tratar das justificativas legítimas para a restrição à liberdade de religião ou crença, considerando não se tratar de direito absoluto, esclarece que só serão admitidas quando necessárias à proteção da segurança ou da ordem pública, interpretadas de maneira estrita, segundo o princípio da proporcionalidade, de modo que não serão admitidas medidas arbitrárias ou de amplo alcance que apenas se valha do pretexto para violar esse direito, a teor do que prevê o artigo 18, 3 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 (acima transcrito).

A aferição da *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* desse tipo de medida restritiva se dá através da análise dos motivos levantados pelos estados para sua adoção. Invocações vagas e excessivamente amplas tendem a não guardar a devida proporção da limitação em relação ao direito.<sup>31</sup>

---

beings — as individuals, as well as in community with others — who profess religions or beliefs and may wish to shape their lives in conformity with their own convictions. [...] 12. Human rights are universal rights in the sense of being intimately linked to the humanness of the human being and hence of all human beings equally. In the first sentence of article 1 of the Universal Declaration of Human Rights, it is stated that: "All human beings are born free and equal in dignity and rights". Because of its nature as a universal human right, to which all human beings are entitled, freedom of religion or belief must be interpreted broadly. It cannot be confined to particular lists of religious or belief-related "options" predefined by States, within which people are supposed to remain. Instead, the starting point must be the self-definition of all human beings in the vast area of religions and beliefs, which includes identity-shaping existential convictions as well as various practices connected to such convictions. [...] Ibid, p. 5. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/57c6cab14.pdf>>. Acesso em 25 set. 2016.

- 31 16. The Special Rapporteur has often heard statements by government representatives that freedom of religion or belief, like any other right, "cannot be absolute" and sometimes must be limited in its application. This is a truism and indeed a dangerous one, since the general invocation of limitations can easily become a pretext for imposing far-reaching or arbitrary restrictions. Many Governments actually refer to broad and unspecified "security", "order" or "morality" interests in order to curb religious criticism, discriminate against minorities, tighten control over independent religious community life or otherwise restrict freedom of religion or belief, often in excessive ways. [...] The burden of justification rather falls on those who deem limitations necessary. For limitations to be justifiable, they must meet all of the criteria set out in article 18 (3) of the International Covenant on Civil and Political Rights and other relevant norms of international human rights law. Accordingly, limitations must be prescribed by law and they must be necessary to pursue a legitimate aim: the protection of "public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others". In addition, restrictions on manifestations of religion or belief (in the forum externum) must remain within the realm of proportionality, which means, inter alia, that they must be the least restrictive among all the adequate measures that could be applied. The internal dimension of freedom of thought, conscience, religion or belief (forum internum) even enjoys unconditional protection pursuant to article 18 (2) of the International Covenant on Civil and Political Rights, in which it is stated that: "No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice". 18. Respect for freedom of religion or belief — or lack of such respect — typically manifests itself in the ways in which Governments deal with grounds for limitations. Unfortunately, the Special Rapporteur has frequently noticed loose and overly broad invocations of grounds for limitations, which often seem to be undertaken without due empirical and normative diligence. He would like to reiterate paragraph 8 of general comment No. 22, in which the Human Rights Committee insists "that paragraph 3 of article 18 is to be strictly interpreted: restrictions are not allowed on grounds not specified there ... Limitations may be applied only for those purposes for which they were prescribed and must be directly related and proportionate to the specific need on which they are predicated. Restrictions may not be imposed for

Logo, a liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em *lei* e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde e moral públicas, ou os direitos e as liberdades das demais pessoas, conforme prevê o artigo 18, 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, o que não parece ser o caso da proibição decretada por municípios franceses ao uso da veste de banho islâmica.

A propósito, o Conselho de Estado francês, a mais alta corte administrativa do país, apreciou a matéria por ocasião do julgamento do recurso interposto pela Liga dos Direitos Humanos, Hervé Lavisse Henri Rossi e Associação de Defesa dos Direitos Humanos Coletivos contra a Islamofobia na França, em que pleiteavam a suspensão das disposições restritivas ao uso do *burkini* instituídas pelo Decreto de 05 de agosto de 2016 do município de Villeneuve-Loubet.

Em 26 de agosto de 2016 a Corte decidiu que a medida imposta para restringir o uso do traje não era proporcional para os fins alegados. O Conselho de Estado francês não vislumbrou quais seriam os riscos à segurança e ordem pública que o uso da vestimenta nas praias poderia ensejar. Considerou que os sentimentos de comoção e preocupação decorrentes dos ataques terroristas cometidos dias antes em Nice não se eram suficientes para justificar a proibição, ante a ausência de comprovação de que a vestimenta pudesse representar distúrbios à ordem pública ou a quaisquer razões de higiene ou decoro. Reconheceu, outrossim, que o controvertido decreto ostenta ordem grave e manifestamente ilegal por violar liberdades fundamentais, como a liberdade de ir e vir, a liberdade de consciência e a liberdade pessoal, suspendendo, ao final, a aplicação de suas disposições.<sup>32</sup>

Como razão de decidir, a Corte considerou os ditames da Constituição Francesa, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a Lei de 9 de dezembro de 1905 sobre a separação entre Igreja e Estado, além do Código de Justiça Administrativo e o Código Geral das Autarquias Locais, para afastar a legitimidade e a proporcionalidade da medida em relação aos valores seculares franceses e demais argumentos utilizados pelo município para sustenta-la.

---

discriminatory purposes or applied in a discriminatory manner". Ibid. p. 6. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/57c6cab14.pdf>>. Acesso em 25 set. 2016.

32 FRANCE, Le Conseil D'État. CE, *ordonnance du 26 août 2016, Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*. Nos 402742, 402777. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-ordonnance-du-26-aout-2016-Ligue-des-droits-de-l-homme-et-autres-association-de-defense-des-droits-de-l-homme-collectif-contre-l-islamophobie-en-France>>. Acesso em: 25 set. 2016.

O porta-voz do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), Rupert Colville, declarou a jornalistas logo após a decisão:

Pedimos às autoridades em todas as cidades à beira-mar e resorts franceses que tomem nota da decisão da Justiça francesa. A proibição do *burkini* constitui uma grave violação de liberdades fundamentais.

[...]

Pedimos que todas as autoridades locais que adotaram proibições semelhantes as revoguem imediatamente, em vez de explorarem o âmbito geográfico limitado da presente decisão em particular.<sup>33</sup>

A notícia disponível no sítio eletrônico das Nações Unidas acrescenta, ainda, sobre as declarações do porta-voz da ACNUDH:

De acordo as normas internacionais de direitos humanos, as restrições a manifestações de religião ou crença, incluindo a escolha do vestuário, são permitidas apenas em circunstâncias muito limitadas, por questões, por exemplo, de segurança, moral e ordem pública e de saúde, ressaltou Rupert Colville.

Além disso, segundo ele, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, as medidas adotadas em nome da ordem pública devem ser adequadas, necessárias e proporcionais.

Rupert Colville ressaltou que o ACNUDH compartilha da tristeza e da raiva gerada pelos ataques terroristas ocorridos na França nos últimos meses, incluindo o atentado em Nice.

No entanto, ele observou que esses decretos não melhoram a situação da segurança no país. Em vez disso, fornecem um combustível para a intolerância religiosa e para a estigmatização dos muçulmanos na França, especialmente das mulheres.

‘Essas proibições de vestuário podem realmente prejudicar o esforço para combater e prevenir o extremismo violento, que depende da cooperação e do respeito mútuo entre as comunidades’, destacou o porta-voz.

---

33 Organizações das Nações Unidas. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). *ONU elogia decisão de tribunal francês de suspender proibição do burkini*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-elogia-decisao-de-tribunal-frances-de-suspender-proibicao-do-burkini/>>. Acesso em: 25 set. 2016.

‘Qualquer ordem pública deve visar àqueles que incitam o ódio ou reagem violentamente, e não ter por alvo as mulheres que querem simplesmente caminhar na praia ou mergulhar usando roupas que elas se sentem confortáveis’, concluiu.<sup>34</sup>

Com efeito, oportuna é a lição de Cançado Trindade para compreensão dos desafios da comunidade internacional relacionados ao alcance da cooperação entre as nações para a realização de objetivos comuns, em especial a proteção de direitos humanos universais, em uma sociedade plural e globalizada:

Se cada pessoa reconhecesse os demais como seus semelhantes, já não haveria lugar para a discórdia; a partir do dia em que cada um tratasse os próximos como iguais, com o respeito que ensinam todos os credos, já não haveria como pretender contrapor ‘particularismo’ à universalidade dos direitos humanos.<sup>35</sup>

Dilaine Binicheski, por sua vez, ao tratar do exercício pleno dos direitos humanos universais em uma sociedade mundial multicultural, assevera:

[...] a conclusão que se chega é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos deve ser imposta como um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional, em razão de consagrar o reconhecimento universal dos Direitos Humanos pelos Estados, razão pela qual as culturas não podem ser vistas como antagônicas e excludentes, devendo ser buscados lugares comuns entre elas. Diálogo e respeito parecem ser as palavras certas para o momento, e para o futuro, sendo a dignidade humana um critério possível para orientar todas as culturas, pois transcendem todos os valores e se moldam perfeitamente aos dois imperativos interculturais propostos por Boaventura de Souza Santos: a do círculo mais amplo de reciprocidade dentro de uma cultura e do direito de sermos iguais quando a diferença nos inferioriza e diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.<sup>36</sup>

34 Ibid. Acesso em: 25 set. 2016.

35 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, p. 337, apud BINICHESKI, Dilaine, op. cit., p. 172.

