e-ISSN 2184-1845
FREE • GRATUITO

GALILEU

VOLUME XX
ISSUE 1 • 1ST JANUARY – 30TH JUNE • FASCÍCULO 1 • 1 DE JANEIRO – 30 DE JUNHO 2019

REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
RATIO LEGIS UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA
VOLUME XX · Issue 1 · 1st January – 30st June 2019

Semiannual Publication. Scientific Journal of the Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas from the Universidade Autónoma de Lisboa – Luís de Camões.

DIRECTORY
Repositório Científico de Acesso Aberto de Portugal (RCAAP).

DATABASES
Repositório Institucional da Universidade Autónoma de Lisboa (Camões).

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA
VOLUME XX · Fascículo 1 · 1 de janeiro – 30 de junho 2019

Publicação semestral. Revista Científica do Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa – Luís de Camões.

DIRETÓRIOS
Repositório Científico de Acesso Aberto de Portugal (RCAAP).

BASE DE DADOS
Repositório Institucional da Universidade Autónoma de Lisboa (Camões).

PUBLISHING INSTITUTION INSTITUIÇÃO EDITORA
CEU – Cooperativa de Ensino Universitário, C.R.L.
EDIUAL – Universidade Autónoma Editora
Rua de Santa Marta, 47 – 1150-293 Lisboa
PHONE TELEFONE +351 213 177 667 · e-mail: galileu@autonoma.pt

Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia no âmbito do projecto Ref.ª: UID/DIR/04441/2019.
This work was funded by national funds through FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia – as part the project Ratio Legis – Ref.ª: UID/DIR/04441/2019.

E-ISSN 2184-1845
DOI https://doi.org/10.26619/2184-1845.XX.1
LEGAL DEPOSIT DEPÓSITO LEGAL 450625/19
TITLE TÍTULO Galileu – Revista de Direito e Economia
SITE http://journals.ual.pt/galileu/
REGISTRATION STATUS Under Publishing SITUAÇÃO DE REGISTO Em Publicação
FORMAT SUPORTE Online
REGISTRATION ERC Notation INSCRIÇÃO Anotada na ERC
PERIODICITY Semiannual PERIODICIDADE Semestral
EDITOR IN CHIEF DIRETOR EDITOR Ruben Bahamonde
ASSISTANT DIRECTORS DIRETORES ADJUNTOS Alex Sander Xavier Pires, Manuel Guedes Valente
SCIENTIFIC EDITOR EDITOR CIENTÍFICO RATIO LEGIS

EDITOR IN CHIEF DIRETOR EDITOR

Ruben Bahamonde	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	rbahamonde@autonoma.pt

ASSISTANT DIRECTORS DIRETORES ADJUNTOS

Alex Sander Xavier Pires	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	aspires@autonoma.pt
Manuel Guedes Valente	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	mvalente@autonoma.pt

EDITORIAL BOARD CONSELHO EDITORIAL

Aloísio Cristóvão dos Santos Júnior	Centro Universitário Estácio da Bahia, Brasil	acristovamjr@gmail.com
António Carlos dos Santos	Universidade Europeia, Portugal	acsantos@iseg.utl.pt
Constança Urbano de Sousa	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	mconstanca@autonoma.pt
Fernando Cachafeiro Garcia	Universidade da Coruña, Espanha	fernando.cachafeiro@ude.es
Francisco Hernández	Universidade de Santiago de Compostela, Espanha	francisco.hernandez.rodriguez@consellogalegodacompetencia.es
João Nogueira de Almeida	Universidade de Coimbra, Portugal	jjna@fd.uc.pt
Julio Garcia Camiñas	Universidade da Coruña, Espanha	jgc@udc.es
Manuel António Pita	ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, Portugal	manuel.pita@iscte-iul.pt
Paulo Nogueira da Costa	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	pcosta@ual.pt
Pedro Trovão do Rosário	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	prosario@autonoma.pt
Roberto Mazzola	Università degli Studi del Piemonte Orientale – Amedeo Avogadro, Itália; Università di Torino, Itália	rmazzola961@gmail.com
Teófilo Área Leão Júnior	UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, Brasil	teofiloleaojr@gmail.com
Valter Santin	Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil	santin@uenp.edu.br
Vasco Branco Guimarães	ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, Portugal	vbrguimaraes@net.sapo.pt

Índice Index

6 **Editorial** Editorial
RUBEN BAHAMONDE

7 **Uma abordagem conceitual da teoria do diálogo institucional na jurisdição constitucional portuguesa** A conceptual approach to the theory of institutional dialogue in the constitutional Portuguese jurisdiction
PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS | PEDRO TROVÃO DO ROSÁRIO | PEDRO NILSON MOREIRA VIANA

37 **Compliance e a cultura de paz** Compliance and culture of peace
CLAUDIO CARNEIRO

59 **Os discursos e as controvérsias da cooperação técnico-militar e técnico-policial entre Portugal, Angola e Brasil** The discourses and the controversies on the technical military and technical police cooperation among Portugal, Brazil and Angola
MÓNICA DE MELO FREITAS

78 **Da inversão do paradigma teórico-prático até a atual concepção da paz como requisito vital para o pleno desfrute dos direitos humanos em igualdade** The reversal of the theoretical-practical paradigm for the current conception of peace as a vital requirement for the full enjoyment of all human rights by all
ALEX SANDER XAVIER PIRES

99 **Do Movimento de Securitização ao respeito pelo Princípio da não Discriminação – uma aproximação aos meios de tutela nacionais** From the securitization movement to the respect for the non-discrimination principle – an approach to the Portuguese legal remedies
INÊS FARINHA

122 **Violência doméstica e estrangeiros em Portugal** Domestic violence and foreigners in portugal
EMANUEL CARVALHO

COMENTÁRIOS DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA
COMMENTS ON LEGISLATION AND JURISPRUDENCE

150 **Breve comentário à decisão arbitral proferida no Processo n.º 572/2018-T, do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD)** Brief comment on the arbitration decision made in Case No. 572/2018-T of the Administrative Arbitration Centre (CAAD)
PAULO NOGUEIRA DA COSTA

153 **O novo quadro legal da Propriedade Industrial em Portugal** The new legal framework of Industrial Property in Portugal
LUÍSA FILIPE FREITAS

RECENSÕES
REVIEWS

159 **Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade, Pedro Trovão do Rosário, Luciene Dal Ri e Denise Hammerschmidt (coords.). Curitiba: Juruá, 2019, ISBN 978-853-628-552-8**
ALEX SANDER XAVIER PIRES

164 **The relevance of migration for the 2030 Agenda for Sustainable Development: The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, Constança Urbano de Sousa (ed.). Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2019, ISBN 978-989-8191-95-3**
LUÍS MOITA

Editorial Editorial

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XX · 1st January Janeiro – 30TH June Junho 2019 · pp. 6
URI: http://hdl.handle.net/11144/4288 DOI: http://doi.org/10.26619/2184-1845.XX.1

No ensejo de afiançar a continuidade da divulgação da produção cientifico-jurídica apresenta-se este novo volume da Revista Galileu onde se recolheram diversos textos de relevo dentro das respetivas áreas temáticas. Os trabalhos ora apresentados resultaram da investigação dedicada e criteriosa de docentes universitários e doutorandos nacionais e internacionais que, desta forma, concretizaram um magnífico contributo para o desenvolvimento do estado da arte nas suas correspondentes áreas do saber jurídico.

Muito nos congratulamos com o grande número de textos rececionados para publicação, mas infelizmente, as normais limitações de uma publicação desta natureza obrigam a tomada de decisões no sentido de selecionar os textos mais pertinentes e atuais, quer pela sua temática, quer pela sua concreta abordagem, o que em nada desmerece aqueles outros textos que não puderam ver a luz nesta publicação.

Não seria justo concluir este editorial sem agradecer a dedicação e empenho de toda a equipa do Centro de Investigação Ratio Legis, o apoio do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa e a disponibilidade e suporte constantes da Cooperativa de Ensino Universitário que com os seus contributos, fazem possível a continuação da nossa missão.

Assim, esperamos que os textos ora apresentados, cumpram as expetativas do mais exigente leitor, pois tal é o propósito que abraçamos.

O Diretor da *Galileu*

Ruben Bahamonde Delgado

Uma abordagem conceitual da teoria do diálogo institucional na jurisdição constitucional portuguesa

A conceptual approach to the theory of institutional dialogue in the constitutional Portuguese jurisdiction

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS[1]
paulorbr@uol.com.br

PEDRO TROVÃO DO ROSÁRIO[2]
prosario@autonoma.pt

PEDRO NILSON MOREIRA VIANA[3]
pedro.moreira.viana@hotmail.com

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XX · 1st January Janeiro – 30TH June Junho 2019 · pp. 7-36
URI: http://hdl.handle.net/11144/4289 DOI: http://doi.org/10.26619/2184-1845.XX.1.1
Submitted on March 3st, 2019 · Accepted on May 28th, 2019
Submetido em 13 de Março, 2019 · Aceite a 28 de Maio, 2019

RESUMO O constitucionalismo, enquanto resultado de uma série de movimentos de racionalização do Estado, serviu como indispensável vetor intelectual de limitação do exercício do poder do governante ainda no século XVII, por meio da previsão de direitos e garantias firmados em leis e declarações. Contudo, se antes a sua grande força motriz girava em torno da limitação do poder estatal e da separação de poderes, hoje os problemas são

1 Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (1992), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1997), Doutorado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Granada – Espanha (2010/2011). É professor da Universidade Federal do Maranhão, Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional dessa mesma instituição, Professor Pesquisador do Centro Universitário do Maranhão e Promotor de Justiça de Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público do Estado do Maranhão, Brasil.

2 Doutor em Fundamentos de Direito Político pela UNED, Espanha (2009). Advogado. Diretor do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL) e Vice-Presidente da Fundación Universitária Internacional. Membro Internacional da Comissão de Direito à Educação na Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Rio de Janeiro. Membro Emérito da Comissão de Estudos de Direito Comparado Ordem dos Advogados do Brasil (Rio de Janeiro – 57.ª subsecção). Investigador registado na Fundação para Ciência e a Tecnologia (FCT).

3 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Brasil. É membro pesquisador do Programa de Ensino Tutorial PET Direito da Universidade Federal do Maranhão (PET/UFMA). Pesquisador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional (NEDC), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Pesquisador visitante junto à Universidade Autônoma de Lisboa (UAL), Portugal. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Maranhão – FAPEMA.

muito mais desafiadores. É que a pluralidade de interesses e de direitos nas sociedades atuais vem inspirando uma nova visão político-jurídica que contempla arranjos institucionais capazes de conduzir a um exercício mais democrático da interpretação constitucional, isto é, alternativas nas quais a significação dos direitos é feita a partir de uma construção racional entre os Poderes instituídos, inexistindo assim, a figura de um ramo de governo supremo a todos os outros. A teoria do Diálogo Institucional, objeto da presente análise, é o mais notável destes novos arranjos. Definível, em síntese, como um sistema no qual as grandes decisões de um tribunal constitucional podem ser rediscutidas por um órgão legislativo, foi primeiramente adotado pela constituição canadense na década de 1980, e hoje tem suscitado considerável debate acadêmico sobre seus potenciais e falhas. Assim, o presente estudo, a partir de um viés essencialmente bibliográfico e qualitativo, analisa a origem histórica e conceitual da referida teoria buscando evidenciar como as estruturas de poder podem dialogar, e em que medida o diálogo público pode ser presente no sistema de definição dos direitos em Portugal.

PALAVRAS-CHAVE Diálogo Institucional. Construção Racional dos Direitos nas Democracias. Judicial Review.

ABSTRACT Constitutionalism, as a result of a series of state rationalization movements, served as an indispensable intellectual vector, limiting the exercise of the ruler's power in the seventeenth century, specially through the provision of rights and guarantees in laws and declarations.

However, if its great driving force used to be the limitation of state power and the separation of powers, today the problems are much more challenging. That's a result of the plurality of interests and rights in today's societies which has inspired a new political-juridical vision that contemplates institutional arrangements capable of leading to a more democratic exercise of constitutional interpretation, that is, alternatives in which the meaning of rights is result from of a rational construction between the Powers instituted, thus lacking the figure of one supreme branch of government. The theory of Institutional Dialogue, object of the present analysis, is the most remarkable of these new arrangements. Definable, in short, as a system in which major decisions of a constitutional court can be redrawn by a legislative body, it was first adopted by the Canadian constitution in the 1980s, and today has elicited considerable academic debate about its potentials and failures. Thus, the present study, based on an essentially bibliographic and qualitative bias, analyzes the historical and conceptual origin of this theory, seeking to show how power structures can dialogue, and to what extent public dialogue can be present in the system of definition of rights in Portugal.

KEYWORDS Institutional Dialogue. Ration Construction of Rights in Democracies. Judicial Review.

I. Introdução

A busca pelo equilíbrio institucional levada a cabo nas origens da organização política dos Estados Unidos aduziu necessariamente pelo controle do poder através de seu escalonamento, seja ele entre governo central e local, seja ainda entre poderes de estado com funções repartidas para legislar, governar e julgar.

Essa noção de controle do poder estatal estatuiu a separação harmônica de papéis que cada ramo de governo deveria exercer, de sorte que é possível identificar neste modelo de organização, um imbricado sistema de competências repartidas entre as várias esferas de decisão política.

Em que pese não terem os americanos inventado a tríplice estrutura de funções do Estado, a sua Constituição de 1787 apresenta características que expressam fortes tendências ao controle, dentre as quais se destacam a instituição de um plano horizontal entre os poderes de estado e a capacidade de tribunais de justiça invalidarem leis e atos normativos através de um singular sistema de controle de constitucionalidade.

O paradigma da supremacia judiciária firmado primeiramente na Constituição americana apesar de também fazer parte da estrutura política de vários estados democráticos, como o Brasil, enfrentou e ainda enfrenta incisivas objeções. É que a última palavra do sistema do *judicial review* pode promover, em alguma medida, a ocorrência de fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização política, levando a doutrina a uma busca por formas alternativas de definição do direito. Neste aspecto, como produto histórico dos avanços e retrocessos civilizatórios, hoje, existem vários arranjos institucionais que, desde a doutrina judicialista, pretendem conciliar independência e harmonia entre o poder judiciário e o poder legislativo.

Essas novas tendências estruturais, em breve síntese, surgem a fim de conformar o instituto do *judicial review* a uma realidade em que cada vez mais se exige dos poderes constituídos uma atuação dinâmica e ágil, apta a fazer frente às multitudinárias pluralidades de conflitos jurídicos da sociedade contemporânea.

Dentre as muitas correntes ideológicas opostas ao poder revisional exclusivo dos tribunais constitucionais, destaca-se a teoria do Diálogo Institucional. Esse complexo sistema de controle de constitucionalidade foi considerado por Peter Hogg e Alison Bushell como uma invenção única no mundo jurídico. Mais reconhecidamente adotado no Canadá, a estrutura dialógica lá efetivada entre Suprema Corte e Parlamento retirou do Poder Judiciário parte da prerrogativa da última palavra, submetendo as suas decisões a um processo de eventual ressignificação por parte do legislativo.

Isto é, referido processo estabeleceu um diálogo público onde valores encartados na Constituição são alvo de um modelo democraticamente regulado no qual a significação

dos direitos é feita a partir de uma construção racional entre os poderes (poderes) instituídos, inexistindo assim, a figura de um ramo de governo supremo a todos os outros. Neste modelo estrutural, seja pelo acordo ou pelo desacordo, o direito é fruto do diálogo consciente, um debate público e qualificado acerca de seu conteúdo.

Lançadas tais bases, diante das peculiaridades históricas do constitucionalismo, impõe-se analisar conceitual e historicamente se é possível haver diálogo institucional no sistema de definição dos direitos em Portugal.

II. A construção racional dos direitos e o constitucionalismo contemporâneo

Traçando-se uma rápida linha do tempo pelos últimos séculos, é possível constatar que o constitucionalismo é o resultado prático de uma série de movimentos que fomentaram a ideia central de racionalização do Estado e de limitação do exercício do poder do governante, por meio da previsão de direitos e garantias firmados em leis e declarações.

Em breve análise, estes movimentos abrangem diversas correntes filosóficas, políticas e sociais que tiveram como base a Inglaterra do século XVII, aliado ao surgimento do *Bill of Rights,* tendo-se intensificado ao final do século XVIII por conta principalmente da Revolução Francesa (1789-1799) e da promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América (1777).

Tais correntes tiveram como expoentes alguns dos mais relevantes pensadores modernos conhecidos mundialmente como, e.g., John Locke, Montesquieu e Rousseau, influenciadores do pensamento liberal que fomentou a queda de regimes absolutistas por intermédio da conceção de que as pessoas detêm autodeterminação suficiente para, em um pacto coletivo, abdicar de certos direitos e liberdades a fim de constituir um governo investido por meio da adesão voluntária e não mais pela força.

Por ilustrativo, Jorge Miranda[4] expressa com precisão a mudança paradigmática que conduziu ao fenômeno em análise:

> "Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só, o exercício do poder por muitos; em vez de súditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis".

4 MIRANDA, Jorge — Manual de Direito Constitucional. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 96.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 7-36

Mas, afinal de contas, em quê consistiu o constitucionalismo e, em que medida, sua presença ainda é importante para as democracias atuais? Em seu aspeto teórico, o constitucionalismo ostenta a característica de conceito multifacetário na medida em que pode ser compreendido a partir de mais de uma vertente de análise. Por exemplo, são recorrentes desde perspetivas culturais, históricas à normativo-dogmáticas.

Neste aspecto, Peter Häberle[5], por exemplo, considera o constitucionalismo como "processo cultural e historicamente condicionado através do qual é possível limitar o poder estatal substantivo as regras e ritos racionalmente acordados." Noutro modo, Celso Ribeiro Bastos[6], considera ser o constitucionalismo "fenômeno social essencialmente dotado de caráter jurídico". Já autores como Eric Kaufmann e Horst Ehmke, aduzem, respectivamente, que este foi um movimento dirigido contra o absolutismo monárquico, a fim limitar o poder estatal a partir do compartilhamento do exercício da soberania com o Parlamento, tendo como finalidade essencial, a organização de um processo vital de liberdade.

Contudo, apesar das várias perspetivas de abordagem, é possível traçar a partir dos referenciais mencionados, características comuns quanto ao surgimento do movimento constitucionalista. Isto é, não obstante, manifestarem perspetivas finalísticas diferentes do conceito do fenômeno constitucional, há relativa convergência sobre suas razões determinantes. Nos dizeres de Jorge Miranda[7], "apesar de concebido em termos racionais e até desejavelmente universais, [o constitucionalismo] na sua realização histórica, não pode desprender-se de certa situação socioeconômica e sociopolítica".

Em regra, o historicismo do movimento constitucionalista evidenciado por Miranda, é compreendido pelos autores como elemento fundacional de um amplo processo sociocultural de difusão de ideais que almejavam o estabelecimento de um processo de "domesticação racional do poder" como premissa antropológica de salvaguarda da dignidade humana.

A este respeito, ao pretender legitimar o controle do poder estatal a um consenso fundamental, o constitucionalismo apresenta condições de sustentabilidade singulares e condicionadas ao resultado prático do arranjo de variáveis sociais e históricas presentes de modo particular em cada organização humana. Compreender a influências de tais variáveis sobre a dinâmica dos mecanismos institucionais fixados em uma constituição é essencial para vislumbrar o futuro do constitucionalismo no mundo contemporâneo. Em que pese reconhecidamente plural, na acepção de Peter Häberle, o constitucionalismo precisa ser

5 HÄRBELLE, Peter — Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo. In Anuário Português de Direito Constitucional – Vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 37-62.
6 BASTOS, Celso Ribeiro — Curso de Direito Constitucional. 22.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
7 MIRANDA, Jorge — Manual de Direito Constitucional. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 98.

dotado de pelo menos seis elementos concretos que viabilizam sua existência e efetividade em maior ou menor grau.

Segundo o autor, o estado efetivamente constitucional precisa i) assegurar uma democracia pautada no pluralismo, isto é, materialmente assegurar enquanto fundamental, o direito à liberdade e à diversidade de ideias e suas expressões; ii) estabelecer direitos fundamentais; iii) separar poderes de governo em funções e atividades distintas, bem como ainda; iv) garantir uma atividade administrativa minimamente organizada, com a divisão de competências e ritos processuais para aplicação do direito; v) promover o "rule of law", e vi) assegurar proteção jurídica efetiva, através da independência dos tribunais, com a garantia de uma justiça constitucional capaz de interpretar desimpedidamente a constituição e o direito. Cumpre observar que tais condições tem um caráter essencialmente indicativo.

Logo, diante das várias diferenças históricas, culturais e sociopolíticas presentes nas mais variadas organizações políticas, é que Canotilho[8], a este respeito, considera que existe não somente um, mas sim, "múltiplos processos constitucionalistas, com características e desafios próprios". Porém, para além de tal carga histórica, o constitucionalismo hoje ostenta característica de um conceito generalizado universalmente, e que, por tal universalização, pode referir-se a várias multiplicidades do gênero "Estado Constitucional". Por este motivo é que ao passo que se revela enquanto marco histórico civilizatório, é também projeto humano situado em constante processo de desenvolvimento, movido pelas novas realidades e necessidades. Se antes a grande força motriz do constitucionalismo girava em torno da limitação do poder estatal e da separação de poderes, condições estas de sustentabilidade relativamente difundidas pelo mundo como desejáveis, hoje os problemas são muito mais complexos. Neste aspeto, Jorge Miranda[9] destaca:

> "Ao passo que o Estado atinge sua máxima expansão, desenvolve-se a estruturação da comunidade internacional, através de agrupamentos de Estados com funções específicas que adquirem autonomia relativa a eles [...]. Nasce a proteção internacional dos direitos do homem, tendo por causas a tendência para a humanização, e sobretudo, o repúdio da pressão feita por regimes políticos de vários sinais ideológicos e a consciência universal da dignidade humana que vai se consolidando. É certo que no início do século XXI, o panorama político-constitucional é, de novo, de grandes transformações e instabilidades. Quase todos os regimes totalitários ou autoritários entraram em declínio irreversível e

8 CANOTILHO, J. J. G. — Direito constitucional e teoria da constituição. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 64.
9 MIRANDA, Jorge — Manual de Direito Constitucional. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 35.

> a democracia representativa dir-se-ia agora prevalecer. Todavia, não se denotam poucas as contradições e indefinições de ostenta [...]. Não se chegou, pois, ao fim da história – muito longe disso; apenas se chegou ao fim de certa era ou a um momento de transição, com todas as virtualidades que, apesar de tudo, pode conter".

Vê-se, portanto, que o intenso processo de globalização que a humanidade vivencia aumenta a complexidade da organização humana. Isso exige cada vez mais compreender como os grandes sistemas constitucionais dão solução a problemas jurídicos igualmente mais complexos. Estes novos desafios impostos ao constitucionalismo hoje, sobretudo no tocante a compreensão e delimitação do conteúdo de direitos, têm permitido a construção de alternativas às tradicionais estruturas de governo.

Certo é que a construção de tais alternativas é fator de equilíbrio chave para o controle do poder, haja vista que é consequência inescapável para a construção racional dos direitos nas democracias a inexistência de um ramo de governo supremo a todos os outros. Cumpre notar que a abertura de conhecimento que o novo cenário de fluidez teórica permite em relação a compreensão do sentido constitucional, vem inspirando uma nova visão de constitucionalismo que contempla arranjos institucionais capazes de conduzir a um exercício mais democrático da hermenêutica constitucional.

Conhecidas como correntes de cooperação, estas compreensões mais democráticas da atividade de interpretação concebem que a realização do texto constitucional não pode mais ser pensada de forma singular, devendo se reconhecer a multiplicidade de atores envolvidos nesse processo como condição de eficácia da própria constituição. Neste aspeto, esclarece Peter Häberle[10]:

> "Uma teoria constitucional se concebe como ciência da experiência e deve estar com condições de, decisivamente, explicar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (*Öffentlichkeit*) (...). A interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a receção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas pois que se insere em um contexto democrático no qual não pode haver interrupção e não existe e nem deve existir dirigentes (...). Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional".

10 HÄRBELLE, Peter — Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio António Fabris Editor, 2002, p. 36.

Assim, esta linha de estruturação do constitucionalismo atual, pretende legitimar relações de cooperação, distanciando-se cada vez mais da tradicional ideia de supremacia, possibilitando-se a comunicação "a partir do reconhecimento de alteridade, sem que isso signifique uma mera convergência"[11]. Esta conceção permite ao órgão responsável pelo exercício da jurisdição constitucional a observância do direito comparado, propiciando o nascimento do que alguns denominam de diálogo judicial. Atualmente, desde a doutrina judicialista, existem variados arranjos que pretendem adotar dinâmicas de restabelecimento integral da primazia legislativa na interpretação constitucional, ou uma mitigação das competências revisionais do poder judiciário. Dentre estas novas tendências destaca-se a teoria dos diálogos institucionais – objeto da discussão que se segue.

III. O *judicial review* e a jurisdição constitucional na era das democracias

As bases estruturais de formação política dos Estados Unidos apontam desde suas origens para uma dogmática controladora do poder do Estado através de seu escalonamento em variadas funções de governança. Embora não se atribua exclusivamente aos estadunidenses o advento do sistema de freios e contrapesos, por certo, ao compulsar as teses expedidas na obra "The Federalists Papers", fica claro verificar que a partir da Constituição americana de 1787 inaugurou-se um efetivo mecanismo de controle constitucional que serve de inspiração para diversas ordenações políticas.

A medida em que as funções de cada instituição se dividem em mico espaços de poder, pautados em regras rígidas expressas na lei e na constituição, mais fácil se torna controlar o processo de tomada de decisão do estado e assim, afastar as tendências centralizadoras que lhe são inerentes. É sob este particular que a natureza da divisão institucional do poder resulta no advento de um ramo judiciário que serve de árbitro das disputas oriundas da interpretação ou estrutura do texto constitucional. Muito embora o paradigma da supremacia judiciária faça parte da estrutura política de várias democracias, este modelo judiciário de definição do direito enfrentou e ainda enfrenta incisivas objeções.

Como bem sistematizou Eduardo Vieytez[12], a consagrada última palavra do sistema do *judicial review* representou a distinção histórica do modo de garantir juridicamente os direitos fundamentais, de sorte que em países de tradição da *common law,* as estruturas políticas adotam modelos parlamentares de definição do direito.

11 NEVES, Marcelo — Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 25.
12 VIEYTEZ, Eduardo J. Ruiz — La excepción constitucional australiana: el debate sobre la protección jurídica de los derechos y el modelo del diálogo institucional. In Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid. ISSN 0211-5743. N. 95, 2012, pp. 112-114.

Como observado, contemporaneamente, existem vários arranjos institucionais[13] que pretendem adotar dinâmicas de restabelecimento integral da primazia legislativa na interpretação constitucional ou a mitigação das competências revisionais do poder judiciário. Dentre estes arranjos estruturais, destaca-se aquele proposto pela teoria dos diálogos institucionais, que surge a fim de conformar o instituto do *judicial review* a uma realidade onde cada vez mais se exige dos poderes constituídos uma atuação harmônica.

Desta feita, o presente estudo abordará as correntes contra majoritárias ao *judicial review* mais relevantes no contexto constitucional atual, a fim de traçar em um primeiro momento, a quadra das teorias tensionistas entre controle de constitucionalidade e democracia, bem como analisar as argumentações contrárias à supremacia judicial no contexto da proposta de revalorização legislativa – expressos de sobremodo nas abordagens teóricas de Jeremy Waldron. Em um segundo plano, pretende-se elaborar um breve escorço do desenvolvimento das origens da teoria constitucional dialógica e das implicações do diálogo entre Legislativo e Judiciário à luz dos estudos de Ronald Dworkin.

Com efeito, o contramajoritarismo sustenta o estabelecimento de uma supremacia parlamentar ou mesmo de um compartilhamento funcional entre os poderes públicos da atividade de significância do direito. I.e., esta corrente pretende mitigar ou extinguir a atividade interpretativa de juízes não eleitos. As teses contra majoritárias, em regra, podem ser concebidas em dois grandes grupos, *(i)* teses que pleiteiam o refreamento do *judicial review*; *(ii)* teses que propõe um completo redesenho institucional a fim de criar capacidades específicas dos atores institucionais da interpretação do texto constitucional.

Jeremy Waldron, jus filósofo neozelandês, surge como um dos expoentes mais críticos a atribuição de não eleitos declararem a nulidade de leis aprovadas por corpos legislativos democraticamente instituídos. Porém, em que pese ofereça forte oposição à ideia revisionista, Waldron reconhece como admissível a existência do *judicial review*, desenvolvendo em seu estudo uma análise da situação do poder revisional existente no século XX, classificando-o em *judicial review* forte, intermediário e fraco.