36 Op. cit., p. 199.

#### 4 CONCLUSÃO

A política de combate ao terrorismo nos dias atuais foi abordada no presente estudo com base na realidade plural e diversificada que marca o mundo globalizado. Destacou-se o dever dos Estados de promover a pacificação social, a tolerância mútua entre os diferentes povos, de modo a eliminar as causas de tensão existentes e permitir a construção de um ambiente de cooperação e respeito às diferenças para a definição de uma política antiterrorista eficaz.

Nesse sentido, merecem críticas as políticas discriminatórias étnicas, culturais ou religiosas, como as relacionadas à proibição do uso *burkini* por mulheres islâmicas que, sob o pretexto de preservar a segurança, a ordem pública local e o secularismo do Estado, desrespeita diferenças culturais e viola direitos universais reconhecidos pela ordem jurídica internacional, em especial o direito à igualdade e não discriminação e as liberdades de pensamento, consciência, religião e crença.

Especificamente em relação à proibição imposta por alguns municípios franceses ao uso do *burkini*, conclui-se que a medida, longe de combater o terrorismo e a desigualdade de gênero, acaba atingindo o objetivo oposto: i) subjuga a mulher à mesma arbitrariedade que se proclama rechaçar, segundo a ótica de liberdade que prevalece no Ocidente, punindo pessoas inocentes pela brutalidade provocada por uma minoria islâmica violenta; ii) estigmatiza indivíduos pertencentes à cultura islâmica, dificultando o diálogo intercultural entre os povos; iii) atende exatamente aos interesses dos terroristas, chamando atenção para as diferenças culturais, por meio de ações políticas que geram discriminação, acirram os ânimos e prejudicam a construção de um ambiente sadio e favorável à convivência pacífica; iv) é desproporcional em relação aos bens jurídicos que se pretende proteger; v) viola o direito universal à igualdade e não discriminação, as liberdades de pensamento, consciência, religião e crença e, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

Defende-se que não se pode sacrificar direitos individuais concretos em nome de uma preocupação em tese, a menos que as limitações impostas se revelem de fato necessárias e proporcionais à preservação outros bens jurídicos, como a segurança e a ordem pública, a teor do que prevê o artigo 18, 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e consoante asseverou o Conselho de Estado Francês ao suspender o decreto restritivo ao uso do *burkini* em Villeneuve-Loubet.

Assim sendo, considerando que o terrorismo representa uma ameaça e também fonte de violação de direitos humanos no mundo todo, propõe-se a construção de caminhos que considerem a complexidade do fenômeno e a necessidade, de um lado, de punir os responsáveis e, de outro, de proteger inocentes, mediante respeito a valores existenciais da pessoa humana, como parte de uma política estratégica de prevenção de novos atos.

## REFERÊNCIAS

BINICHESKI, Dilaine. *Direitos Humanos Internacionais: Cultura Islâmica frente às relações de gênero*. Santo Ângelo: Departamento de Ciências Sociais Aplicadas/ Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, 2010. 267p. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146922.pdf>> Acesso em: 09 set. 2016.

BRASIL. *Decreto nº 592*, de 06.07.1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL. Correio Brasiliense. *Alemanha estuda proibir uso da burca*. Coluna Mundo. Brasília: 11 ago 2016, p. 15.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of S.A.S v. France. Application nº 43835/11*. Disponível em: <[http://unirep.rewi.hu-berlin.de/doc/or/2014/0827/Rspr\\_EGMR\\_zu\\_Burqaverbot.pdf](http://unirep.rewi.hu-berlin.de/doc/or/2014/0827/Rspr_EGMR_zu_Burqaverbot.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2016.

\_\_\_\_\_. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Com as modificações introduzidas pelos Protocolos nº 11 e 14, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nº 4, 6, 7, 12 e 13*. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em 25 set. 2016.

FLECK, Gabriela Grings. *A responsabilidade civil do Estado por danos ambientais decorrentes de atos terroristas*. Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2008. 160p. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067812.pdf> Acesso em: 09 set. 2016.

FRANCE, Le Conseil D'État. *CE, ordonnance du 26 août 2016, Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France. Nos 402742, 402777*. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des->

decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-ordonnance-du-26-aout-2016-Ligue-des-droits-de-l-homme-et-autres-association-de-defense-des-droits-de-l-homme-collectif-contre-l-islamophobie-en-France>. Acesso em: 25 set. 2016.

FRANCE, The Conseil D'État. *The Council of State orders a decision banning clothes demonstrating an obvious religious affiliation to be suspended*. 26 ago 2016. Disponível em: <<http://english.conseil-etat.fr/Activities/Press-releases/The-Council-of-State-orders-a-decision-banning-clothes-demonstrating-an-obvious-religious-affiliation-to-be-suspended>>. Acesso em 25 set. 2016.

INGLATERRA. BBC News. *Cannes bans burkinis over suspected link to radical Islamism*. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-37056742>> Acesso em 25 set. 2016.

\_\_\_\_\_. BBC News. *Burkini beach row puts French values to test*. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-37093420>>. Acesso em 25 set. 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 1.104p.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Direito Internacional e o Terrorismo. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25-42.

\_\_\_\_\_. O Terrorismo na Agenda Internacional. *Revista CEJ*, Brasília: n. 18, p. 63-66, jul/set. 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero18/artigo13.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). *ONU elogia decisão de tribunal francês de suspender proibição do burkini*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-elogia-decisao-de-tribunal-frances-de-suspender-proibicao-do-burkini/>>. Acesso em: 25 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Assembleia-Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em 25 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Assembleia-Geral. *Elimination of all forms of religion intolerance. Seventy-first session, 2 August 2016*. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/57c6cab14.pdf>>. Acesso em 25 set. 2016.

PINCOWSKA, Bárbara and CALABRIA, Carina. Revisitando Pasárgada: Igualdade, Não-discriminação e Subintegração na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: Antônio Augusto Cançado Trindade, César Barros Leal (eds.) *O Respeito à Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza, Ceará: Expressão Gráfica, 2015.

POIRIER, Agnes. *Burkini beach row puts French values to test*. BBC News, 17 ago 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-37093420>>. Acesso em 25 set. 2016.

VERSIGNASSI, Alexandre. Maomé. A face oculta do criador do Islã. *Revista Super Interessante*, edição 343, p. 1-16, fev 2015.



---

# O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E A VIOLAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PELO ABUSO NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

*THE RIGHT OF HEALTH IN BRAZIL AND THE VIOLATION TO THE RULE OF LAW BY THE ABUSE OF JUDICIAL REVIEW*

---

*Vanessa Affonso Rocha*

*Advogada da União graduada pela Universidade de Brasília, 2005. Pós-Graduação em Direito Público pelo Instituto Praetorium, em parceria com a Universidade Cândido Mendes, 2006. Mestranda em Direito e Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Coordenadora-Geral e Consultora Jurídica substituta da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, 2011-2015.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Estado Democrático de Direito e Império da Lei. 1. Controle de Constitucionalidade no Brasil: sistema misto. 3. Direito à saúde no Brasil; 3.1. Direito à saúde como direito social; 3.2. Direito à saúde como política pública; 3.3. Universalidade e Integralidade. 4. Inobservância dos preceitos legais acerca do direito à saúde e desvirtuamento dos conceitos de universalidade e integralidade pelo Poder Judiciário Brasileiro: abuso no exercício do controle de constitucionalidade. 5. Conclusão.

**RESUMO:** O direito à saúde vem sendo aplicado no Brasil de modo desvirtuado, em razão da incompreensão acerca de seus conceitos e da desconsideração de sua conformação a partir de políticas públicas formatadas com a observância do Princípio da Legalidade. Objetiva-se expor o abuso no exercício do controle de constitucionalidade difuso, com a violação ao império da Lei e à própria noção de Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito à saúde. Estado Democrático de Direito. direito social. controle de constitucionalidade.

**ABSTRACT:** The right of health is usually misunderstood in Brazil, due to the incompreension and distortion of it's concepts and the overlook of the public politics that make the right itself, according to the law. It aims to outline the abuse on the judicial review, resulting on violation of the Rule of Law.

**KEYWORDS:** right of health. Rule of Law. social right. Judicial review.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” e direito social universal e integral”. Essa é a redação do famoso art. 196 da Carta Magna vigente, do qual ressaem conceitos e premissas a serem abordados no presente trabalho.