A partir desta divisão, o autor cria uma distinção entre *judicial review* e *judicial supremacy.* Em regra, o autor considera ser o *judicial review* uma competência modesta de controle do Poder judiciário sobre os outros Poderes instituídos, enquanto que a conceção de *judicial supremacy* implica um protagonismo exacerbado do Judiciário nas políticas institucionais: de outra forma, os tribunais constitucionais nesta perspetiva seriam soberanos a todos demais ramos do governo – esta é a conceção veementemente rechaçada por ele.

13 Por ilustrativo cumpre destacar os movimentos do Constitucionalismo Popular e do Departamentalismo, que perquirem a instituição de um processo aberto de interpretação do texto constitucional pelos próprios destinatários, ou pelos diversos poderes de estado.

De acordo com a perspetiva waldroniana, permitir que os tribunais e seus juízes exerçam o poder revisional indiscriminadamente significa deslocar o autogoverno. Isto porque, segundo ele, as elites judiciárias – intelectualmente dotadas e diretamente influenciadas por interesses políticos –, retirariam dos representantes democráticos o poder de deliberar e decidir sobre as políticas de desenvolvimento na medida em que por controlar sem controle proporcional e simetricamente inverso, o poder judiciário transformar-se-ia em constituinte derivado – decidindo sobre a direção das demais instituições. De certa forma, a partir do problema da soberania[14] apresentado em Hobbes, a supremacia judicial escapa à ideia de controle parlamentar, "consignando-se o judiciário a voz da constituição, ao passo que seus juízes se transformam em verdadeiros tiranos."

A principal ofensiva de Waldron à supremacia judicial reside na tese contrária a prerrogativa construída de ter o Judiciário a última palavra sobre a Constituição. O autor sugere como solução para o controle da força central de coerção normativo-interpretativa de termos ou direitos vagos, o emprego de chamadas "decisões deliberadas". Contudo, as decisões a que se refere não são decisões judiciais, mas sim decisões políticas.

Assim, é possível afirmar que Waldron, e as correntes contra majoritárias em geral, percebem a deliberação política – através da participação democrática organizada pela regra da decisão majoritária – como não somente o meio de definir políticas públicas, mas ainda como meio de decisão sobre o significado de direitos essenciais dos membros dessa mesma sociedade. O processo político, determina, em sua aceção, não somente as metas públicas a serem atingidas, mas também a distribuição dos direitos fundamentais.

Neste ponto, ao considerar que em tal processo as discordâncias de ponto de vista ideológico e morais são inescapáveis – definidas por ele como circunstâncias de política[15] – é necessário estabelecer uma autoridade para definir o que é certo[16]. De lógico, a posição de Waldron é aquela que privilegia o parlamento e os demais mecanismos democráticos tradicionais de representação para a adoção de decisões políticas e decisões jurídicas, ainda que elas recaiam sobre a interpretação/significação de princípios.

É que, segundo ele, a forma digna e igualitária de tratar os indivíduos é considerar isonomicamente suas respetivas participações no processo político-democrático de tomada de decisões – possibilitando-se dizer que, apesar do dissenso moral razoável sempre persistir

14 No qual a solução para o poder controlador seria a aplicação do Rule of Law, no qual o Monarca ou o Parlamento detém a prerrogativa de criação e definição do direito.

15 Circunstâncias de justiça poderia ser entendido como o sentimento compartilhado pelos membros da sociedade de que existe a necessidade de estabelecer regras/estruturas de solução de problema controvertidos e discordantes ao passo que precisam agir conjuntamente.

16 É dizer-se: os homens discordam sobre as questões de justiça e precisam ao mesmo tempo tomar decisões em conjunto.

após a aprovação do texto legislativo, todos os sujeitos partícipes (vencedores/vencidos) aceitarão a nova lei como legítima pois que do seu processo de criação participaram. Portanto, é da posição dos membros legislativos que as mudanças/definições jurídicas e políticas devem ser intencionalmente deliberadas e debatidas (isto é, pelos próprios destinatários da norma, direta ou indiretamente). Contudo, na adoção deste processo, considerando-se a inafastabilidade do dissenso, o critério da vontade da maioria é sempre a saída para a tomada de decisões. Ronald Dworkin, de outro modo, reconhece que a supremacia judicial é um fato histórico da sociedade que considera o poder judiciário como o intérprete final da constituição, cuja compreensão dos direitos fundamentais é a de um ordenamento essencialmente composto de princípios.

O esforço teórico por ele depreendido na obra "Levando os Direitos a Sério" tem como objetivo justificar a legitimidade democrática do *judicial review*. Em um primeiro momento, é possível afirmar que Dworkin não vê qualquer objeção a invalidação de leis por juízes não eleitos. Em verdade, o autor acredita que este arranjo é capaz de melhorar as estruturas democráticas.

Para Dworkin o direito é essencialmente interpretativo e, neste aspeto, os princípios, por seu turno, permitem aos juízes decidirem os casos concretos. Significa dizer, de certa forma, que o direito só pode ser compreendido no caso concreto, eis que derivaria de um esforço conjunto de interpretação das regras, princípios e das diretrizes políticas. Assim, inevitavelmente, quando uma constituição firma direitos individuais de natureza principiológica – ou seja, quando estabelece direitos, mas não estabelece precisamente no que tais direitos consistem efetivamente[17], algum organismo de governo deve ter a última palavra sobre o que tal direito deve valer. Melhor clarifica Dworkin[18]:

> "Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais".

17 Os princípios não almejam estabelecer condicionantes para a sua aplicação, faz tão somente um anúncio para a sua efetivação e aplicação. Já as regras devem ser aplicadas de modo irrestrito, pois se aplica ou não se aplica no caso concreto

18 DWORKIN, Ronald — Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 101.

De acordo com a teoria constitucional de Dworkin, a argumentação jurídica pode ser compreendida em (1) argumentos de princípios – que justificam uma decisão mostrando que ela protege os direitos de um indivíduo ou de um grupo, e (2) argumentos de política – que justificam certa decisão mostrando que ela protege ou fomenta um objetivo da comunidade como um todo, aqui entendidos como de políticas públicas, que buscam promover benefícios gerais.

A distinção entre argumento de princípios e argumentos de política é o que em um primeiro momento, autoriza o *judicial review*. Em regra, o juiz não deve agir como legislador, devendo limitar-se a aplicar as leis existentes, eis que o juiz não é investido de autoridade pública para legislar. Essa atividade jurisdicional, especialmente quando do exercício do *judicial review,* deve levar em consideração apenas os argumentos de princípio, de forma a impor direitos fundamentais contra decisões de uma maioria política que "pelo processo legislativo, pode suprimir os direitos fundamentais das minorias[19] sob o pretexto da observância ao 'interesse geral'".

Neste ponto, Dworkin aponta grave falha da tese de Waldron. Segundo o autor, em virtude do princípio que veda a atividade legislativa em causa própria, as decisões de política e de princípio que tem potencial de ir de encontro à vontade da maioria não podem ser submetidas a sua própria deliberação. É que na sua conceção, este cenário revela que a legalidade restaria malferida, eis que os legisladores atuariam em benefício de si ou de seu próprio grupo político, impondo-se reconhecer que pelo menos quando direitos fundamentais das minorias restarem em risco (de extinção ou de redução), o Legislativo não será o lugar apropriado para tomar decisões de princípios.

Dworkin reconhece assim, que uma sociedade que se dignifica a ponto de assegurar direitos em um texto constitucional está necessariamente sujeita a lidar com problemas jurídicos e morais. Inevitavelmente, pelo que ele afirma, quando uma constituição firma direitos individuais, mas não estabelece instrumentos próprios para garanti-los ou não estabelece precisamente no que consistem, algum organismo de governo deve ter a última palavra sobre o que tal direito deva valer. Tal resposta pode ser dada pelos tribunais constitucionais sem que isso, portanto, signifique violação ao princípio da legitimação democrática.

Atualmente, o tradicional modelo de *judicial review* aliado a supremacia do poder judiciário tem sido um dos maiores alvos de críticas da teoria constitucional, não apenas sob a ótica da legitimidade democrática, mas também pelo seu resultado no que tange a verdadeira efetivação dos direitos fundamentais.

19 Idem, p. 104.

É que referida capacidade, entendida por alguns como excessiva, passou a ser vista com maus olhos em razão de fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização política, levando a doutrina a uma busca incessante por formas de combate a essas patologias. Na busca por uma solução conciliadora, surgem os arranjos institucionais dialógicos.

IV. A teoria do diálogo institucional e suas vertentes concretistas

Ante a evidenciada necessidade de conferir maior estabilidade no processo jurídico-político de definição dos direitos, alguns Estados de tradição parlamentar convencidos da necessidade de implementação de um sistema de revisão judicial das leis para uma maior efetivação dos direitos fundamentais, buscaram desenvolver modelos alternativos aos até então existentes.

Neste cenário, um exemplo de macroestrutura democrática característica pela sua estrutura governamental singular é o Canadá, que adota mecanismos dialógicos de interpretação e significação da Constituição. Assim como Nova Zelândia e Reino Unido, que até então viviam sob a égide de um sistema pautado na supremacia do Parlamento, tais países instituíram um modelo de revisão judicial a partir do tradicional modelo americano, porém, tentando uma nova forma de equilíbrio entre os poderes, até então inexistente. Em rápida síntese, o novo modelo traduz-se basicamente em uma forma de controle de constitucionalidade onde existem mecanismos de respostas da população àquelas decisões que lhes parecem erradas, visando com isso diminuir a tensão natural relativa a legitimidade democrática do *judicial review.*

Nele, "a interpretação judicial das provisões constitucionais pode ser revisada pelo legislativo em um prazo relativamente curto, usando uma regra de decisão não muito diferente da que é usada no processo legislativo cotidiano"[20].

Neste aspeto, o diálogo institucional se limita à "comunicação" estabelecida entre o Tribunal Constitucional e o Parlamento, sobretudo porque o cerne do debate acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional restringe-se a esses dois ramos do poder, ficando o poder executivo de fora. Assim, é possível sintetizar o diálogo institucional a um complexo arranjo no qual as grandes decisões de um tribunal constitucional podem ser rediscutidas por um órgão legislativo, e, por derradeiro, serem dotadas de um novo escopo

20 TUSHNET, Mark — Weak Courts, Strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 39.

político-jurídico instruído pelo construtivismo cooperativo em atenção a necessidade de máxima efetivação dos direitos fundamentais[21]. Melhor esclarece Peter Hogg[22]:

> "Onde uma decisão judicial é aberta a possibilidade de reversão, modificação ou repulsa legislativa aí reside o verdadeiro relacionamento dialógico entre Corte e Corpo Legislativo. Neste caso, a decisão judicial causa um verdadeiro debate público onde valores encartados na Constituição são mais proeminentes do que seriam se não houvesse a sobredita decisão judicial" (tradução livre).

A experiência dialógica aplicada no Canadá, foi inaugurada através do *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Este normativo, que pode ser compreendido como uma declaração de direito e liberdades fundamentais, faz parte da Constituição do Canadá e foi o resultado prático de pelo menos dois intensos anos de debate acerca das perspetivas governamentais de um país plural e contraditório.

Efetivamente adotada em 1982, a carta prevê em sua "Seção n. 33" o mecanismo de "exceção por declaração expressa", que resguarda a possibilidade de ter o parlamento a última palavra sobre decisões controvertidas da suprema corte. A referida seção estabeleceu a cláusula *notwithstanding*, também conhecida como *la clause dérogatoire* ou mesmo *override power*. Assim, prevê a Seção 33:[23]

> "EXCEÇÃO POR DECLARAÇÃO EXPRESSA: O parlamento ou casa legislativa provincial pode expressamente declarar em ato interno que sua provisão normativa tem eficácia inobstada a existência prévia das provisões a que faz menção a seção 2 ou 7 a 15 desta Carta; PROCEDIMENTO DA EXCEÇÃO: (2) O ato legislativo que expressa a declaração de aplicação inobstante, feita sob os regramentos desta subseção, terá os mesmos efeitos que as provisões expressas nesta Carta. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE CINCO ANOS: (3) A declaração por provisão normativa de eficácia inobstada feita nos termos da subseção (1) perderá sua

21 Ou seja, as teorias dialógicas partem da premissa de que, muitas vezes, a decisão judicial não será suficiente para a resolução de um conflito sobre direitos, sobretudo nos casos relativos à efetivação de direitos fundamentais, nos quais existem limitações que ultrapassam a seara da competência judicial, portanto, não pode a decisão judicial ser considerada o fim da linha dentro da jurisdição constitucional, principalmente quando se busca a máxima eficácia de direitos fundamentais.

22 HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. — The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). In Osgoode Hall Law Journal, Toronto. ISSN 0030-6185. V. 35, N. 1, 1997, p. 17.

23 CANADA — Consolidation of the Constitution Acts, 1967 to 1982. Department of Justice, 1989. [Consultado em: Março de 2019]. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21363-21364-1-PB.htm

> eficácia após cinco anos a partir da entrada de sua vigência ou vez ultrapassado período inferior especificado na declaração; REPRISTINAÇÃO: (4) O parlamento ou casa legislativa provincial poderá conferir efeitos repristinadores a declaração feita nos termos da subseção (1). (5) A subseção (3) é aplicável nas hipóteses de declaração repristinada" (tradução livre).

Em breve síntese, a provisão da referida seção assegurou às legislaturas nacional e provincial ser possível a superação de uma lei ou parte dela por uma provisão legislativa durante um limitado período de tempo, previamente estabelecido – sustando assim, a eficácia de determinados direitos e consequentemente de qualquer de decisão da Suprema Corte. A decisão legislativa em apreço, pode somente afetar temporariamente alguns direitos fundamentais (*e.g.* os direitos fundamentais constantes da seção n. 2, como a liberdade de religiosa, de associação e de expressão) ou os chamados "direitos legais" (*e.g.* liberdade de locomoção em tempos de paz, vedação ao tratamento cruel ou degradante). Outros direitos, como os previstos na seção n. 6 da carta canadense (*e.g.* direitos inerentes a um regime democrático ou a pluralidade cultural-linguística) são insuscetíveis de limitação pelo legislativo.

Esse novo sistema de controle de controle de constitucionalidade foi considerado por autores como Peter Hogg e Alison Bushell, como uma invenção "única" no mundo jurídico. Na sua aceção, expressa na obra *The charter dialogue between Courts and Legislatures*[24], tal modelo é caracterizador do sistema dialógico de *judicial review.*

Na tese de Hogg, a instituição do *override power* não significou um uso desmedido do poder de superação parlamentar. Com efeito, a partir do estudo do referido autor, foi consignado que em regra, depois de algumas declarações de inconstitucionalidade, o parlamento intentava as chamadas *"legislative sequels"* que não necessariamente significavam o emprego da cláusula 33 –, mas *e.g.*, a aprovação de uma nova lei que encampa as objeções feita pelo tribunal constitucional em suas decisões. Segundo Hogg[25]:

> "(...) Normalmente existe uma lei alternativa que está disponível para o corpo legislativo e que permite que o propósito legislativo seja substancialmente realizado, embora por meios um pouco diferentes. Além disso, quando o Tribunal derruba uma lei, frequentemente oferece uma sugestão de como a lei poderia

24 HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. — The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). In Osgoode Hall Law Journal, Toronto. ISSN 0030-6185. V. 35, N. 1, 1997, p. 75-124.