Inicia-se caracterizando o Estado Democrático de Direito a partir de uma perspectiva de interlocução com as gerações de direitos e garantias fundamentais, em especial no tocante à relevância do Princípio da Legalidade e da concepção de Rule of Law.

A partir daí, traz-se a caracterização do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade como misto, com a previsão concomitante de controle concentrado e difuso. Essa caracterização é trazida como forma de introduzir o tema do controle de constitucionalidade, uma vez que vem dele, ou dos desvios observados no seu exercício, a grande problemática envolvida na chamada judicialização da saúde.

O direito à saúde é caracterizado como direito social, a ser concretizado por meio de políticas públicas conformadas a partir da Lei, dando concretude ao Princípio da Legalidade. E busca-se mostrar a conceituação adequada da universalidade e da integralidade, que configuram as duas grandes premissas do Sistema Único de Saúde - SUS e, portanto, configuram também o cerne da visão equivocada do Poder Judiciário a respeito desse tão relevante sistema. Para tanto, abordam-se inclusive casos concretos, em especial a discussão atual do tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Assim, chega-se à demonstração de que a aplicação desvirtuada dos conceitos básicos que formam o SUS e o abuso no exercício do controle difuso de constitucionalidade dão origem a um ambiente de judicialização retroalimentador, que em nada contribui para o papel de pacificação social a ser exercido pelo Poder Judiciário. Mais precisamente, chega-se à demonstração de que a suposta configuração constitucional do direito à saúde é usada como escudo para o afastamento irresponsável e muitas vezes arbitrário da legislação posta, sem a observância de qualquer técnica de controle de constitucionalidade, resultando em violação da própria figura do Estado Democrático de Direito.

## 1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E IMPÉRIO DA LEI.

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra em seu artigo 1º o Estado Democrático de Direito, bem como os fundamentos da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. E aqui se tem o mote inicial para a discussão do significado de Estado Democrático de Direito e da diferença para o conceito de Império da Lei, ou “Rule of Law”.

O Estado de Direito foi uma construção histórica, iniciada nos movimentos liberais e que pode ser confundida, ou reduzida, para a ideia de Estado de legalidade, ou Estado legislativo, no sentido de submissão do Estado à legislação formalmente posta. Essa concepção surgiu com as Revoluções Burguesas do século XVIII, em oposição ao absolutismo, em que o vigia a sistemática do poder ilimitado do Monarca, que definia os contornos da atuação estatal e não respondia por seus atos perante seus súditos.

Todavia, é certo que a concepção puramente liberal, decorrente das Revoluções Burguesas, do Estado de Direito abre espaço para o arbítrio e para a concretização formal de Estados ditatoriais, e ainda assim inseridos no conceito de Estado de Direito. A concepção do Estado de Direito liberal veio formatada pela limitação do poder estatal, antes ilimitado e irresponsável, e pelo respeito aos direitos fundamentais do Homem, que já haviam sido plasmados na Declaração de Direitos de 1689, cunhada pelo Parlamento inglês após a Revolução Gloriosa. Todavia, é certo que essa conceituação clássica deixava espaço para o arbítrio e a consagração, como Estado de Direito, de regimes totalitários, pelo que se fez necessário seguir no aprimoramento do conceito de Estado de Direito

Ante a insuficiência dessa conceituação, bem como ante a relevante probabilidade de seu desvirtuamento, seguiu-se para a superação da visão meramente liberal do Estado de Direito, passando-se ao Estado social, que também não é necessariamente democrático, até se chegar por fim ao conceito de Estado Democrático de Direito. Confirmam-se a esse respeito as palavras de José Afonso da Silva, em texto datado do mesmo ano da Constituição Federal vigente entre nós:

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. Seu conceito é tão histórico como o de democracia, e se enriquece de conteúdo com o evolver dos tempos. A evolução histórica e a superação do liberalismo, a que se vinculou o conceito

de Estado de Direito, colocam em debate a questão da sua sintonia com a sociedade democrática. O reconhecimento de sua insuficiência gerou o conceito de Estado social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado democrático de Direito, que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado de Direito democrático da Constituição da República portuguesa (art. 2º) e o de Estado social e democrático de Direito da Constituição espanhola (art. 1º).

No Estado de Direito, o princípio da legalidade tem caráter basilar, ou seja, o Estado sujeita-se ao império da Lei. Todavia, a Lei deve convergir para a realização dos preceitos expressamente buscados pelo caráter democrático do Estado, não bastando seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, cogente e modificativo da ordem jurídica. Mas o que importa e releva é caráter limitador desse princípio, fazendo-se oportunas as palavras de Enio Moraes da Silva<sup>1</sup>:

“O princípio da legalidade, que contém a afirmação da liberdade do indivíduo como regra geral, seria a fonte única de todas as obrigações dentro de um Estado de Direito. A lei vincula o Poder Executivo, que não pode exigir condutas que não estejam previstas em lei, submete a função do Judiciário, que não pode impor sanção sem que esta esteja definida em lei, e embasa a atuação do Legislativo, que nada pode prescrever senão por meio de uma lei.”

Já a ideia de “Rule of Law” é mais própria do sistema anglo-saxão, onde a Constituição, não-escrita, é formada a partir dos precedentes. Portanto, embora seja conceito que se assemelhe ao Estado de Direito, tem conteúdo muito próprio da designação das relações de poder entre Estado e cidadãos na Inglaterra, e pode ser tomada como uma ideia precursora do Estado de Direito, seguida pelo Rechtsstaat do direito alemão, esse sim já mais próximo da ideia de Estado de Direito com conceito, por conter em si a ideia de definição escrita e prévia das relações entre o Estado e os cidadãos.

O Estado de Direito centrado no princípio da legalidade “pura”, especialmente inspirada na doutrina do positivismo jurídico de Hans Kelsen, acabou por caracterizar o que se chamou de Estado Legal, que abre margens para distorções, na medida em que não há Estado Legal injusto, já que a ideia de justiça e injustiça nem sequer integraria o conceito de Estado

1 SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, n. 42, jul/set. 2005. p. 219.

de Direito concebido sob esse viés. E então, em mais uma manifestação do chamado pêndulo da História, a sociedade acabou por reclamar uma renovação do Estado de Direito, passando a exigir que a lei posta fosse a expressão da justiça, a ser aferida por mecanismos prévios, na construção da lei, e posteriores, a partir da intervenção do Poder Judiciário.

Nessa lógica, a superação do Estado Legal foi seguida pelo surgimento do Estado Social, que buscava a equalização material, e não apenas a igualdade formal garantida pelo Estado Legal. Nesse ponto, fazem-se novamente oportunas e suficientes as lições de Enio Moraes da Silva:

Fenômeno paralelo ao avanço das liberdades públicas, alavancadas e garantidas pelo liberalismo foi a degradação dos aspectos econômicos e sociais daquela época. A liberdade experimentada pelo indivíduo no Estado abstencionista provocou um intenso e grave quadro de desigualdades sociais, especialmente pesado para a classe trabalhadora, impotente perante o poder econômico da classe dominante burguesa. Dessa situação de penúria e miséria do proletariado e de outros seguimentos sociais desfavorecidos e marginalizados, dentro do Estado mínimo, surge o questionamento do papel do Estado: é a incontornável “Questão Social.

[...]

Observa-se, assim, uma mudança profunda na função do Estado liberal para o social. Do abstencionismo, passa-se para a intervenção pública em prol do social, visando a extirpar desigualdades no seio da sociedade e oferecer oportunidades para uma igualação daqueles que se encontram em condições desfavoráveis, reconhecendo que a própria sociedade não teria condições de assumir esse papel.

[...]

Interessante notar que, na seara do Direito, propriamente falando, poderíamos afirmar que a primeira leva dos assim chamados direitos humanos, trazida pelos ventos do liberalismo, de caráter negativo, teria surgido do combate dos liberais ao absolutismo. A segunda corrente de direitos humanos, de cunho social, surge em consequência da crítica originada por força do socialismo ao liberalismo. Em outro giro verbal, a segunda geração de direitos surgiu para implementar a primeira geração, ou seja, para dar condições ao indivíduo de exercer sua verdadeira liberdade, reconhecendo que a igualdade formal apregoada pelos liberais jamais se concretizaria pela mão do Estado neutro, não

intervencionista, necessitando da força do Estado Social para trazer ao mesmo nível os desvalidos e faltos de oportunidade daqueles que se encontravam e se encontram em situação privilegiada, realizando a igualdade material.”<sup>2</sup>

Portanto, o Estado Social de Direito veio para dar concretude ao Estado de Direito em sua concepção liberal, uma vez que somente num ambiente de igualdade de oportunidades se mostra possível o efetivo exercício das liberdades individuais. Todavia, restava ainda a concretização de um terceiro nível na construção da feição estatal, qual seja a soberania popular, e daí sobreveio a concepção do Estado Democrático de Direito. O estado democrático de direito traz consigo um sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais, que constam da Constituição de 88. Mas, como em todo Estado de Direito, vige o princípio da legalidade.

Já concretizando para o viés a ser abordado no presente trabalho, o direito à saúde é um direito inserido no Título da Constituição que trata da ordem social, e que tem como objetivos o bem-estar e a justiça sociais. Não se trata, pois, de direito fundamental individual na acepção liberal, mas de direito social, de segunda geração, e que como tal está jungido a uma avaliação de cunho coletivo. Outrossim, o art. 196 da Constituição Federal já deixa clara a vinculação do direito a saúde a um “dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, Proteção e recuperação”. Ou seja, a enunciação do direito a saúde na Constituição de 88 já consagra a toda evidência a vinculação desse direito ao princípio da legalidade, como não poderia deixar de ser no Estado Democrático de Direito em que está formatada a República Federativa do Brasil.

## **2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: SISTEMA MISTO**

Considerando-se que o direito à saúde está consagrado na Constituição Federal e está submetido ao princípio da legalidade, como é próprio do Estado Democrático de Direito, tem-se por certo que o controle de constitucionalidade estará - ou deveria estar - muito presente na atuação do Poder Judiciário nessa seara. Portanto, cumpre registrar que no Brasil o controle de constitucionalidade é deveras peculiar, por adotar-se um sistema misto. Com vistas a se evitar maiores divagações

---

<sup>2</sup> Idem. p. 222-223.

desnecessárias sobre o tema, é bastante transcrever explicações do próprio Supremo Tribunal Federal, constantes de sua página oficial:

O Supremo Tribunal Federal (STF), a Corte constitucional do Brasil, tem entre suas atribuições promover o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Para cumprir este papel, a Suprema Corte utiliza um sistema híbrido, inspirado nos modelos anglo-saxão (Estados Unidos e Reino Unido) e europeu-continental, tendo em mãos instrumentos que facilitam e geram economia de tempo ao julgamento de controvérsias sobre a interpretação da Carta Magna: as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), as ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) e as arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs), cujas leis regedoras completam uma década neste final de ano.

No controle de constitucionalidade difuso – também chamado de “sistema aberto” –, todos os órgãos do Poder Judiciário realizam o controle. Este modelo foi criado pelos Estados Unidos. Já o controle concentrado – conhecido também como “sistema reservado” –, foi adotado inicialmente na Áustria. Ele permite que somente poucos órgãos do Judiciário tomem decisões a respeito da constitucionalidade de atos, sendo que quase sempre o controle é competência exclusiva de um só órgão, geralmente o mais elevado do Judiciário, como a Suprema Corte.

Segundo Paulo Blair, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), o Brasil é um dos poucos países do mundo que utiliza um sistema híbrido de controle de constitucionalidade. Segue a tradição anglo-saxônica – cujo controle é feito por meio de atos da primeira instância, com a possibilidade de ingresso de recursos – e a tradição da Europa Continental – onde o controle é efetuado pelas cortes constitucionais, desde que o caso seja remetido pelo primeiro grau à corte suprema.<sup>3</sup>

Por certo que o sistema híbrido vigente entre nós fomenta a diversidade de interpretação das normas constitucionais, em especial considerando-se a realidade de uma Suprema Corte cada vez mais demandada e, portanto, cada vez mais lenta na definição de temas controvertidos. É exatamente nessa diversidade de interpretações e, em especial, na ausência de definição de contornos firmes para o tema que se encontra o nó górdio da chamada judicialização da saúde no Brasil, como se passa a demonstrar.

3 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>>. Acesso em: 03 out. 2016.

### 3 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

#### 3.1 Direito à saúde como direito social

As linhas anteriores do presente trabalho já alocaram o direito à saúde como direito social, de segunda geração, e que, como tal, está sujeito à conformação de uma política pública que estabeleça os seus contornos. Nessa toada, cabe registrar que o direito à saúde não é um direito fundamental na acepção universal que permita a proteção por Cortes Internacionais, e isso exatamente porque estará sempre jungido e vinculado às políticas públicas de cada país.

Essa alocação é confirmada pelo artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que ratifica a saúde como sendo essencialmente uma política pública, com a possibilidade de configurações diversas conforme opções políticas. Confira-se a redação do dispositivo referido:

#### Artigo XXV

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Veja-se que o artigo não fala em saúde pública e nem na extensão desse direito, ao contrário do que a mesma Declaração prevê para a educação:

#### Artigo XXVI

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

Percebe-se, pois, que a extensão da política pública de saúde será uma opção de cada País, podendo-se apenas cogitar de um núcleo mínimo de proteção que resguarde a dignidade da pessoa humana. Afigura-se oportuna aqui a lição de Mariana Figueiredo, segundo a qual:

[...] os direitos sociais, ao contrário dos direitos civis ou políticos, não têm por pressuposto a igualdade como equiparação entre os indivíduos,

nem a universalidade a priori, no sentido de serem assegurados *prima facie* a todas as pessoas; de modo diverso, nos direitos sociais, a universalidade é o objetivo a ser atingido no “ponto de chegada”, ou seja, com a realização concreta desses direitos e, por isso, não se há falar em igualdade como equiparação, pois a premissa dos direitos sociais é exatamente a desigualdade fática entre os indivíduos.<sup>4</sup>

Afigura-se possível o paralelo com a ideia de proteção deficiente de direito fundamental, que, no caso brasileiro, abriria a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis e regulamentos conformadores da política pública de saúde. Mas, de qualquer sorte, é certo que o controle de constitucionalidade deve ser expresso, ou seja, não é possível ao julgador simplesmente ignorar a legislação de regência, pretendendo aplicar diretamente, e de forma quase tácita, o que entende por previsto na Constituição Federal. Parece óbvio, mas a chamada judicialização da saúde surpreende todos os dias, chegando-se mesmo à absoluta ausência sequer de fundamentação das decisões, quanto mais de apreciação de todo o arcabouço normativo envolvido no tema.

### 3.2 Direito à saúde como política pública

A preocupação com o direito à saúde, e com um sistema que o garantisse, tem início na Europa, quando das Revoluções industriais do século XIX, e o mote inicial foi a queda de produtividade dos trabalhadores em razão de doenças. Cuida-se aqui do chamado Modelo Bismarck, que explica o início do direito à saúde como algo ligado à relação de trabalho, deixando claro mais uma vez a desvinculação desse direito, em especial de seus limites, da ideia de direito fundamental universal do Homem. Fazem-se oportunas as palavras do jurista portuês Licínio Lopes, *in verbis*:

Este sistema, que ficaria conhecido por sistema de Bismarck, lançaria as bases organizatórias do primeiro sistema de saúde e também as bases organizatórias do primeiro sistema nacional de segurança social.

Mas não se pense, contudo, que a sua racionalidade era social; pelo contrário, a ideologia que o presidia era de ordem marcadamente econômica, tendo, sobretudo, por finalidade melhorar os níveis de saúde dos trabalhadores, de forma a, pelo menos, diminuir as perdas de produtividade laboral devido à doença.

4 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 216.

As medidas de Bismarck viriam a ser adotadas, no final do século XIX e inícios do século XX, por outros países da Europa, generalizando-se, assim, o modelo de sistemas de saúde baseados no esquema jurídico do seguro, sustentado pelo esforço contributivo dos empregados e dos empregadores, de que constituem exemplo os sistemas de saúde de Áustria, Bélgica, Suíça, França, Alemanha, Luxemburgo e dos Países Baixos.<sup>5</sup>

Vale aqui salientar que esse foi o sistema inicial no Brasil, com o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, o extinto INAMPS.

Após a 2<sup>a</sup> Guerra, percebe-se a necessidade de uma mudança de feição, sobrevivendo então o chamado modelo Beveridge, que consagra um sistema integral, universal e gratuito. Esse modelo foi iniciado no Reino Unido, com o National Health System - NHS, e posteriormente foi adotado em diversos países, embora com diferenças de regime jurídico na prestação – direta, indireta, pública, privada. É nessa esteira que foi previsto o Sistema Único de Saúde na Constituição Federal de 1988, que prestigia inclusive o viés da descentralização da prestação, como preconiza também esse sistema em apreço.

O modelo Beveridge consagra, portanto, um sistema integral, universal e gratuito, mas nos países que o adotam não se verifica a confusão de conceitos que ocorre no Brasil, tendo-se clareza de que o direito à saúde é conformado por políticas públicas, devendo-se apenas resguardar que tais políticas alcancem a todos – universal – e garantam o acesso de todos ao conjunto da política estabelecida – integral ou geral. No Brasil, ao revés, tem-se relevante confusão de conceitos, especialmente fomentada pelo Poder Judiciário na úde, conforme se passa a demonstrar.