25 Idem, p. 89.

> ser modificada para resolver os problemas constitucionais. O corpo legislativo frequentemente segue essa sugestão, ou elabora uma lei diferente que também contorna as barreiras constitucionais" (tradução livre).

Ao retirar-se dos tribunais constitucionais a prerrogativa da última palavra, submetendo as suas decisões à um processo de eventual resinificação por parte do Parlamento – processo no qual se resguarda os valores Constitucionais indicados pelo tribunal, estar-se-ia diante de um modelo democraticamente regulado de significação dos direitos.

A resposta legislativa, seja pelo acordo ou pelo desacordo, seria assim, fruto do diálogo consciente, um debate público e qualificado do direito. É dizer-se que a teoria do diálogo, quando das decisões em sede de *judicial review*, convida o poder legislativo à reflexão sobre eventuais distorções – o que no sentir de Roach[26] permite "uma atuação em equipe dos poderes, na qual um compensa as fraquezas do outro". Assim, a partir da análise do arranjo político canadense, é possível notar que o principal objetivo das teorias dialógicas reside no estabelecimento de um processo público no qual todos participam na busca da melhor resposta aos grandes problemas constitucionais. Significa dizer que rejeita os extremos, tanto da atuação judicial como da atuação legislativa, "induzindo o tribunal constitucional e o parlamento a assumirem a responsabilidade política e apresentar justificativas razoáveis para suas escolhas no tocante à restrição de direitos"[27].

Mas, afinal, como as estruturas de poder podem dialogar, e em que medida o diálogo público é possível? De princípio, cumpre notar que nem toda comunicação estabelecida entre os ramos de governo na tarefa de significação do direito pode ser considerada um diálogo institucional, em que pese possa ser considerada, em alguma medida, como uma interação.

Isso porque o fator que parece distinguir um diálogo de uma mera interação entre instituições/ramos de governo, reside no compromisso material de um construtivismo cooperativo. Isto é, o diálogo reside não na simples comunicação, mas sim na adesão estrutural de uma verdadeira vontade de resolução coletiva dos problemas constitucionais. Cumpre notar que a noção de construtivismo cooperativo, diante da historicidade do desenvolvimento das instituições de governo que cada organização política apresenta, permite que a vontade de resolução dos conflitos seja estabelecida por múltiplos meios, não existindo assim, uma única forma de diálogo ou interação.

26 ROACH, Kent — The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue. Irwin Law, 2001, p. 296.
27 Idem, p. 89.

É diante desta pluralidade de formas que a doutrina constitucionalista contemporânea tende a classificar as expressões dialógicas sob várias perspetivas. Alguns notáveis autores como Luc Tremblay[28], Grégoire Webber[29] e Gal Dor[30], consideram, por exemplo, a divisão substancialista da teoria dialógica. Em rápida síntese, segundo eles, é possível notar a diferença entre um diálogo formal – que consiste na mera deferência do poder legislativo à decisão alcançada pelo tribunal constitucional, inexistindo assim, acrescimento ao resultado prático da interpretação alcançada –, e um diálogo material, ou substancial – que consiste no estabelecimento de um verdadeiro processo racional de conciliação entre o resultado de interpretação do tribunal constitucional e a vontade interpretativa do legislador, realizável através da argumentação crítica e sedimentável pelo consenso prático.

Em outra perspetiva, delineada sobretudo pelos estudos de Christine Bateup[31], é possível ainda classificar as expressões dialógicas em outros dois grandes ramos: os chamados Diálogos de método judicial, e os Diálogos estruturais. É o que se passa a analisar.

A. Os Diálogos de Método Judicial

Com efeito, os chamados diálogos pautados no método judicial, podem ser compreendidos como técnicas dialógicas centradas no poder judiciário. Isto porque, em rápida síntese, pretendem fomentar o nascimento do diálogo a partir de ferramentas que estimulem um debate essencialmente endoprocessual com os demais ramos de governo e demais atores interpretativos da constituição.

Seja por meio da designação de peritos, da colheita de depoimentos de especialistas, ou ainda através de audiências públicas, estas técnicas pretendem "habilitar a corte a promover um debate mais amplo sobre o ordenamento constitucional"[32] sem, contudo, abandonar por completo a decisão judicial como resultado inescapável do processo. Os diálogos de método judicial por seu turno podem ser subdivididos em práticas de: i) aconselhamento judicial; ii) centralização processual; e iii) minimização judicial.

28 TREMBLAY, Luc; WEBBER, Grégoire C. N. — Introduction: La Fin de Oakes?. In La Limitation des Droits De la Charte: Essais Critiques Sur L'Arrêt R. C. Oakes. Montréal: Éditions Thémi, 2009.

29 Idem, p. 298.

30 DOR, Gal — Constitutional Dialogues in action: Canadian and Israeli experiences in comparative perspective. In Indiana International and Comparative Law Review, Indianapolis. ISSN 1061-4982. V. 11, N. 1, 2008, p. 1-36.

31 BATEUP, Christine — The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In Brooklyn Law Review, New York. ISSN 0007-2362. V. 71, N. 3, 2006, p. 1109-1180.

32 BATEUP, Christine — The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In Brooklyn Law Review, New York. ISSN 0007-2362. V. 71, N. 3, 2006, p. 1123.

a) Diálogo por aconselhamento judicial

As práticas de diálogo por aconselhamento judicial sugerem que o tribunal constitucional se utilize de uma série das chamadas "técnicas proativas de interpretação e tomada de decisão"[33] a fim de recomendar ou desaconselhar os demais ramos de governo acerca da adoção de determinados cursos de ação. Em linhas gerais, o aconselhamento judicial deve ser operacionalizado por meio de instruções essencialmente orientativas, isto é, não vinculantes, acerca da visão do tribunal constitucional sobre a constituição e seu significado. O principal e mais distinto objetivo desta prática é permitir que os demais ramos de governo compreendam a visão constitucional do tribunal e com isso elaborem, em suas respetivas competências, uma legislação não conflitante, ou ainda alterem a legislação em vigor para evitar futuras arguições de incompatibilidade.

Um exemplo prático desta prática de aconselhamento é oportunamente ilustrado pelo julgado da suprema corte americana em *City of Chicago v. Morales*. Em rápida síntese, no caso em questão, foi analisado pela corte a constitucionalidade da *Chicago's gang-loitering law*, norma que impedia a congregação pública de certas pessoas em face de questões de segurança pública. O julgamento, coordenado pelo voto da *Supreme Justice* Sandra O'Connor, reconheceu a incompatibilidade da citada lei ante a violação ao direito fundamental ao devido processo legal, e, mais em frente, esboçou de forma detalhada as alternativas legais que poderiam ser adotadas pelo legislador como forma de adaptar a norma à visão constitucional-política de mundo da suprema corte – técnica cunhada então como "*constitutional road map decision*".

Assim, o aconselhamento judicial pode ser efetivado por meio de duas grandes formas: uma, declarando a inconstitucionalidade de leis e demais atos normativos, e, ao mesmo tempo, sugerindo curso de ação alternativo para a finalidade legislativa pretendida; e a outra, declarando a constitucionalidade de leis e demais atos sugerindo ao legislador a adoção de emendas ou correções capazes de clarificar ainda mais a atividade de interpretação que pode ser eventualmente prejudicada por conta da ambiguidade ou obscurantismo léxico.

Contudo, apesar de ser classificado como ferramenta dialógica pela doutrina, talvez referida prática sequer devesse ser considerada uma forma de diálogo. É que sua adoção toma como pressuposto de validação a posição interpretativa de juízes como privilegiada, haja vista que ela, e somente ela, pode servir de "guia" para os demais ramos de governo. Em que pese ser o aconselhamento essencialmente orientativo, ele também pressupõe em

33 Ibidem.

sua essência a ideia de que os demais ramos de governo não têm capacidade de interpretar o direito sem necessariamente contar com a assistência do poder judiciário.

É claro que ao final de toda atividade de interpretação, como afirmava Dworkin, faz-se necessário o estabelecimento de uma instituição dotada da autoridade estrutural da "última palavra". Contudo, certamente sem recair nos temores da anarquia interpretativa – em que cada ramo de governo interpreta e se guia conforme suas próprias convicções constitucionais, o judiciário não tem vocação para servir de único catalisador da atividade de interpretação do direito.

O aconselhamento judicial assim, se revela como uma perigosíssima forma de deslocamento do autogoverno, na medida em que insta o legislador a adotar suas "sugestões", sob pena de, no futuro, ter a legislação que enfrentar uma arguição de incompatibilidade. É preciso notar, acima de tudo, que a existência de um verdadeiro diálogo institucional pressupõe uma relação de coordenação racional e não de submissão hierárquica.

b) Diálogo por centralização processual

Em outro modo, as chamadas práticas de centralização processual, ao invés de defenderem a postura proativa do Judiciário como centro objeto do "diálogo", pretendem assegurar maior espaço para as legislaturas realizarem a tarefa de significação do direito.

A centralização processual assim, pode ser precisamente conceituada pela lição de Christine Bateup[34]:

> "Em teorias centradas no processo, os juízes são encorajados a avaliar se os agentes políticos adequadamente prestaram atenção no impacto que suas políticas legislativas terão sobre valores constitucionais substantivos. Se for demonstrado que não tiveram a devida atenção ou deliberação sobre tais valores, então o judiciário pode forçar os demais ramos de governo a reconsiderar suas decisões com o nível adequado de atenção que estes valores exigem" (tradução livre).

As práticas de centralização processual são exercidas de forma dúplice. Em primeiro aspeto, evitando que juízes decidam antecipadamente e por derradeiro uma matéria sem o devido debate público; e ainda, envolvendo os ramos políticos e seus agentes mais explicitamente no debate constitucional.

34 Idem, p. 1128.

c) Diálogo por minimização judicial

Por fim, as práticas de minimização judicial consistem na saída de juízes do cenário de decisão a fim de permitir maior espaço de escolha e deliberação democrática acerca do conteúdo dos direitos.

Significa dizer que o poder judiciário deve adotar posturas passivas, isto é, adotar cursos de 'não-ação'. Conhecidas como "*passive virtues*", tais posturas pretendem evitar a saturação pública do envolvimento dos tribunais constitucionais com questões de valores altamente controvertidas ao passo em que permitem que os demais ramos de governo e a sociedade desenvolvam canais mais democráticos de escolha. Teóricos como Michael Heise e Alexander Bickel, defensores do diálogo por práticas de minimização judicial, acreditam que o espaço que pode ser aberto pela passividade/inércia dos tribunais constitucionais é capaz de fomentar um momento no qual os demais poderes se tornem mais determinantes no processo de resolução de questões controvertidas.

Dessa forma, o minimalismo consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Quando os juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é "uma forma de resposta apropriada, razoável e, até mesmo, inevitável para resolver o problema prático de obter o consenso dentro de uma sociedade heterógena"[35]. Em um primeiro aspeto, é possível constatar que a tese minimalista tem um objetivo dialógico evidente, posto que almeja construir uma ambientação favorável a participação do legislativo e executivo no processo de resolução dos conflitos constitucionais.

No entanto, a minimização parece ser demasiada extremada, chegando até a anular, por decorrência, o próprio resultado dialógico que objetiva, vez que pretende retirar da equação democrática o poder judiciário enquanto membro integrante indissociável da tarefa interpretativa. É possível afirmar que a ideia de minimização levada às últimas proporções, é o extremo oposto do ideário de supremacia judicial, eis que isola da premissa do diálogo a ideia de que é necessário integrar os ramos de governo para dialogar, não os segregar.

Não parece ser possível conceber assim um mecanismo institucional democrático e verdadeiramente dialógico quando seu axioma parte do imperativo da omissão de um ou mais poderes. Este, na verdade, é o sintoma disfuncional que se pretende combater, não promover.

35 SUSTEIN, Cass — One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 31.

B. Os Diálogos Estruturais

Com efeito, do contrário dos diálogos centrados do método judicial, os diálogos estruturais concentram um conjunto de práticas que acreditam fomentar o diálogo institucional fora do eixo do judicial. Isto é, seus partidários acreditam que tais práticas são capazes fomentar o diálogo por meio da resposta de atores políticos a decisões constitucionais controvertidas, ambientando uma quadra de interação entre juízes, legisladores e burocratas. A construção coordenada, prática que melhor exemplifica o diálogo estrutural, pode ser considerada a mais progressista. Segundo Bateup, a prática se refere à conceção de ser a tarefa de "interpretar a constituição uma atividade compartilhada entre a corte constitucional e os demais ramos de governo"[36].

Em rápida análise, a tese da interpretação compartilhada, exposta primeiramente por James Madison – autor federalista, pretende autorizar que cada ramo de governo, dentro de suas respetivas atribuições constitucionais, seja livre para interpretar e aplicar o direito desimpedidamente. Como bem destaca Bateup[37]:

> "Embora o reconhecimento de que as questões de interpretação constitucional caíssem normalmente para o Judiciário no curso normal do governo, James Madison rejeitou a opinião de que as decisões judiciais tinham um status único, já que a Constituição [americana] não previa nenhuma autoridade específica para determinar o limite da divisão de poder entre os diferentes ramos. Similarmente, Thomas Jefferson considerou que cada ramo do governo deve ser "coordenado e independente um do outro", e que cada ramo tem a responsabilidade primordial de interpretar a Constituição no que concerne às suas funções" (tradução livre).

Significa que em face da constituição de um governo repartido em três esferas harmônicas e independentes entre si, um ramo de governo não teria legitimidade constitucional para impor sobre os demais sua visão jurídico-política de valores.

Isto impõe reconhecer que em face da disposição orgânica de funções, o Judiciário, o Legislativo e o Executivo estão autorizados a interpretar a constituição e aplicá-la conforme suas próprias deliberações, vez que todos encontram nela seu fundamento de validade e existência. Esta conceção originária de construção coordenada é amplamente criticada, vez que é imprecisa "sobre que assuntos ou valores constitucionais cada ramo de governo

36 BATEUP, Christine — The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In Brooklyn Law Review, New York. ISSN 0007-2362. V. 71, N. 3, 2006, p. 1137.
37 Ibidem.

deterá a última palavra"[38]. Esta imprecisão é capaz de gerar o fenômeno da "anarquia interpretativa", que consiste nos múltiplos resultados que cada ramo de governo pode fazer sobre a interpretação dos demais, inexistindo assim uma única solução as controvérsias constitucionais suscitadas.

A solução sugerida pelos partidários das práticas coordenadas, ante o iminente risco de anarquia interpretativa, é permitir a existência de mecanismos de *checks-and-balances* sobre o tribunal constitucional por parte dos demais ramos em caso de discordâncias sobre valores constitucionais substantivos.

Isto, segundo eles, permitiria que o legislativo e executivo por exemplo, arrostassem a autoridade e limites da interpretação do tribunal constitucional pela recusa de cumprimento, pelas ameaças de "empacotamento do tribunal", por novas leis e estatutos capazes de resinificar o escopo jurídico de decisões interpretativas, tudo a fim de demover a hermenêutica constitucional dos tribunais, permitindo assim, o compartilhamento da "autoridade interpretativa". Segundo Christine Bateup[39]:

> "Nestas circunstâncias, o Tribunal só será alvo de cheks-and-balances se estiver interpretado a constituição de modo muito dispare da interpretação consentida pelos demais ramos políticos e forças sociais. Além disso, o Tribunal pode não ser sequer objeto de cheks-and-balances se a inércia legislativa sobre uma determinada questão é muito grande, ou se os ramos políticos preferem deixar ao judiciário o controle sobre uma determinada questão" (tradução livre).

Sem grande esforço interpretativo é possível verificar que a visão da construção coordenada do diálogo pretende implementar um verdadeiro modelo consensual de constitucionalidade, onde a racionalidade do direito pode ser facilmente relegada em função de múltiplos outros interesses.

Se levada às últimas consequências, torna-se evidente ainda os consideráveis riscos à unidade e previsibilidade de um sistema constitucional, posto que embora tenha o pretexto de permitir em alguma medida o compartilhamento da autoridade interpretativa, ao fim e ao cabo, permite que a definição de valores e princípios constitucionais substantivos esteja sempre ao alvitre dos fatores reais de poder.

Essa sugestão de atividade interpretativa, especialmente quando do conflito recorrente de questões polêmicas – compreendidas como aquelas que envolvem, *e.g.*, questões de

38 Idem, p. 1138.
39 Idem, p. 1140.

escopo éticos, étnico, religioso, histórico –, tem grande potencial de vulnerar direitos fundamentais em face do consentimento público acerca de sua (im)pertinência.

V. A jurisdição constitucional portuguesa e o diálogo institucional: considerações finais

Conforme notado, o diálogo institucional, enquanto resultado prático de um movimento global de aperfeiçoamento dos mecanismos democráticos, tem grandes pretensões.

Ao tentar reequilibrar os Poderes, reconhecendo as competências específicas de cada um no âmbito da jurisdição constitucional e sugerindo uma atuação conjunta de consenso, a teoria revela uma multiplicidade de faces que vão desde os diálogos de método judicial, até os estruturais. Isto permite concluir que não existe uma forma única para a ocorrência do diálogo, podendo ele se manifestar por meio das mais diversas práticas e sob perspetivas teóricas diferentes, a depender da cultura histórica e política do país em que está inserido. Diretamente influenciado pelo movimento constitucionalista, enquanto projeto humano em desenvolvimento, o diálogo institucional se apresenta como produto das várias diferenças históricas, culturais e sociopolíticas presentes nas mais variadas realidades constitucionais.

Por este motivo é que também é possível afirmar que não existe somente um, mas sim, múltiplos processos dialógicos, com características e desafios próprios, uma vez que tal conceito expressa em si as grandes finalidades do estado democrático de direito contemporâneo: limitar o poder, fortalecer as macroestruturas democráticas e maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Assim, diante do cenário de progressivo avanço da globalização, as necessidades que a tese dialógica pretende suprir se tornam cada vez mais comuns entre os países, delineando-se por meio dos desafios uma verdadeira comunidade de valores constitucionais compartilhados entre as várias constituições do nosso tempo. Este elo que os une é, antes de tudo, antropológico, e por tal condição permite constatar a presença do fenômeno dialógico em inúmeras ordenações, sejam de origem romano-germânica ou anglo-saxônica.

Neste aspeto, conceber em que medida a matriz dialógica pode se fazer presente em um sistema constitucional, pressupõe, antes de tudo, conceber as origens e fundamentos de sua jurisdição constitucional – eis que é através dela que uma sociedade se organiza racionalmente na tarefa de dar significado aos direitos. Assim, diante do contexto histórico e teórico analisado, resta saber: é possível haver diálogo institucional no sistema de definição dos direitos em Portugal?

Longe das pretensões de esgotar a reflexão exposta, é imperativo compreender preliminarmente em que contexto a jurisdição constitucional lusitana se encontra, para somente a partir daí avaliar, em uma análise estritamente normativa, se alguma das quatro maiores expressões dialógicas analisadas anteriormente é constatável de modo substantivo no processo público de fiscalização abstrata da constitucionalidade, vez que aí se realiza a análise judicial direta e abstrata da atuação legislativa, ponto de maior relevância e potencial confronto entre a atuação do Tribunal Constitucional e sua relação com o Poder Legislativo.

Pois bem. Portugal, assim como Brasil, foi dotado de inúmeras constituições.

Este histórico de instabilidades políticas vivenciado no país ibérico, é muito bem sistematizado por Jorge Miranda[40], para quem é possível distinguir entre as sucessivas constituições, pelo menos três grandes momentos:

> "No primeiro, de forte influência francesa, tenta-se estabelecer com alguma deficiência, o liberalismo político e econômico, pretendendo-se assegurar a liberdade, a segurança, e a propriedade dos cidadãos. No segundo, apesar de haver um texto constitucional, as liberdades e garantias sofrem fortíssimas restrições e verifica-se uma completa concentração de poderes no Presidente da República e, por algum tempo, no Presidente do Conselho de Ministros(...). No terceiro, representado pelo advento da Constituição Portuguesa de 1976, tem-se a abertura para horizontes novos de Estado social. Somente nesta altura pode falar-se em constitucionalismo democrático posto que referida constituição se apresenta como a mais complexa de todas as constituições portuguesas, sendo tanto uma Constituição-garantia quando uma Constituição prospectiva".

O terceiro e atual momento do constitucionalismo português, repousa sobre as bases estruturais assentadas pela Constituição de 1976.

Promulgada em dois de abril de 1976, a constituição de Portugal surgiu em um contexto revolucionário de completa repulsa a um passado ditatorial que vigeu desde 1933 a 1974, período em que o Estado constitucional, representativo e de direito restou sistematicamente vulnerado, especialmente, pela concentração de poderes. Em face desde período, a nova constituição representou um modelo duplo, sendo definida por alguns teóricos como constituição-garantia e prospetiva, uma vez que se preocupou em restaurar direitos e liberdades fundamentais, sem deixar de lado as necessidades de completa reformulação do sistema de limitação dos poderes políticos. Jorge Miranda esclarece mais uma vez o novo

40 MIRANDA, Jorge — Manual de Direito Constitucional. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 201.

momento paradigmático inaugurado no constitucionalismo português, quando destacou que "(...) a constituição de 1976, num tempo em que tudo parecia possível, procurou também vivificar a enriquecer o conteúdo da democracia, multiplicando as manifestações de igualdade efetiva, participação, intervenção e socialização, numa visão ampla. (...)"[41].

Assim, estruturada em quatro grandes partes[42], o centro ideológico da referida carta constitucional foi direcionado ao estabelecimento de um Estado de direito democrático pautado de sobremodo i) na garantia e efetivação dos direitos fundamentais, ii) na separação e interdependência dos poderes, e iii) na garantia da tutela jurisdicional efetiva. Neste aspeto, diante da tendência inerente de centralização do Poder vivenciada na história portuguesa recente – história esta, diga-se de passagem, indissociável do contexto jurídico-político da quadra atual de definição dos direitos – é que se revela imperativo notar a importância substantiva que o sistema de controle de constitucionalidade tem na manutenção das estruturas institucionais do país.

Em brevíssima síntese, a fiscalização da constitucionalidade das leis pelos tribunais foi consagrada em Portugal pela Constituição de 1911, a primeira Constituição republicana portuguesa. Contudo, foi apenas com a Constituição de 1976, no bojo de um Estado de Direito democrático, que tal fiscalização viria a ter pleno desenvolvimento, vez que conjugaria os "poderes [revisionais] de todos os tribunais (artigo n. 204 da Constituição Portuguesa)[43] e do Tribunal Constitucional (artigo n. 280 da Constituição Portuguesa)[44] – ao qual pertence sempre a última palavra"[45].

A partir da análise de Miranda, é possível observar que o processo de fiscalização de constitucionalidade português, assim como o brasileiro, é sincrético, posto que admite simultaneamente que i) todos os tribunais, seja qual for a sua categoria (artigo n. 209 da Constituição Portuguesa)[46], exerçam fiscalização em casos concretos, isto é, um controle de constitucionalidade incidental à matéria controvertida; e que ii) uma única instituição,

41 Idem, p. 202.

42 São elas: i) direitos e deveres fundamentais; ii) organização econômica; iii) organização do poder político; e iv) garantia e revisão da constituição.

43 Artigo n.º 204: "Apreciação da inconstitucionalidade; Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados".

44 Artigo n.º 280: "Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade 1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: (...) 6. Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos".

45 MIRANDA, Jorge — O Regime de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal. Instituto Jurídico de Ciências Jurídico-políticas: Lisboa, 2012, p. 6.

46 Artigo n.º 209: "Categorias de tribunais; 1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) O Tribunal de Contas".

com status hierárquico superior, seja incumbida da análise da constitucionalidade em tese de uma norma jurídica – instituição tal materializada no Tribunal Constitucional.

O controle de constitucionalidade abstrato de normas jurídicas, realizado pelo Tribunal Constitucional, se dá exclusivamente na perspetiva de um interesse público e objetivo, razão pela qual a fiscalização abstrata vincula-se a um poder funcional de iniciativa atribuído a determinados órgãos ou a frações de titulares de órgãos do poder político. De forma também semelhante ao modelo brasileiro, é possível identificar um poder geral de iniciativa atribuído a determinados órgãos ou titulares de órgãos, previstos no artigo 281 da Constituição da República Portuguesa[47].

Cumpre notar que o processo de controle concentrado de constitucionalidade não é apenas desencadeado pelos detentores do poder funcional de iniciativa. Estes legitimados são ainda os responsáveis por fixar o objeto do processo no pedido, muito embora o Tribunal Constitucional não seja adstrito tal delimitação em vista da natureza objetiva deste controle. Isto permite denotar que o tribunal constitucional pode fundamentar a sua decisão em normas constitucionais diversas da invocada, reconhecendo ainda outras normas que, por efeito de reflexo, sejam também inconstitucionais.

Conforme preceitua a Lei n. 28 de 15 de novembro de 1982, o pedido de apreciação da constitucionalidade é dirigido ao Presidente do Tribunal Constitucional, devendo conter além da norma cuja apreciação se requer, as normas ou os princípios constitucionais violados. A partir deste instante, o juiz presidente faz analisar da admissibilidade do pedido, momento no qual evidencia aspetos processuais como a legitimidade ativa, interesse, e regularidade formal do pedido. Vez superados, e regularmente admitido o pedido, o juiz presidente notifica o órgão de que tiver emanado a norma impugnada para, querendo, se pronunciar sobre ele no prazo de trinta dias.

A partir de então, é designado ao feito um relator, para assim ser pautado e encaminhado para votação junto ao órgão plenário, que, em sessão solene, reúne todos os treze juízes integrantes para nova análise da admissão e julgamento do mérito do pedido.

47 Artigo n.º 281: "Fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade: 2. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral: a) O Presidente da República; b) O Presidente da Assembleia da República; c) O Primeiro-Ministro; d) O Provedor de Justiça; e) O Procurador-Geral da República; f) Um décimo dos Deputados à Assembleia da República; g) Os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respetiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respetivo estatuto".

Diante da breve análise normativa fixada na Constituição da República e na norma processual que organiza a atividade judicante do Tribunal Constitucional, não é possível verificar a existência de nenhuma das práticas dialógicas, pelo menos em seu aspeto formal.

Isso porque é ausente do escopo de estudo das normas em questão as dimensões i) da proatividade interpretativa e decisional – próprias das práticas de "diálogo" por aconselhamento, ii) da centralização processual, vez que o processo através do qual se avalia a constitucionalidade abstrata de leis e atos normativos se dá, em seu aspeto material e processual, inteiramente no Tribunal Constitucional – o que estruturalmente não assegura espaço para as legislaturas realizarem a tarefa de significação do direito; iii) da minimização judicial, haja vista que em função do disposto no artigo n. 20 da Constituição da República Portuguesa[48] a atividade jurisdicional do estado é inafastável, impedindo a aplicação das chamadas "*passive virtues*" defendida por Michael Heise e Alexander Bickel; e, tampouco, do iv) diálogo estrutural, posto que a fiscalização de constitucionalidade abstrata ocorre no Tribunal Constitucional, não existindo qualquer compartilhamento da tarefa interpretativa que, por sinal, é de competência orgânica exclusiva do citado tribunal pelo que define o disposto no artigo n. 281 da Constituição da República Portuguesa[49].

Assim, frise-se que, pelo menos sob o aspeto normativo, não é possível falar em diálogo institucional em Portugal, à luz das quatro maiores expressões dialógicas estudadas. Contudo, tal constatação não exclui desta realidade constitucional a existência de interações entre os poderes ou mesmo a presença material do diálogo através de outras formas de expressão dialógica.

Por ilustrativo, é possível identificar na fundamentação do voto dos juízes conselheiros do Tribunal Constitucional Maria Lúcia Amaral e Rui Manuel Moura Ramos – quando do acórdão em sede de controle de constitucionalidade preventivo n. 121 de 8 de abril de 2010 (Processo 192/10)[50] que apreciou a constitucionalidade da lei permissiva do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo –, uma verdadeira simbiose teórica entre as práticas de minimização judicial e de diálogo estrutural.

É que os referidos juízes conselheiros expressaram que estabelecer legalmente a possibilidade de casamento de pessoas do mesmo sexo é uma faculdade e não uma obrigação

48 Artigo n.º 20: "Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva; 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos (...) 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos (...)".

49 Artigo n.º 281: "Fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade; 1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral: a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas (...)".

50 Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html.

constitucional do legislador, não tendo, portanto, o Tribunal Constitucional legitimidade para "interferir" no âmbito da conveniência e oportunidade legislativas ainda que sob pena de manter-se inegável violação a essenciais direitos, como, por exemplo, a igualdade jurídica de tratamento e autonomia privada.