### 3.3 Universalidade e integralidade

O grande problema da judicialização da saúde no Brasil é o completo desvirtuamento dos conceitos que regem o direito à saúde, desvirtuamento esse que ocorre tanto por desconhecimento e ignorância acerca do tema quanto por uma relutante hipocrisia, que teima em não reconhecer que qualquer direito social encontra limitação na realidade. Em suma, a análise do trato do tema nos tribunais do País evidencia a leitura parcial e tendenciosa dos dispositivos constitucionais que o regem. Mais precisamente, o Poder Judiciário no mais das vezes limita-se à leitura

5 LOPES, Licínio. Direito Administrativo da Saúde. Em *Tratado de Direito Administrativo Especial*. Coordenação de Paulo Otero, Pedro Gonçalves. 3v. p. 225-371. p. 226.

de parte do art. 196 da Constituição Federal, relutando em ler o art. 196 da Constituição por completo, bem como em ler os demais dispositivos constitucionais que regulam o direito à saúde, com honrosas exceções que infelizmente apenas confirmam a regra.

O art. 196 da Constituição diz sim que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, mas também diz que ele é “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Ou seja, o dispositivo constitucional que inaugura a Seção constitucional que trata da saúde é muito claro ao vincular o direito à saúde a políticas públicas estatais, devendo-se resguardar, ainda, que o direito à saúde seja garantido a todos os cidadãos de forma igual. É isso que significa o atendimento universal e igualitário: que tudo o que estiver disponível no Sistema Único de Saúde - SUS esteja disponível a todos os cidadãos brasileiros.

A universalidade é um conceito subjetivo, de alcance do sistema, que deve estar disponível a todos. Não se trata, por óbvio, de um conceito relacionado a uma ideia de totalidade de procedimentos e medicamentos, como muitas vezes faz parecer a jurisprudência pátria.

Do mesmo modo, mostra-se absolutamente enviesado o conceito de “integralidade”, que é extraído do inciso II do art. 198 da mesma Constituição Federal, que traz a diretriz do “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”. Daí não se pode ler que atendimento integral é tudo o que estiver disponível no mundo, pois a integralidade é, na verdade, um conceito que diz respeito à rede de atenção à saúde, que deve ser descentralizada e, por óbvio, depende de referenciamento de pacientes para atendimento a casos mais complexos, cujo cuidado certamente não estará disponível em todos os mais de 5 mil Municípios do País. Então, a integralidade é justamente a garantia de que cada cidadão brasileiro tenha acesso a todos os serviços disponíveis no SUS, em todos os níveis de complexidade, independentemente de onde se localize o cidadão no território nacional, pois o Sistema, por ser único, deverá garantir o referenciamento de cada paciente para o cuidado a sua saúde. Todavia, isso em nada se confunde com obrigação do SUS de fornecer todo e qualquer medicamento e todo e qualquer tratamento, pois a Constituição vincula o direito à saúde às políticas públicas formuladas, como não poderia deixar de ser.

Veja-se que a aceção adequada dos dois conceitos, universalidade e integralidade, em nada diminui a importância da Constituição Federal no tocante ao direito à saúde, na medida em que foi essa Carta Magna que consagrou a universalidade, estendendo o atendimento público a todos

os cidadãos, independentemente de vínculo trabalhista. É esse o grande mérito da Constituição Federal de 1988, o de estender a todos os cidadãos brasileiros o atendimento integral aos seus agravos de saúde, observadas, todavia, as políticas públicas estatais. Ou seja, o que a Constituição Federal fez foi obrigar o Estado Brasileiro a formular políticas públicas estatais de saúde direcionadas a todos os cidadãos brasileiros, sem distinção. Não há na Constituição qualquer abertura para se entender que o que se pretendeu é que se garanta a qualquer cidadão qualquer medicamento ou tratamento que qualquer médico entenda necessário. Vale registrar que uma reflexão mais responsável faz ressaltar que essa conclusão é apenas natural, uma vez que é simplesmente impossível para qualquer Estado Nacional custear e efetivar qualquer direito social de forma ilimitada.

Considerados os limites descritos, tem-se que a legislação de regência do SUS traz uma série de contornos definidores do direito à saúde. Sem a pretensão de esgotar o tema, cumpre-nos registrar dois exemplos claros de legislação expressa e clara, quais sejam a legislação referente à exigência de registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e a legislação que expressa e claramente define os contornos da política pública de saúde e a conformação sistêmica do SUS, em especial na parte que incumbe a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC de decidir acerca da incorporação ao SUS de procedimentos e medicamentos.

O registro de medicamentos junto à ANVISA é premissa básica para a industrialização, a venda ou o consumo de medicamentos em território nacional, conforme se extrai do disposto nos arts. 1º, 2º, 10, 12, 76 e 77 da Lei n. 6.360, de 23.09.1976. Igualmente, está expressamente vedada em Lei a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro ou uso autorizado pela ANVISA, em qualquer das esferas de gestão do SUS, consoante art. 19-T da Lei nº 8.080, de 19.09. 1990 (Lei Orgânica do SUS), com redação dada pela Lei nº 12.401, de 28.04.2011. A proibição legal de industrialização, comercialização e consumo de medicamento sem registro na ANVISA convive harmonicamente com o disposto no art. 8º, § 5º, da Lei n. 9.782/1999, que aquela “Agência poderá dispensar de registro os imunobiológicos, inseticidas, medicamentos e outros insumos estratégicos quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas” (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001).

O conjunto normativo acima delineado abre a possibilidade de dispensa do registro, pela ANVISA, nos casos em que o medicamento,

imunobiológico, inseticida ou insumo for de interesse do Ministério da Saúde ou de suas entidades vinculadas para programas de saúde pública. Veja-se que há, aí, uma exceção, que, como tal, deve ser interpretada restritivamente. Assim, cabe ao Ministério da Saúde, na qualidade de gestor nacional do SUS, requerer a dispensa de registro quando, por critérios técnicos e de gestão envolvidos nos programas de saúde pública, houver manifesta necessidade de inserção de um medicamento ou insumo em programa de saúde pública, mesmo sem existir o respectivo registro<sup>6</sup>. Ou seja, cabe ao Ministério da Saúde essa aferição de necessidade e adequação do pedido de excepcionalidade do registro.

No mesmo sentido, tem-se que o Decreto n. 8.077/2013 também abriga, em seu art. 7º, § 5º, a possibilidade de excepcionalização do registro para fornecimento de medicamentos para o SUS, sendo complementado pela Resolução da Diretoria Colegiada n. 28, de 9 de maio de 2008, da ANVISA, que prevê os procedimentos necessários para a importação de medicamentos sem registro, formalizando-se a partir daí uma lista de medicamentos cuja importação será possível. O medicamento em apreço não consta dessa lista e novamente ressalta-se que cabe ao Ministério da Saúde essa aferição de necessidade e adequação do pedido de excepcionalidade do registro. Já a importação de medicamentos sem registro por particular segue outro procedimento, destacando-se que, por óbvio, nesse caso a importação é feita às expensas do particular interessado.

Na mesma esteira, a Lei n. 12.401 do já longínquo ano de 2011 alterou a Lei n. 8.080/90, a Lei Orgânica da Saúde, para tornar mais claros os contornos da política pública, exatamente tendo em conta os efeitos deletérios da judicialização. Essa Lei define a assistência farmacêutica integral, os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas e firma expressamente a atribuição da CONITEC para, na qualidade de órgão auxiliar do Ministério da Saúde, definir “A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica”, com procedimentos e prazos também definidos pela Lei. E a Lei n. 12.401 foi acompanhado do Decreto n. 7.508, também de 2011, que esmiuçou conceitos e fixou com clareza os contornos da política pública de saúde.

Tem-se, pois, que os contornos da integralidade estão adequadamente firmados na legislação brasileira, em consonância com o princípio da legalidade e conforme faculta, ou mesmo obriga, a Constituição Federal vigente, com vistas à efetivação responsável e democrática do direito social à saúde. Nesse ponto, faz-se oportuno trazer a lume uma experiência

---

6 Exemplo ocorreu quando da pandemia provocada pela Gripe H1N1, quando o Governo brasileiro utilizou-se dessa previsão para fornecer tratamento médico adequado à população.

recente vivida no Reino Unido que mostra bem como um fornecimento irresponsável de medicamentos de altíssimo custo pode levar um País a enfrentar dificuldades ainda maiores. Passa-se ao relato do caso inglês, que é absolutamente esclarecedor sobre a lida com o fornecimento de fármacos por sistemas públicos de saúde<sup>7</sup>.

Os sistemas de saúde do mundo inteiro são alvo de críticas, o que decorre do simples fato de que as tecnologias em saúde são infundáveis, e cada vez mais, tornando absolutamente impossível que se forneça a todos tudo de mais novo que houver. Assim, o Reino Unido também vive uma situação de críticas ao seu sistema público de saúde, apesar de ser o precursor do modelo de Beveridge e exemplo para o mundo. Todavia, a experiência inglesa não tem relação com o fenômeno da judicialização da saúde, que lá não se observa, mas sim parte da utilização da imprensa para a disseminação das críticas.