Veja-se: "(...)Votámos a decisão no entendimento de que a opção legislativa sujeita à apreciação do Tribunal – a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo celebrarem um contrato de casamento – não é desconforme com a Constituição, sem que seja no entanto constitucionalmente imposta (...). Trata-se, pois, de uma escolha que, versando sobre matéria que não integra o núcleo indisponível do instituto constitucionalmente protegido, se encontra no âmago da liberdade de conformação política do legislador democrático. Nestes termos, é ela revisível por decisão soberana do mesmo legislador. Não cabe a este Tribunal interferir no âmbito das decisões do legislador democrático que, por opção constitucional, permanecem livres, nem mesmo nos casos em que a comunidade jurídica implicada é coincidente com todo o género humano e as matérias a decidir se revistam para a sua existência de inegável centralidade. Tais circunstâncias, se não autorizam que o Tribunal abandone a sua condição de legislador negativo, seguramente que se repercutem sobre a responsabilidade que, perante a comunidade, detém o legislador positivo democraticamente legitimado".

Outra notável expressão substantiva de diálogo por minimização judicial foi exposta na declaração de voto do juiz conselheiro José Borges Soeiro, quando da mesma controversa constitucional julgou, com amparo nos acórdãos n.105/1990[51] e n. 359/2009[52], somente ser cabível a declaração de inconstitucionalidade em face de indiscutível "não-concretização" ou "subversão" da matriz axiológica constitucional por onde o legislador deve sempre se orientar. Segundo ele, contudo, enquanto ainda houver considerável divergência pública sobre o conceito, implicações e decorrências de um princípio aberto em determinado problema jurídico, cumpre só ao legislador democrático optar e decidir.

Veja-se: "(...) no controlo jurisdicional da constitucionalidade das soluções jurídico-normativas a que o legislador tenha, desse modo, chegado, há que se operar com uma particular cautela e contenção. Decerto, assim, que só onde ocorrer uma real e inequívoca incompatibilidade de tais soluções com o princípio regulativo constitucional que esteja em causa (...) só então, quando for indiscutível que o legislador, afinal, não 'concretizou', e antes 'subverteu', a matriz axiológica constitucional por onde devia orientar-se, será lícito aos tribunais (e ao Tribunal Constitucional em particular) concluir pela inconstitucionalidade

51 Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html.
52 Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html.

das mesmas soluções.(...) E, se estas considerações são em geral pertinentes, mais o serão ainda quando na comunidade jurídica tenham curso perspetivas diferenciadas e pontos de vista díspares e não coincidentes sobre as decorrências ou implicações que dum princípio «aberto» da Constituição devem retirar-se para determinado domínio ou para a solução de determinado problema jurídico. Nessa situação sobretudo — em que haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um 'pluralismo' mundividencial ou de conceções — sem dúvida cumprirá ao legislador (ao legislador democrático) optar e decidir".

Assim, resta evidenciado que diante do marcante caráter histórico da teoria em estudo, sua ocorrência é fenômeno que precisa ser analisado com devida cautela de modo a não obliterar a existência substantiva, ainda que pontual, de múltiplas expressões não convencionais de diálogo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro — Curso de Direito Constitucional. 22.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATEUP, Christine — The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In Brooklyn Law Review, New York. ISSN 0007-2362. V. 71, N. 3, 2006, p. 1109-1180.

CANADA — Consolidation of the Constitution Acts, 1967 to 1982. Department of Justice, 1989. [Consultado em: Março de 2019]. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21363-21364-1-PB.htm.

CANOTILHO, J. J. G. — Direito constitucional e teoria da constituição. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DOR, Gal — Constitutional Dialogues in action: Canadian and Israeli experiences in comparative perspective. In Indiana International and Comparative Law Review, Indianapolis. ISSN 1061-4982. V. 11, N. 1, 2008, p. 1-36.

DWORKIN, Ronald — Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

HÄRBELLE, Peter — Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio António Fabris Editor, 2002.

HÄRBELLE, Peter — Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo. In Anuário Português de Direito Constitucional – Vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. — The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). In Osgoode Hall Law Journal, Toronto. ISSN 0030-6185. V. 35, N. 1, 1997, p. 75-124.

MIRANDA, Jorge — Manual de Direito Constitucional. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge — O Regime de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal. Instituto Jurídico de Ciências Jurídico-políticas: Lisboa, 2012.

NEVES, Marcelo — Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

PORTUGAL — Tribunal Constitucional. Acórdão n. 105/90. Juiz Relator: Conselheiro Bravo Serra. Lisboa, 29 de março de 1990. [Consultado em: Março de 2019]. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html.

PORTUGAL — Tribunal Constitucional. Acórdão n. 121/2010. Juiz Relator: Conselheiro Vítor Gomes. Lisboa, 8 de abril de 2010. [Consultado em: Março de 2019]. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html.

PORTUGAL — Tribunal Constitucional. Acórdão n. 359/2009. Juiz Relator: Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira. Lisboa, 9 de julho de 2009. [Consultado em: Março de 2019]. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa — Direito Constitucional Americano. São Luís: EDUFMA, 2016.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; VIANA, Pedro Nilson Moreira — Diálogos Institucionais: um escorço de sua delimitação teórico-histórica à luz do constitucionalismo norte-americano. In Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo. ISSN 1518-272X. A. 26, V. 108, 2018, p. 323-345.

ROACH, Kent — The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue. Irwin Law, 2001.

SUSTEIN, Cass — One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TREMBLAY, Luc; WEBBER, Grégoire C. N. — Introduction: La Fin de Oakes?. In La Limitation des Droits De la Charte: Essais Critiques Sur L'Arrêt R. C. Oakes. Montréal: Éditions Thémi, 2009.

TUSHNET, Mark — Weak Courts, Strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2009.

VIEYTEZ, Eduardo J. Ruiz — La excepción constitucional australiana: el debate sobre la protección jurídica de los derechos y el modelo del diálogo institucional. In Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid. ISSN 0211-5743. N. 95, 2012, p. 95-138.

WALDRON, Jeremy — A dignidade da legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy — A Essência da Oposição ao Judicial Review. In Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALDRON, Jeremy — Law and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Compliance e a cultura de paz

Compliance and culture of peace

CLAUDIO CARNEIRO[1]
professorclaudiocarneiro@gmail.com

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XX · 1st January Janeiro – 30TH June Junho 2019 · pp. 37-58
URI: http://hdl.handle.net/11144/4290 DOI: http://doi.org/10.26619/2184-1845.XX.1.2
Submitted on April 17th, 2019 · Accepted on May 28th, 2019
Submetido em 17 de Abril, 2019 · Aceite a 28 de Maio, 2019

RESUMO O Direito à Paz como Direito Fundamental tem origem em um movimento que vem ao encontro de outro que se denomina a *Era do Compliance*. A partir desses dois movimentos que se exteriorizam como a Cultura de Paz e a Cultura de *Integridade*, busca-se estabelecer no presente texto uma relação existente entre os fins colimados por ambos através de um Sistemas de Gestão de *Compliance*. Esse sistema que envolve a boa governança pública e privada, pode ser considerado como uma das ferramentas de se viabilizar o Direito à Paz. A correlação se estabelece com base nos movimentos sociais, na classificação dos direitos fundamentais e, ainda, pela necessidade de uma mudança comportamental que se solidifica com a educação e a ética. Os Programas de *Compliance*, enquanto sistemas de gestão, permitem um melhor controle e capacitação de todos os atores sociais envolvidos que vão desde pessoas à Organizações (públicas ou privadas).

PALAVRAS-CHAVE *Compliance*, Cultura de Paz, Direito Fundamental.

ABSTRACT The Right to Peace as Fundamental Right originates in a movement that comes throught another that is called the Age of Compliance. From these two movements that are expressed as the Culture of Peace and the Culture of Integrity, it is sought to establish in the present text a relationship between the ends collimated by both through a Compliance Management Systems. This system, which involves good public and private governance, can be considered as one of the tools to make the Right to Peace viable. Correlation is established based on social movements, the classification of fundamental rights, and the

1 Pós-Doutor pela Universidade Nova de Lisboa. Advogado. Sócio do Claudio Carneiro Advogados Associados. Professor do Curso de Mestrado da UniFG/BA. Professor convidado do Curso de Mestrado da Universidade Autónoma de Lisboa. Vice-presidente da *Ethical & Compliance International Institute*. Professor da Fundação Getúlio Vargas. Presidente da Comissão de *Compliance* do IAB (Brasil) e Presidente da Comissão de Direito à Educação da OAB/RJ.

need for change behavior that solidifies with education and ethics. Compliance Programs, as management systems, allow better control and empowerment of all social actors involved ranging from individuals to Organizations (public or private).
KEYWORDS Compliance, Culture of Peace, Fundamental Law.

I. Introdução

Catalogar os desafios enfrentados na vigência do século XXI não é uma tarefa simples, pois variáveis importantes como, por exemplo, a revolução digital, o combate à corrupção e as Guerras, provocaram importantes mudanças na sociedade. Contudo, a corrupção institucionalizada e a violação dos direitos humanos decorrentes das Guerras foram os fatores que mais provocaram prejuízos a todos os atores da sociedade, daí o esforço significativo das autoridades públicas de diversos países para combatê-las. Por esses e tantos outros motivos, acreditamos ser possível afirmar que o presente século vem sendo reconhecido como a Era do *Compliance*.

O mundo globalizado possibilitou que as mazelas desencadeadas por eventos danosos que ocorreram em diferentes continentes, se propagassem de forma veloz passando a exigir uma mudança comportamental, tanto do Poder Público, quanto da sociedade e da iniciativa privada. Referimo-nos, nesse ponto, aos escândalos de corrupção e as condições desumanas que foram noticiadas na mídia mundial, como por exemplo, o caso crônico da África e dos refugiados da Guerra da Síria.

Nesse contexto, a correlação entre a Cultura do *Compliance* e a Cultura de Paz pode causar estranheza, mas ao contrário do que possa parecer a relação é próxima e se justifica pelo fato de que ambos são movimentos que buscam, respectivamente, o direito à Boa Governança e à Paz. Ademais, não é por acaso que esses direitos vêm sendo classificados pela doutrina moderna como novas dimensões de direitos fundamentais.

A partir dos citados movimentos que se exteriorizam com a Cultura de Paz ou de *Compliance*, parece-nos então, que a relação existente entre os fins colimados por ambos os movimentos, isto é, o Sistemas de Gestão de *Compliance* e o Direito à Paz estão intrinsicamente ligados, seja pelos movimentos sociais ou pela classificação como direitos fundamentais ou, ainda, pela necessidade de uma mudança comportamental que se solidifica com a educação e a ética. Para além disso, temos ainda que os chamados Sistemas de Gestão de *Compliance*, enquanto Sistema de Gestão, permitem um melhor controle e capacitação de todos os atores sociais que vão desde pessoas à Organizações (públicas ou privadas).

Para melhor entender o nexo entre o *Compliance* e a Paz, mostra-se de grande importância entender a essência, a natureza, a origem e a finalidade dos institutos invocados, pois o fim colimados por ambos tangenciam o bem comum, a paz e uma sociedade livre das mazelas, tanto da corrupção quanto das guerras em seu sentido mais amplo. Afinal, o *Compliance* não se resume ao combate à corrupção, assim como a Paz também não se esgota na simples concepção de ausência de guerra.

II. Direito à paz como direito fundamental

Em 2018 se comemorou os setenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). No mesmo ano, especialmente no dia 21 de setembro em que se celebra o Dia Internacional da Paz, António Guterres, Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), afirmou que os valores contidos na referida Declaração podem assegurar a paz duradoura no mundo, pois "a paz cria raízes quando as pessoas vivem livres da fome, da pobreza e da opressão"[2]. A fala do representante da ONU demonstra a merecida preocupação com a cultura da paz. Dessa forma, encorajar os países, os cidadãos, as autoridades públicas, entre outras, é o primeiro passo de uma mudança comportamental.

Contudo, não se devem confundir políticas inclusivas com discursos populistas ou até mesmo extremistas, pois isso representa verdadeiro um retrocesso a grandes conquistas relacionadas aos Direitos Humanos ao longo da História.

Segundo a Diretora-Geral da UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*), Audrey Azoulay, as barreiras à paz são complexas e íngremes – nenhum país pode resolvê-las sozinho. Fazer isso requer novas formas de solidariedade e ação conjunta, começando o mais cedo possível. Afirma a Diretora que a Boa Governança e a cultura de paz são umas das prioridades da gestão da entidade[3]:

> "Establishing a culture of peace and sustainable development are at the heart of UNESCO's mandate. Training and research in sustainable development are among the priorities, as well as human rights education, skills for peaceful relations, good governance, Holocaust remembrance, the prevention of conflict and peace building".

2 ONU – Organização das Nações Unidas – Direitos Humanos são o caminho para a paz duradoura no mundo. [Consultado em: 03 de Março de 2019]. Disponível em: https://nacoesunidas.org/onu-diz-que-direitos-humanos--sao-caminho-para-paz-duradoura-no-mundo/.

3 UNESCO – Peaceday. [Consultado em: 08 de Março de 2019]. Disponível em: https://en.unesco.org/commemorations/peaceday.

Nota-se no discurso de duas grandes entidades de representação internacional, uma preocupação em correlacionar os direitos humanos fundamentais com o direito à paz. Isso porque, a paz não deve ser simplesmente conceituada como ausência de guerra, mas sim como verdadeiro direito humano fundamental. Segundo a Assembleia Geral da UNESCO de 1999, Cultura de Paz é "um conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida baseados no respeito à vida, ao fim da violência, à prática da não-violência por meio da educação, diálogo e cooperação"[4]. Entende-se, portanto, que a Cultura de Paz é um movimento que aglutina preceitos em busca de um bem comum que é o Direito Fundamental à Paz.

Nesse contexto, a Constituição do Brasil de 1988, em seu artigo quarto prevê que a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais por diversos princípios, entre eles, a defesa da paz e a prevalência dos direitos humanos. Da mesma forma, a Constituição de Portugal de 1976, em diversos artigos, como por exemplo, o artigo sétimo, prevê que o país se empenha no reforço da identidade europeia e no fortalecimento da Ação dos Estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso econômico e da justiça nas relações entre os povos.

Em 12 de novembro de 1984, data intermediária entre as duas constituições citadas acima foi editado um importante diploma internacional, a Declaração sobre o direito dos povos à paz (Adotada pela Assembleia Geral – Resolução 39/11), reafirmando que o propósito principal das Nações Unidas é a manutenção da Paz e da segurança internacional. O diploma em tela reconhece que garantir que os povos vivam em paz é o sagrado dever de todos os Estados. Vejamos:

> "1. Proclama solenemente que os povos de nosso planeta têm o direito sagrado à Paz; 2. Declara solenemente que proteger o direito dos povos à paz e promover sua realização é uma obrigação fundamental de todo Estado; 3. Reitera que para assegurar o exercício do direito dos povos à Paz é necessário que a política dos Estados esteja orientada para a eliminação da ameaça de guerra, especialmente da guerra nuclear, à renúncia do uso da força nas relações internacionais e ao acordo pacífico das controvérsias internacionais por meios pacíficos de acordo com a Carta das Nações Unidas; 4. Convoca a todos os Estados e a todas as organizações internacionais para que contribuam com todos os meios para

4 UNESCO – Social and human sciences. Culture of Peace. [Consultado em: 08 de Março de 2019]. Disponível em: http://www.unesco.org/new/pt/brasilia/social-and-human-sciences/culture-of-peace/.

assegurar o exercício do direito dos povos à paz mediante a adoção de medidas pertinentes nos planos nacional e internacional"[5].

Passemos a uma breve digressão acerca da classificação dos direitos fundamentais com o objetivo de asseverar a transladação da paz da terceira para a quinta "geração" de direitos fundamentais. A classifição evolutiva dos direitos fundamentais em gerações foi utilizada por Karel Vasak[6] em Conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos. Na ocasião ele difundiu a ideia de que os direitos fundamentais não nasceram de uma vez, mas foram sendo afirmados ao longo da evolução histórico-social[7], buscando demonstrá-la com base no lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Posteriormente, superando-se então a ideia de geração, passou-se a adotar[8] a concepção de dimensões dos direitos fundamentais.

Bobbio[9] propaga a referida classificação em sua obra *A Era dos Direitos*, discorrendo que os direitos fundamentais, a partir de um perfil histórico, se reduziriam a três gerações[10]: os direitos de primeira geração ligados aos direitos de liberdade; os de segunda geração relacionados com os direitos de igualdade; e os direitos de terceira geração vinculados aos direitos de fraternidade. Mais adiante serão abordadadas também as novas classificações acerca da quarta, quinta e sexta dimensões dos direitos fundamentais.

Em virtude de representar uma evolução histórica, a expressão geração deu a entender que haveria uma substituição gradativa dos direitos, o que na prática não ocorria, daí tal termo ter sido rechaçado. Em oposição a concepção de gerações surgiu a terminologia dimensão, que passa a ideia de que os novos direitos são acrescidos aos demais, havendo um somatório de direitos fundamentais e não a substituição de uma geração pela outra.

Na visão ocidental dos direitos fundamentais, a primeira geração engloba os direitos individuais e os direitos políticos[11]. O primeiro diz respeito à proteção das pessoas contra o poder do Estado e o segundo, expressam os direitos de nacionalidade e os de participação política, que se sintetizam no direito de votar e ser votado e ao assumir uma natureza nega-

5 ONU – Organização das Nações Unidas – Direito à Paz. [Consultado em: 08 de Março de 2019]. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_dec_onu_direito_paz.pdf.

6 SARLET, Ingo Wolfgang – A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 82.

7 OMMATI, José Emílio Medauar – Uma teoria dos direitos fundamentais. 5..ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 37.

8 SARLET, Ingo Wolfgang – Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões ("gerações") dos direitos humanos e fundamentais: breves notas. In Rei – Revista Estudos Institucionais. Rio de Janeiro. ISSN 2447-5467. V. 2, N.º 2, 2017, p. 489-516.

9 BOBBIO, Norberto – A era dos direitos. 7..ª reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 79.

10 Atualmente já se encontra na doutrina a classificação de direitos fundamentais de sexta dimensão.

11 BARROSO, Luís Roberto – Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5..ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 212-213.

tiva, são também denominados de direitos negativos (obrigação de não-fazer). Essa dimensão de direitos surgiu ao final do século XVIII[12], com as diversas revoluções da sociedade burguesa em face dos governos oligárquicos, e com os deslocamentos das relações feudais em decorrência da emergência do mercado[13].

Segundo Bonavides[14], os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos (referidos normalmente como direitos sociais) e, ainda, os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no Constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Também chamados de liberdades positivas (obrigação de fazer), pois buscam assegurar o princípio da igualdade material entre o ser humano, os direitos de segunda dimensão (educação, saúde, seguridade social, etc.) surgiram em decorrência dos graves problemas sociais e econômicos originados pela industrialização realizada sob o signo do *laissez faire*[15], que fortaleceu a clássica expressão adotada por Hobbes[16]: "o homem é o lobo do homem".

Os direitos de terceira dimensão são os direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa)[17], pois pelo fato de se desprenderem, da figura do homem-indivíduo como seu titular, acabam por se destinar à proteção de grupos humanos (povo, nação).

Da terceira dimensão em diante não há consenso na doutrina sobre a inclusão de direitos de quarta, quinta e, até mesmo, sexta dimensão de direitos fundamentais.

Compartilhamos do entendimento de que os direitos de quarta dimensão tratam do futuro respeito à cidadania (imprescindíveis para a realização efetiva da globalização política) e, portanto, compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo (político, religioso, jurídico e cultural) e de normatização do patrimônio genético.

No que se refere à existência dos direitos de quinta dimensão, pode-se invocar o direito à paz como seu legítimo representante.

Por fim, o direito fundamental de acesso à água potável, pelo fato de ser necessária à existência humana e a outras formas de vida e, por conseguinte, necessitar de tratamento prioritário da sociedade e do poder público, vem sendo classificado como direito de sexta dimensão.

12 FERNANDES, Bernardo Gonçalves – Curso de direito constitucional. 9..ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 325.
13 TUSHNET, Mark – Notas sobre alguns aspectos da taxonomia das "gerações" de direitos. In Rei – Revista Estudos Institucionais. Rio de Janeiro. ISSN 2447-5467. V. 2, N.º 2, 2017, p. 486-497.
14 BONAVIDES, Paulo – Curso de direito constitucional. 15..ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 564.
15 A expressão francesa *laissez-faire*, cuja tradução literal para a língua portuguesa significa "deixar fazer" é considerada como um símbolo da economia liberal defendida pelo capitalismo.
16 Thomas Hobbes (1588-1679), autor do Leviatã, foi o responsável por divulgar a famosa frase "O homem é o lobo do homem".
17 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – Curso de direito constitucional. 6..ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 89.

Retomando ao foco principal do presente artigo, o direito à paz, percebe-se que Karel Vasek ao classificar a paz como direitos de terceira geração, isto é, como direitos ligados à fraternidade, não desenvolveu a concepção no contexto de norma jurídica constitucional. Bonavides[18] afirma que o direito à paz é direito natural dos povos, que esteve em "estado de natureza no contratualismo social de Rousseau ou que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant".

III. A origem da era do *compliance* como instrumento de transformação comportamental

A chegada do *Compliance* nos diversos países não encontra uma identidade cronológica, pois na verdade, não estamos tratando de um instituto recém-criado. Há anos atrás começaram a surgir os estudos sobre *Compliance*[19], especialmente com respaldo nas normas editadas nos Estados Unidos da América na década de 70**.**

A propagação do *Compliance* pelo mundo através das normas editadas pela *International Standardization Organization* vem possibilitando uma mudança comportamental em vários segmentos. Contudo, essa efetiva mudança é o maior desafio a ser enfrentado. Ao nosso sentir, corrupção, violência, drogas e pobreza são os principais ingredientes de desarticulação do movimento de busca da paz.

No Brasil, por exemplo, o tema, até pouco tempo era desconhecido, mas a operação intitulada Lava-Jato passou a povoar as mídias brasileiras, difundindo informações para a sociedade, inaugurando no Brasil a Era do *Compliance* e do combate efetivo à corrupção que já estava consolidada nos EUA. No continente europeu a norma editada pelo Reino Unido, intitulada *United Kingdom Bribery Act* já cumpria esse papel desde o ano de 2010.

É cediço que a mazela da corrupção não é nova, tampouco exclusiva de algum país, mas os esquemas perniciosos que dominaram as regulações negociais entre o setor público e privado impactaram de tal forma a sociedade que, passou a ser considerada uma prioridade.

O combate aos ilícitos envolvendo funcionários públicos estrangeiros sempre constituíram uma grande preocupação da comunidade internacional, sobretudo, no que se refere ao seu impacto nas relações de mercado. Da mesma forma é indiscutível que, se uma organização se envolver em um escândalo de corrupção (ou suborno), os reflexos acarretarão

18 BONAVIDES, Paulo – A quinta dimensão dos direitos fundamentais. [Consultado em: 08 de Março de 2019]. Disponível em: http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A30-de-direitos-fundamentais.pdf, p. 10.

19 Para se aprofundar no tema recomendamos a leitura de nossa obra: CARNEIRO, Claudio; SANTOS, Milton de Castro de – *Compliance* e Boa Governança (Pública e Privada). Curitiba: Juruá e Editora FGV, 2018.

um prejuízo à sua imagem reputacional. Para evitar tais ocorrências, alguns países, como por exemplo a Alemanha, permitiram até a década 1990, a dedução na esfera tributária do pagamento de propina paga às autoridades estrangeiras.

Um grande passo dado na História foi a assinatura da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, que tratou da adequação da legislação dos Estados signatários às medidas necessárias à prevenção e ao combate dessa ilicitude no âmbito do comércio internacional. Foi dessa forma que, com base no *Foreign Corrupt Pratices Act* (FCPA) de 1977, a OCDE[20], no ano de 1997, elaborou a Convenção da OCDE, ratificada pelo Brasil[21].

As normas *International Standartization Organization*[22], especialmente as que tratam do Sistema de Gestão de *Compliance* e do Sistema de Gestão Antissuborno, foram essenciais para projetar para todo o mundo a necessidade de implementação dos Programas de *Compliance* ou de Integridade (que para alguns são expressões sinônimas)[23].

Não por acaso, o Brasil se alinhando a uma tendência mundial de enfrentamento a corrupção e ao suborno, promulgou sua Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13), seguida do Decreto regulamentador n.º 8.420/15, valendo-se da ancestralidade dos diplomas internacionais, sobretudo o *Foreign Corrupt Pratices Act* (1977) e o *United Kingdom Bribery Act* (2010).

Não há dúvidas que a adoção de um Sistema de Gestão de *Compliance e Antissuborno*, além de necessário passa a ser um antídoto eficaz para evitar complicações futuras e, ainda, permite uma vantagem competitiva de mercado e proporciona a sustentabilidade da organização.

É importante ressaltar que para se definir um *Programa Compliance*, ao menos ao que se propõem as normas internacionais, não se deve levar em conta apenas o conceito penal de corrupção, mas sim uma concepção mais ampla que envolve o GRC (Governança, *Risk Assessment* e *Compliance* em sentido amplo). Significa dizer que não dever ser visto apenas como uma norma anticorrupção, mas sim um sistema de gestão que perpassa por diversos

20 OCDE em português significa Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Trata-se de uma Organização com sede em Paris que foi idealizada em 1947 com o principal objetivo de cooperar na implementação de um plano financeiro Norte-Americano que consistia em ajudar a Europa pós II Guerra Mundial (plano Marshall).

21 A OCDE elaborou um guia para empresas multinacionais, que contém recomendações dos governos para as empresas estabelecidas em mais de um país.

22 A ISO é uma das maiores organizações normatizadoras do mundo, tendo sido criada a partir da união da *International Federation of the National Standardizing Associatitons* e a *United Nations Standards Coordinating Committee*, começando a funcionar em 1947. A ISO é uma das organizações mais confiáveis e de maior credibilidade no mercado quando o tema é normatização de técnicas em escala global e, por isso, está em cerca de 160 países.

23 Um Sistema de Gestão nada mais é do que um conjunto de normas harmonizadas com o objetivo de atingir uma determinada finalidade. Dessa forma, o *Compliance* e *Antissuborno* são espécies distintas de sistemas de gestão.

setores relevantes de uma Organização pública ou privada, ou seja, deve alcançar todos os *stakeholders* envolvidos no processo[24].

A. Aspectos históricos e normativos relevantes

A evolução internacional ocorreu ao longo das décadas, mas o embrião sobre *Compliance* teve sua origem nos EUA. Em 1906, com a promulgação do *Food and Drug Act*, o governo norte-americano criou um modelo de fiscalização centralizado, como forma de regular as atividades relacionadas à saúde alimentar e ao comércio de medicamentos, contudo, foi devido às instituições financeiras que o *Compliance* avançou.

Alguns fatos históricos relevantes contribuíram para a criação e o amadurecimento de diversas normas ao longo de décadas. Dessa forma, conhecer a legislação internacional e a sequência cronológica de fatos relevantes, mostra-se imprescindível para a implementação de Programas de *Compliance* de alto nível.

À título de ilustração, podemos citar alguns momentos importante ao longo da história: Em 1913 foi criado do Banco Central Americano (*Board of Governors of the Federal Reserve*) para implementar um sistema financeiro mais flexível, seguro e estável; No ano de 1945, através das Conferências de *Bretton Woods* foi criado o Fundo Monetário Internacional e do BIRD (Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento) , com o objetivo básico de zelar pela estabilidade do Sistema Monetário Internacional; Em 1960 a SEC (*Security Exchange Commission*) passa a insistir na contratação de *Compliance Officers* para criar procedimentos internos de controles, treinar e monitorar pessoas com o objetivo de auxiliar as áreas de negócios a ter a efetiva supervisão; Em 1988 foi estabelecido o primeiro Acordo de Capital da Basiléia, estabelecendo padrões para a determinação do capital mínimo das instituições financeiras. Em 1998 foi publicada no Brasil a Lei 9.613, que dispôs sobre crimes de lavagem ou ocultação de bens, a prevenção da utilização do Sistema Financeiro Nacional para atos ilícitos previstos na referida lei e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF); No ano de 1999 destacamos a **c**riação do *Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group*.

Em 2002**,** a falha nos Controles Internos e a ocorrência de fraudes contábeis levaram à concordata da *Wordcom*. Ato contínuo, o Congresso Americano publica a famosa "*Sarbanes--Oxley Act*", que determinou às empresas registradas na SEC a adoção das melhores práticas contábeis, independência da Auditoria e criação do Comitê de Auditoria; Em 2006 foi edi-

24 Pode acontecer de que nenhuma lei ou regulamento sejam descumpridos, mas por algum motivo uma atitude ou ação tomada gere um risco para a Organização. Como exemplo, uma propaganda considera preconceituosa pode acabar com a pretensão de crescimento da empresa, sepultando os valores das ações, ou seja, um comercial de segundos pode acabar com um projeto de anos.

tado o Decreto n. 5.687 que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas[25]. O rol apresentado é meramente exemplificativo, pois muitos outros diplomas legais foram editados em todo o mundo.