No ano de 2010, observavam-se manchetes do tipo “England denied miracle bone cancer drug” (Inglaterra nega o fornecimento de remédio milagroso para o câncer nos ossos, em tradução livre). Então, o Primeiro Ministro inglês David Cameron, incomodado com as críticas, decidiu criar um Fundo para fornecimento de medicamentos cuja incorporação ao sistema público inglês tivesse sido negada pelo órgão responsável, o Nacional Instituto for Health and Care Excelente - NICE.

Em um primeiro momento, o então primeiro ministro conseguiu o intento de reduzir as manchetes que considerava contrárias ao seu governo. No entanto, rapidamente, mais precisamente em menos de 4 anos, o Fundo criado faliu, obrigando o governo inglês a excluir 25 tratamentos da lista que o Fundo pretendeu ampliar. Ou seja, o remédio foi mais amargo do que parecia. E tudo isso porque o Fundo inglês, criado de forma irresponsável e à revelia do órgão oficial, NICE, de avaliação de tecnologias em saúde, fez que fossem fornecidas drogas sem a devida análise de custo-efetividade, além de gerar um incremento nos preços pagos pela droga, já que o fornecimento ocorria sem participação do órgão oficial. E a sistemática de atuação da indústria farmacêutica na Inglaterra é absolutamente similar à sistemática da judicialização da saúde no Brasil, senão vejamos.

Quando um determinado medicamento era negado pelo NICE, o remédio passava a ser fornecido pelo tal Fundo a um preço muito superior, chegando-se a observar a venda na Inglaterra por preço até três vezes superior ao praticado na França! Exatamente como ocorre com a judicialização da saúde no Brasil no tocante a medicamentos de alto e

---

7 Caso abordado em reportagem do *Jornal The Economist*. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/britain/21640343-well-meaning-gesture-causing-more-and-more-trouble-benign-or-malignant>>. Acesso em: 3 out. 2016.

altíssimo custo, especialmente os oncológicos e os destinados a doenças raras. E tal situação causou uma reação em cadeia, pois os altos preços praticados em detrimento da Inglaterra acabavam dificultando a negociação dos preços nos demais países. E também é assustadora a semelhança da análise do custo-efetividade dos valores aplicados, cabendo, nesse ponto, transcrever a reportagem que ora se aprecia:

The fund could probably be made more discerning. But it would be better to do away with it altogether. According to a cost calculator developed at York University, if the £230m spent on the Cancer Drugs Fund between April 2013 and April 2014 had instead been spent in the wider NHS, it could have added over 17,800 “quality-adjusted life years”—a measure that combines survival and quality of life. It estimated that the Cancer Drugs Fund added less than 3,400 during that time. (Em tradução livre: “O Fundo poderia provavelmente ser mais exigente. Mas seria melhor acabar com ele completamente. De acordo com uma calculadora de custos desenvolvida na Universidade de York, se os 230 milhões de euros gastos com o Fundo de Drogas entre abril de 2013 e abril de 2014 tivessem sido gastos em programas de saúde mais amplos, seria possível ter acrescentado mais de 17.800 anos-de-vida-ajustados-pela-qualidade, que é a medida que combina a sobrevivência e a qualidade de vida. Estima-se que o Fundo de Drogas adicionou menos de 3.400 anos durante esse ano de uso).

Tudo isso desmistifica e afasta a premissa muitas vezes adotada de que o gestor público está sempre equivocado. Ora, a experiência dos Países interantes do chamado Primeiro Mundo ou Mundo Desenvolvido evidencia que os recursos em saúde são e serão sempre escassos, especialmente considerando-se a frequente atuação da indústria farmacêutica. Em outras palavras, experiências como a relatada, ocorrida em País desenvolvido e cujo sistema de saúde público é exemplar, evidenciam o enorme potencial danoso envolvido no fornecimento desenfreado e irresponsável de medicamentos e tecnologias de saúde pela via judicial, afastando-se os órgãos oficiais responsáveis.

#### **4 INOBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS LEGAIS ACERCA DO DIREITO À SAÚDE E DESVIRTUAMENTO DOS CONCEITOS DE UNIVERSALIDADE E INTEGRALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: ABUSO NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

A observância dos termos reais da Constituição Federal e, portanto, o respeito às políticas públicas formuladas com a devida observância do princípio da legalidade é exatamente o que diferencia a devida intervenção

judicial nas políticas públicas do ativismo judicial irresponsável. Aqui se faz oportuno transcrever as palavras de Flávia Santiago Lima em sua abordagem da judicialização da política a partir da configuração institucional inaugurada pela Constituição de 1988:

De acordo com esse histórico e talvez em resposta às fragilidades anteriores, realmente coube à CF/88 a transformação do papel do Judiciário no sistema político brasileiro, pelo desenho institucional que promove, mas também por seus dispositivos materiais que permitem a tradução de demandas políticas na linguagem jurídica, tornando-as ‘judicializáveis’, diante de um texto ‘analítico, que permite que as mais diversas expectativas – e doutrinas – sejam criadas em seu nome.

[...]

Nesse modelo, ao assegurar autonomia ao Judiciário e expandir suas competências – exemplificada na adoção de um complexo sistema de controle de constitucionalidade –, fortalecer outras instituições do Direito (Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública) e canalizar o acesso das demandas políticas através destes meios, tem-se as condições para expansão deste poder. Por ser um dos instrumentos do processo de restauração democrática, a CF/88 tentou redefinir as ‘formas de decidir da política nacional’ e, dentre outras medidas, fortaleceu as instituições judiciais, em contraponto ao Poder Executivo – como já havia ocorrido na Constituição de 1946.

Como produto do modelo concebido na Carta, a prevalência do fator institucional repercutiu nas primeiras caracterizações da judicialização da política, ocupadas com a compreensão desse arranjo. Os juristas, inicialmente reticentes com a associação das instituições judiciais com a política, hoje parecem aceitar o fato. Para Luis Roberto Barroso, a ‘judicialização, que de fato existe, não decorreu de opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte’, que se limitou ‘a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.’<sup>8</sup>

A discussão em apreço atinge contornos internacionais, abordados exaustivamente pela autora acima referida e retratados em debate promovido no ano de 2011 entre o professor, e agora Ministro do STF, Luis Roberto

8 LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição constitucional e política*: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014. p. 221-223.

Barroso e o professor norte-americano Mark Tushnet, conforme vídeo disponível na rede mundial de computadores<sup>9</sup>.

O professor Mark Tushnet mostra-se bastante preocupado com a substituição da política pública pelo Judiciário, especialmente porque o Judiciário necessariamente carece da visão do todo da política pública. E a preocupação do ilustre estudioso norte-americano com o tema já tem mais de década, conforme demonstra um artigo datado de 2005, em que o ilustre professor questiona a validade do ativismo judicial frente à democracia<sup>10</sup>. E vejam que a judicialização e o ativismo judicial nos EUA são certamente muito inferiores ao que se vem observando no Brasil, o que demonstra que o ativismo judicial preocupa mesmo quando em níveis ainda toleráveis. Vale aqui salientar a grande pergunta feita pelo professor norte-americano, em tradução livre retirada do artigo acima referido:

Conforme o filósofo do Direito Jeremy Waldon pergunta, acertadamente, por que, em casos de dissonância interpretativa razoável, deve prevalecer a vontade da maioria de uma Corte de 9 Juízes em detrimento de uma maioria de uma centena de senadores e mais de quatrocentos deputados?

A pergunta é perfeitamente aplicável ao Brasil, que, como Estado Democrático de Direito, deve ver suas leis respeitadas, salvo em caso de flagrante ataque à Constituição. E no Brasil a pergunta é ainda mais grave, na medida em que com frequência as políticas públicas embasadas nas leis de regência são simplesmente alteradas por um magistrado singular, numa completa e inequívoca subversão da representatividade popular.

Na referida discussão ocorrida em Harvard, o professor e agora Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso evidencia a importância da intervenção judicial para a concretização de direitos, mas ao mesmo tempo evidencia a diferença que há entre a judicialização e o ativismo judicial, que, quando muito, deve ser moderado. A pergunta que fica é: qual a moderação que se observa hoje na chamada “judicialização da saúde”? Há inúmeras leis e regulamentos sobre o tema e todos, sem exceção, são no mais das vezes sumariamente ignorados pelo Poder Judiciário, que simplesmente aplica diretamente um suposto art. 196 da Constituição Federal. E diz-se suposto porque nem mesmo o art. 196 da Constituição vem sendo lido por inteiro, na medida em que também lá consta que a saúde é um direito do cidadão e um dever do Estado garantido mediante

9 Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=giC\\_vOBn-bc](https://www.youtube.com/watch?v=giC_vOBn-bc)>.

10 TUSHNET, Mark. Democracy Versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution? *Dissent* Volume 52, Number 2, Spring 2005 (whole No. 219) pp. 59-63. Disponível em <http://muse.jhu.edu/login?auth=0&type=summary&url=/journals/dissent/v052/52.2.tushnet.html>.

políticas sociais e econômicas. Nesse particular, é imprescindível ressaltar que, enquanto a legitimidade dos membros do Poder Legislativo e Executivo advém do sufrágio universal, a do Judiciário resai da fundamentação de suas decisões para resguardar os direitos fundamentais e dos resultados obtidos.<sup>11</sup>

Segundo dados oficiais, em 2005, o Ministério da Saúde foi citado em 387 ações. Gastou R\$ 2,4 milhões para atender essas três centenas de pacientes. Em 2011, foram 7.200 ações. A conta disparou para R\$ 243 milhões. A conta do ano de 2015 já ultrapassou a barreira do bilhão de reais, conforme dados do próprio Ministério, como demonstrou levantamento sobre o tema publicado em coluna jornalística de 25 de novembro de 2015, que segue transcrita a seguir e demonstra o tamanho do problema a ser gerenciado:

Os gastos do Ministério da Saúde com decisões judiciais aumentaram 744% (em valores reais, isto é, corrigidos pela inflação) de 2005 a 2015, segundo dados levantados pelo Blog. Em 2005, a pasta gastou R\$ 62,6 milhões (valor da época) para cumprir determinações da Justiça relativas a tratamentos e medicamentos. Em 2015, até agora, o valor é de pelo menos R\$ 922,4 milhões.

[...]

O cálculo do próprio Ministério é de que o valor já superou R\$ 1 bilhão de reais em 2015. A diferença em relação ao apurado pelo Blog se deve a atrasos ou erros na inserção de dados no Sistema Integrado de Administração Financeira (Siafi).

[...]

As decisões judiciais dizem respeito a medicamentos novos e de alto custo. Por essa razão, a maior parte dos valores acaba sendo liberada para as poucas empresas que detêm a patente dos produtos. Em 2015, uma única empresa, a americana Uno Healthcare, recebeu pelo menos R\$ 495 milhões. Outra companhia, a Multicare, levou R\$ 296,09 milhões.

Dados do Ministério da Saúde indicam que dos 20 tratamentos de maior custo abrangidos pelas decisões, 10 não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

[...]

---

11 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional* 3. ed. Saraiva. 2007. p. 60.

O secretário explica que a falta de registro na ANVISA impede a determinação de um preço máximo para os medicamentos.

A situação, segundo ele, tende a se agravar. Massuda informa que o Ministério já foi derrotado em pelo menos 15 ações judiciais nas quais os pacientes pedem acesso a tratamento para uma síndrome rara, cujo custo individual é de R\$ 2 milhões.

“Com esse valor (R\$ 30 milhões), é possível montar 20 postos de saúde. Dá para estruturar a rede de atenção básica em uma cidade de 50 mil habitantes”, lamenta Massuda. Segundo ele, há casos em que as decisões judiciais são proferidas sem uma simples consulta ao prontuário dos pacientes, e sem que os juízes tenham ciência dos custos envolvidos.

Em 2014, segundo o Ministério, os valores consumidos com decisões judiciais teriam sido suficientes para comprar 5,8 mil ambulâncias, construir 327 UPAs de pequeno porte ou 12 hospitais.<sup>12</sup>

Percebe-se com clareza que a judicialização da saúde se retroalimenta, ou seja, a judicialização vem gerando mais judicialização, contradizendo a função do Poder Judiciário de promover a pacificação social. As ações contra a União são uma pequena parte do problema, que também inclui os demais níveis da Federação (Estados e Municípios), ou seja, trata-se de um problema que deve ser enfrentado com responsabilidade, a fim de serem firmadas premissas seguras e que enfrentem e observem todo o arcabouço normativo referente ao tema.

Apesar da jurisprudência ainda claudicante, o STF já adotou o viés ora defendido, quando do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada de número 175/CE (AgRg na STA 175/CE), em que o Ministro Gilmar Mendes foi expresso ao consignar “O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. (...) O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS.”

No mesmo sentido, a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, orienta aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA. E tal orientação foi confirmada pelo Enunciado nº 06 aprovado pela Plenária da

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/11/25/em-10-anos-gasto-do-sus-com-decisoes-judiciais-cresce-744/>>.

I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014. E são diversos outros os enunciados aprovados pelo CNJ nas Jornadas de Direito da Saúde, estando-se, todavia, ainda a aguardar a efetiva observância deles pelos quadros do Poder Judiciário<sup>13</sup>.

O desvirtuamento pelo Poder Judiciário dos conceitos que regem o SUS, universalidade e integralidade em especial, vem de longa data, afastando-se a técnica mínima de controle de constitucionalidade e aproximando-se com perigosa frequência do que se pode chamar de arbítrio judicial. Nessa toada, vale conferir decisão de 1997 trazida pelo advogado da União *Ciro Miranda* e que já evidencia esse viés:

“Todavia, o Supremo Tribunal Federal, intérprete último da Constituição, não avalizou o pensamento da doutrina acerca da inaplicabilidade imediata do artigo 196 da Constituição Federal, valendo citar a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, exarada em 31/01/1997<sup>134</sup>, nos autos da Medida Cautelar na Petição no 1246 (Pet 1246 MC/SC - Santa Catarina), porque serviu, e ainda serve, de base argumentativa para a solução de muitos outros casos pela referida Corte.

Tal decisão foi exarada nos autos do requerimento de suspensão de execução de liminar, ajuizada pelo Estado de Santa Catarina, naquele Supremo Tribunal, buscando a suspensão dos efeitos da decisão liminar proferida em medida cautelar inominada, ajuizada na 2ª Vara da Comarca de Araranguá e mantida pelo Tribunal de Justiça daquele Estado-membro, em sede de agravo de instrumento, que determinava o depósito da quantia de U\$63.806,00 (sessenta e três mil oitocentos e seis dólares) para que o menor João Batista Gonçalves Cordeiro fosse submetido a tratamento médico na clínica Cell Therapy-Research Foundation, situada nos Estados Unidos, independentemente da existência de limite orçamentário. O teor da decisão, foi o seguinte:

A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização

13 Todos os enunciados aprovados pelo CNJ estão disponíveis no sítio eletrônico do Conselho, em: <[http://www.cnj.jus.br/images/ eventos/I\\_jornada\\_forum\\_saude/enunciados\\_aprovados\\_jornada\\_direito\\_saude.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ eventos/I_jornada_forum_saude/enunciados_aprovados_jornada_direito_saude.pdf)>.

federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6o, c/c art. 227, § 1o) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30). O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5o, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense - longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76). Publique-se. Brasília, 31 de janeiro de 1997.

Ministro CELSO DE MELLO Vice-Presidente, no exercício da Presidência (RISTF, art. 37, I)<sup>14</sup>

Perceba-se que o que deveria ser tão-somente a aplicação de um conceito de saúde pública, qual seja a integralidade, acaba por se tornar uma discussão hipócrita acerca de interesses financeiros versus direito inalienável à vida, enveredando-se assim por um lastimável caminho em que os cidadãos passam a ter a crença de que o Estado e seus recursos são infinitos.

São inúmeros os casos hábeis a demonstrar que o Poder Judiciário ignora a legislação posta nas ações que envolvem o Sistema Único de Saúde. Mas, por todos, indica-se e passa-se a tratar de um caso emblemático, com vistas a deixar ainda mais claro o nível do desvirtuamento dos conceitos e regras vigentes para o SUS.

---

14 MIRANDA, Ciro Carvalho. *SUS, Medicamentos, Protocolos Clínicos e o Poder Judiciário: Ilegitimidade e Ineficiência*. Brasília: Kiron, 2013. p.

Um caso exemplar de desvirtuamento e afastamento irresponsável e imotivado das regras postas para regular o SUS está no processo de número 00616558020154010000, em trâmite na 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora, em Minas Gerais, com Agravo de Instrumento decidido no âmbito da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. Na hipótese, após uma decisão de primeira instância fundamentada, responsável e embasada na medicina baseada em evidências – embora decisão ainda casuística e embasada em análise técnica, e não no arcabouço normativo aqui defendido –, e que denegou a antecipação de tutela requerida, o TRF1 concede a antecipação de tutela recursal sem fundamentação suficiente e ignorando todo o arcabouço normativo do SUS, a começar pelo fato de que o paciente nem sequer estava atendido pelo SUS, mas por plano de saúde privado, inexistindo qualquer preocupação com a declaração de inconstitucionalidade ou mesmo ilegalidade de normas postas. Lembre-se que a declaração de inconstitucionalidade em Tribunais está sujeita à cláusula de reserva de plenário, conforme dispõe o artigo 97 da Constituição Federal, segundo o qual o julgamento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, quando efetuada por tribunal, só será possível pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros de seu órgão especial.

Pelo que se observa do processo, cuida-se de demanda que diz respeito a pedido de fornecimento de medicamento oncológico indicado em estabelecimento privado acessado por meio de plano de saúde suplementar (UNIMED). Ou seja, as informações constantes do processo revelam que o autor não está sendo atendido pelo SUS, o que de plano inviabiliza o atendimento ao seu pleito, conforme letra expressa do disposto no art. 28 do Decreto n. 7.508/2011, in verbis:

Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:

I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS;

II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;

III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e

IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

Assim, o deferimento de medicamento custeado pelo SUS sem que o usuário esteja vinculado ao Sistema viola letra expressa de regulamento vigente, o que exigiria ao menos o afastamento expresso e fundamentado da regra. Assim, não bastasse a subversão de toda a lógica da atenção à saúde e o comprometimento direto do planejamento e da orientação das políticas de saúde, impactando, pois, no caráter universal e principalmente igualitário do SUS, que é um sistema e não um seguro, tem-se ainda que a decisão ignora regulamento federal expresso e vigente.

Não bastasse o Decreto n. 7.508/2011, que por sua vez remete à Lei n. 8.080/90, tem-se que a atenção oncológica no SUS está regulada pela Portaria n. 874/GM/MS, de 16 de maio de 2013, que institui a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas e está disponível no sítio oficial do Ministério da Saúde<sup>15</sup>. Essa Portaria é, como todas as Portarias regulamentadoras do SUS, fruto de uma pactuação intergestores, ou seja, de uma decisão tomada em consenso entre os gestores do SUS das três esferas da Federação, a partir da representação de Estados e Municípios pelos respectivos Conselhos Nacional de Secretários de Estado de Saúde (CONASS) e Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS), cuja representatividade e força de pactuação estão expressamente albergadas pelo art. 14-B da Lei n. 8.080/90.

A Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer tem como princípio do cuidado integral a organização das ações e serviços voltados para o cuidado integral da pessoa com câncer, com base em parâmetros de necessidade e diretrizes baseadas em evidências científicas. E a Política instituída e devidamente pactuada entre os gestores de saúde já distribui as responsabilidades por competência entre os três entes integrantes do SUS, já firmando, pois, a divisão da solidariedade no cuidado integral ao paciente oncológico, atribuindo-se a cada esfera federativa o seu nível de responsabilidade para a estruturação desse sistema, que é especial no âmbito do SUS. Portanto, não pode o Poder Judiciário simplesmente ignorar todo esse arcabouço normativo, sob pena de desestruturação completa e prejuízo ao todo do sistema, especialmente àqueles que não pautam seu viver diário pela judicialização.

Tal entendimento vai no sentido das Recomendações do Conselho Nacional de Justiça, especialmente do Enunciados 8 da I Jornada de Direito e Saúde e 60, da II Jornada, *in verbis*:

---

15 Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0874\\_16\\_05\\_2013.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0874_16_05_2013.html)>.

8 - Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.

60 – Saúde Pública - A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

Ou seja, há instâncias e órgãos do próprio Poder Judiciário, ou a ele ligados/referentes, que vêm buscando a inversão da judicialização da saúde, de modo a torná-la de fato um elemento de pacificação social. Todavia, mesmo essas instâncias são ignoradas pela maioria dos julgadores espalhados pelo País, que continuam a insistir numa sistemática de decisões rasas e que cada vez mais se afastam da técnica jurídica, em especial da elevada técnica que deve estar inserida em cada hipótese de afastamento de normas postas por controle de constitucionalidade.

O tema da judicialização da saúde está na ordem do dia do Supremo Tribunal Federal, com julgamento atualmente em curso no pleno daquele Tribunal, no âmbito dos dos Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718, que tiveram repercussão geral reconhecida e tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis nas listas oficiais do SUS, que são formadas a partir da atuação da CONITEC, e de medicamentos não registrados na ANVISA. Ou seja, o tema do presente artigo está atualmente no centro do controle de constitucionalidade brasileiro.

O acompanhamento dos votos até agora proferidos indica que o rumo equivocado da judicialização da saúde tende a perdurar, assim como o desvirtuamento e a incompreensão acerca dos conceitos aplicáveis a esse direito consagrado pela Constituição Federal. Conforme notícia disponível na página oficial do Tribunal<sup>16</sup>, o Ministro relator do caso, Marco Aurélio de Mello, inicialmente “se manifestou no sentido de negar provimento aos dois recursos, por entender que nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a imprescindibilidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e sua família para aquisição, e que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora”. Porém, posteriormente o julgador aditou seu voto, encaminhando aos pares a seguinte proposição de julgado:

16 <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>.

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso.

Percebe-se com facilidade a incompreensão e o desvirtuamento dos conceitos de universalidade e integralidade, ao pretender-se vincular o fornecimento à hipossuficiência econômica, quando o SUS é universal – igual para todos – e ao pretender-se substituir a política pública posta pela opinião de um médico assistente, na subjetiva “demonstração de imprescindibilidade”.

Os votos subsequentes, dos Ministros Luis Roberto Barroso e Edson Fachin, pretendem evoluir no entendimento, evidenciando uma compreensão mais ampla do sistema. Todavia, novamente pecam por pretender flexibilizar a política pública “em hipóteses excepcionais”, arrolando uma série de requisitos de difícil aplicação prática e que configuram mais uma porta aberta para a discricionariedade limítrofe ao arbítrio. Considera-se, mais uma vez, que o STF reluta em reconhecer a limitação do direito à saúde à política pública constituída. Nada obstante, é mister reconhecer que os eminentes Ministros estão a buscar uma decisão mais adequada à configuração real do direito à saúde, conforme se denota na proposição abaixo, formulada pelo Ministro Fachin:

No âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa.

Faz-se mister acompanhar o desenrolar do julgamento corrente, na esperança de que o tema passe a ser melhor equacionado a partir desse novo paradigma.

## 5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, conclui-se que o direito à saúde no Brasil carrega em si elevada carga de incompreensão e desvirtuamento de seus

conceitos básicos pelo Poder Judiciário, com a recusa de se compreender que se trata de um direito social concretizado a partir de políticas públicas regidas pela legalidade estrita. Ademais, verifica-se que os julgadores e Tribunais pátrios afastam toda a legislação atinente ao Sistema Único de Saúde abusando do poder a eles conferido no controle de constitucionalidade difuso, considerando-se a adoção de sistema misto no Brasil. Isso porque a observação da jurisprudência pátria evidencia que sequer se efetiva tecnicamente o controle de constitucionalidade, optando-se pela simples desconsideração das normas postas, em flagrante violação ao princípio da legalidade e à própria noção de Estado Democrático de Direito.

Tendo em conta que o tema encontra-se na ordem do dia do Supremo Tribunal Federal, espera-se que essa lógica equivocada seja superada, passando-se a adotar parâmetros de julgamento que considerem adequadamente os conceitos atinentes ao SUS e as normas postas, bem como que efetivem tecnicamente o controle de constitucionalidade. Nesse particular, afigura-se oportuno tomar de empréstimo a conclusão de Ciro Miranda, segundo a qual “não se defende que o Poder Judiciário deva ser apático ou inoperante frente às demandas sociais cujo pleito encontra escora direta nas previsões da Constituição, mas apenas enfatizar que a desconsideração de regras existentes, sem a correspondente declaração de inconstitucionalidade, sob a justificativa de uma determinada e subjetiva visão, dedutível de um princípio, além da falta de comprometimento em não gerar ineficiência, antes de privilegiar e resguardar a força normativa, acaba por violar a Carta que se buscou proteger”<sup>17</sup>.

## REFERÊNCIAS

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. Saraiva. 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES, Licínio. Direito Administrativo da Saúde. Em *Tratado de Direito Administrativo Especial*. Corrdenação de Paulo Otero, Pedro Gonçalves – 3v. p. 225-371.

LIMA, Flávia Santiago. Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014. SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*: Brasília, n. 42, jul./set. 2005, p. 213-230.

17 MIRANDA, Ciro Carvalho. *SUS, Medicamentos, Protocolos Clínicos e o Poder Judiciário: Ilegitimidade e Ineficiência*. Brasília: Kiron, 2013. p. 59.

MIRANDA, Ciro Carvalho. SUS, Medicamentos, Protocolos Clínicos e o Poder Judiciário: Ilegitimidade e Ineficiência. Brasília: Editora Kiron, 2013.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo; São Paulo, v. 30, dez. 1988.

TUSHNET, Mark. Democracy Versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution? *Dissent* Volume 52, Number 2, Spring 2005 (whole No. 219) pp. 59-63. Disponível em: <<http://muse.jhu.edu/login?auth=0&type=summary&url=/journals/dissent/v052/52.2.tushnet.html>>. Acesso em: 3 out. 2016.

INGLATERRA. *The Economist*. The Cancer Drugs Fund: Benign or malignant? A well-meaning gesture is causing more and more trouble. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/britain/21640343-well-meaning-gesture-causing-more-and-more-trouble-benign-or-malignant>>. Acesso em: 3 out. 2016.

BRASIL. Folha de São Paulo. Blog Fernando Rodrigues. Em 10 anos, gasto do SUS com decisões judiciais cresce 744%. Disponível em <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/11/25/em-10-anos-gasto-do-sus-com-decisoes-judiciais-cresce-744/>, acesso em 3 de outubro de 2016.