Por todo o exposto até agora, é possível concluir que o mundo está em consonância com a Era do *Compliance*[26]. Apesar dos EUA terem começado na década de setenta e, por isso, já contarem com uma estrutura mais sedimentada que outros países, a base cultural já começa a ser propagada em todos os continentes.

B. O *FCPA* e o *U.K. BRIBERY*

Poderíamos citar várias outras normas que tratam do tema, mas preferimos focar em duas leis que se tornaram emblemáticas no cenário mundial: o *FCPA* e o *U.K. Bribery Act*. O *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) é uma lei federal americana, de 1977, que visa combater a corrupção. Por outro lado, o *U. K. Bribery Act*, nasceu na Inglaterra e entrou em vigor dia 01 de julho de 2011, sendo considerada uma das legislações mais duras do mundo sobre o tema.

O FCPA nasceu com o objetivo de combater o suborno de funcionários públicos estrangeiros e, com isso, buscar garantir[27] a integridade do mercado de capitais dos EUA, tanto quanto devolver a confiança da sociedade no sistema corporativo daquele país. A lei americana dispõe de uma característica pouco mencionada, mas que a diferencia, essencialmente, de outros diplomas. Isto porque, o FCPA responsabiliza a corrupção ativa, ou seja, preocupa-se com o ato do corruptor, não trazendo, em seu bojo normativo, consequências para a corrupção passiva.

Quanto à competência e sua aplicabilidade, o referido diploma alcança qualquer cidadão americano, subsidiária americana ou estrangeira (inclusive brasileira) em solo americano que tenha capital americano e empresas estrangeiras que tenham negócios ou conexões com os EUA, além de outras situações específicas.

25 No exemplo brasileiro, no ano de 2013, o Brasil, alinhado a uma tendência mundial de enfrentamento da corrupção, promulgou sua Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13), seguida do seu decreto regulamentador (Dec. 8.420/15) e, posteriormente, a Lei 13.303/16 chamada de Lei das Estatais.

26 No exemplo brasileiro também foram editadas as seguintes normas: a) Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto 1.171, de 22 de Junho de 1994); b) Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000); c) Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GesPública), instituído em 2005; d) Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, chamada de Lei do Acesso a Informação; e) Lei n.º 12.813, de 16 de maio de 2013, chamada de Lei de Conflito de Interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal; f) Lei n.º 12.846 de 1.º de agosto de 2013, intitulada Lei Anticorrupção, com seu respectivo Decreto regulamentador de n.º 8.420 de 18 de março de 2015 e; g) Decreto 8.793 de 29 de junho de 2016 que institui a Política Nacional de Inteligência. Vale ressaltar que o rol não é exaustivo, pois dispositivos de outros diplomas também devem ser invocados para compor todo o ordenamento pertinente à matéria.

27 STELLMACH, William – Foreign Corrupt Practices Act. [Consultado em: 08 de Março de 2019]. Disponível em: http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/

Vale ressaltar que a eficácia dessa norma americana sobre empresas situadas em outros países, poderia ser considerada algo aviltante face ao princípio da territorialidade e da soberania nacional, pois em tese não estaria submetida à jurisdição americana. Contudo, se uma empresa exporta mercadorias para os EUA, mas de forma ilegal, tal fato, por si só, já a enquadra como violadora da FCPA e poderá sofres as sanções nela prevista. Com base nesse exemplo, é possível afirmar que a aplicabilidade da FCPA a empresas domiciliadas em outros países é real,

Com o objetivo de promover a responsabilização e aplicação do FCPA, existem dois órgãos de atuação: *Securities Exchange Commission* (SEC) e o *Department of Justice* (DOJ). Enquanto o DOJ possui competência civil e criminal para investigar e deflagrar ações penais (*criminal law enforcement*), relativamente às violações do FCPA, a SEC detém competência civil e administrativa (*civil law enforcement*).

Em apertada síntese, podemos dizer que o FCA possui, entre outras, as seguintes atribuições: a) investigar pessoas físicas ou jurídicas; b) regulação das condutas relacionadas à comercialização de produtos financeiros; c) determinar que as empresas retirem imediatamente promoções enganosas e que publiquem tais decisões.

Partindo para o *U.K. Bribery Act*, percebe-se que esta legislação, no que se refere a local e extraterritorialidade, engloba empresas do Reino Unido que fazem negócio local e no exterior, empresas estrangeiras com operações no Reino Unido, funcionários públicos locais e estrangeiros e o setor público e privado de modo geral.

Vale ressaltar que o Reino Unido foi bastante criticado por suas práticas negociais. A uma pela possibilidade de dedução no imposto de renda da propina ofertada em outros países (com empresas ou governos estrangeiros) à semelhança do que previa a legislação alemã. A duas pela demora na edição de uma lei de combate à corrupção. Diante desse cenário, o governo Britânico editou o *Bribery Act* com o objetivo de dar uma resposta social às críticas pela inércia legislativa no combate da corrupção.

O papel que é desempenhado pelo SEC (*Security Exchange Commission*) nos EUA, no Reino Unido é executado pelo SFO (*Serious Fraud Office*) que possui atribuição de investigar e responsabilizar atos de corrupção, com atuação na Inglaterra, País de Gales e Irlanda. Considerado um órgão independente e rigoroso, o SFO está vinculado diretamente à Procuradoria Geral do Reino Unido, podendo requerer a qualquer pessoa, sejam elas físicas ou jurídicas, que forneçam documentos relevantes, inclusive sigilosos, ou que respondam perguntas sobre quaisquer assuntos relevantes, confidenciais ou não, para o caso analisado.

Por fim, enquanto o FCPA se subdivide em duas partes, o UKBA prescreve quatro categorias de infrações distintas: a) o ato de oferecer vantagem indevida; b) o ato de aceitar van-

tagem indevida; c) o suborno de funcionário público estrangeiro e; d) a falha na prevenção de corrupção por uma pessoa jurídica.

Valendo-se de experiências adquiridas em outros países, o fato é que as fraudes passaram por extraordinária modificação e sofisticação. Se antes era praticado por um processo isolado e individual de um agente, hoje, a questão transformou em complexos esquemas dotados de tecnicidade, que somente podem ser combatidos com uma tecnologia da informação e dos meios eletrônicos mais modernos[28].

As crises econômicas são fatores relevantes para equilíbrio econômico-financeiro das empresas. Dessa forma para superar uma crise ou, simplesmente, estabilizar o cenário financeiro de uma Organização (privada ou pública), um bom Programa de *Compliance*/Integridade é fundamental, pois é capaz de identificar divergências entre o que se paga e o que deveria ser pago, adequando a Organização antes que a mesma sofra sanções administrativas, judiciais e pecuniárias, pois talvez ela possa pagar a diferença de tributos e continuar normalmente a sua operação, mas uma multa acabaria com o seu caixa, levando-a a falência.

Muitas fraudes cometidas pelas Organizações perpassam por fraudes fiscais[29], seja para criar sistemas de "caixa dois" para dar lastro financeiro paralelo para encobrir os esquemas de corrupção ou para sonegar tributos.

Por isso, o canal de denúncias é classificado como um dos pilares de um Programa de *Compliance* e, atualmente, por força dos contratos e exigências realizadas por organizações transnacionais em todo o mundo, sua implantação se tornou uma realidade necessária.

Percebe-se então, que todo o contexto apresentado, seja para o setor público ou privado ou, ainda, para as relações internacionais envolvendo estados soberanos, há que se ter um modelo de Boa Governança de modo que a Cultura do *Compliance* se propague de maneira eficiente e eficaz. Basta citar que já houve caso de organização não governamental internacional de ajuda humanitária estar envolvida em grandes escândalos de fraudes e corrupção.

IV. A boa governança e a cultura de paz

Com visto anteriormente a governança é uma peça fundamental que integra o *Compliance* na estrutura internacional denominada GRC (Governança, *Risk Assessment* e *Compliance* em sentido amplo). Logo, ao se falar em Boa Governança estar-se-á falando em *Compliance*.

28 SOARES, Inaldo de Vasconcelos – Fraudes nas Gestões Públicas e Privadas. Brasília: Brasília Jurídica. 2005, p. 53.

29 Sobre questões tributárias e fiscais, recomendamos nossas obras: CARNEIRO, Claudio – Curso de Direito Tributário e Financeiro. 8..ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019; CARNEIRO, Claudio – Processo Tributário (Administrativo e Judicial). 6..ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019; CARNEIRO, Claudio – Impostos Federais, Estaduais e Municipais. 7..ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

A concepção de Boa Governança, nos dias atuais, deve ser tratada como verdadeiro direito fundamental, e não como mera recomendação ao administrador, seja ele público ou privado, pois o mau governo, seja por escolhas indevidas por seus administradores ou simplesmente por atos de corrupção ou suborno, acaba por comprometer direitos assegurados nas Cartas Constitucionais e, com isso, andar na contramão da evolução do Constitucionalismo Contemporâneo[30].

A alegação bastante frequente de escassez de recursos torna imprescindível que se dê um destino cada vez mais responsável ao orçamento disponível, revelando-se absolutamente incompatível com a ordem de direitos trazida pela Constituição, a má governança ou uma gestão imoral ou improba.

A influência de leis estrangeiras é cada vez mais forte em vários países. O *Compliance* que traz em sua essência normas de governança, gestão de riscos e combate à corrupção e ao suborno pode ser considerado uma importante ferramenta para o avanço do (Neo) constitucionalismo no país, pois visa a ampliar os instrumentos de controle e conferir uma maior transparência da gestão dos recursos públicos e, com isso, aumentar a efetividade dos Direitos Fundamentais e, em especial, os sociais que exigem um maior dispêndio de recursos.

É importante destacar que por trás de toda Constituição, em especial as democráticas, não existe apenas uma técnica legislativa, ou um formalismo estéril, mas sim um movimento, uma conquista de pessoas para novos avanços políticos e sociais. Nesse sentido, surge um sentimento constitucional no país e na sociedade que deve ser efetivamente alcançado, não deixando essa discussão meramente para o plano teórico ou utópico, mas levando-a principalmente para a atuação prática, pois o marco filosófico do "novo" constitucionalismo é o pós-Positivismo. Assim, o debate sobre sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito, mas que, por vezes, são singularmente complementares: o Jusnaturalismo e o Positivismo. Acreditamos que nessa onda democrática em que se tem novas concepções de aplicação das constituições é que se inserem a Cultura da Paz e do *Compliance*. Significa dizer que as novas dimensões de direitos fundamentais devem se compatibilizar com o novo movimento constitucional que aflora não somente sob o ponto de vista teórico, mas sobretudo, na aplicabilidade prática dos direitos humanos.

No plano teórico, três aspectos passaram a ser importantes no que se refere à aplicação do Direito Constitucional: a força normativa da Constituição; o desenvolvimento de

30 Utilizamos essa expressão com os devidos fundamentos expostos na obra CARNEIRO, Claudio – Neoconstitucionalismo e Austeridade Fiscal: confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e de Portugal. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 26.

uma nova dogmática da interpretação constitucional e, com isso, a expansão da jurisdição constitucional. Contudo, no campo prático, e esse é o nosso principal questionamento, não percebemos nenhuma mudança significativa.

Caminhando com Holmes, Sustein[66] e Posner[67], é claro que sabemos a importância do orçamento de um país para fazer frente às despesas. Não sustentamos aqui uma postura anarquista ou de total liberalidade fiscal e, por isso, corroboramos com o entendimento de Silva[31], ao afirmar que o princípio da separação dos Poderes e a competência de dispor do orçamento não são ideias absolutas, pois sofrem limitações constitucionais, nem são fins em si mesmos, mas meios para o controle do Poder Estatal e garantia dos direitos individuais. Aliás, o objetivo é exatamente procurar mostrar a relação existente entre a questão orçamentária e a absorção dessa demanda populacional que, ato contínuo, reflete na concretização de direitos fundamentais. Daí a importância de o *Compliance* e o direito à Paz serem analisados à luz do movimento Neoconstitucionalista, pois ficou provado através dos últimos escândalos noticiados que a corrupção subtraiu parte dos recursos públicos que seriam destinados aos serviços públicos essenciais, melhor estrutura na saúde e na educação etc. Nesse sentido, as normas de *Compliance* precisam ser aplicadas à luz da ponderação desses interesses, um dos atributos do Neoconstitucionalismo.

A. Governança pública

É possível afirmar que a origem da expressão governança está associada ao momento em que organizações deixaram de ser geridas por seus proprietários e passaram por delegação a ser administradas por terceiros.

Para Berle e Means[32], que desenvolveram um dos primeiros estudos acadêmicos tratando de assuntos correlatos à governança, é papel do Estado regular as organizações privadas. Nessa mesma linha, em 1934 foi criada, nos Estados Unidos, a *U.S. Securities and Exchange Comission*, organização que, ainda hoje, no contexto americano, é responsável por proteger investidores, garantir a justiça, a ordem e a eficiência dos mercados e facilitar a formação de capital. Anos depois, no começo da década de 90, momento histórico marcado por crises financeiras, o Banco da Inglaterra criou uma comissão para elaborar o Código das Melhores Práticas de Governança corporativa, trabalho que resultou no *Cadbury Report*. Em 1992, o *Committee of Sponsoring Organizations of the Tread-way Commission* – COSO publicou o *Internal control – integrated framework*. Anos mais tarde, em 2002, depois de escândalos envolvendo demonstrações contábeis fraudulentas ratificadas por empresas de auditorias, publicou-

31 SILVA, Sandoval Alves da – Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007, p. 97.
32 BERLE, A.; MEANS, G. – The modern corporation and private property. New York: MacMillan, 1932, p. 12.

-se, nos Estados Unidos, a Lei *Sarbanes-Oxley*, cujo objetivo era melhorar os controles para garantir a fidedignidade das informações constantes dos relatórios financeiros. No mesmo ano, com vistas a apoiar a investigação independente e induzir à melhoria da governança, fundou-se o *European Corporate Governance Institute* – ECGI. Em 2004, o COSO publicou o *Enterprise risk management – integrated framework*, documento que ainda hoje é tido como referência no tema gestão de riscos.

Nos anos que se seguiram, dezenas de países passaram a se preocupar com aspectos relacionados à governança e diversos outros códigos foram publicados. Atualmente, o G8 (reunião dos oito países mais desenvolvidos) e organizações como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional – FMI e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE dedicam-se a promover a governança.

À título de exemplo, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, desde então, lançou versões do Código das melhores práticas de governança corporativa, documento que define quatro princípios básicos de governança aplicáveis ao contexto nacional: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa. Segundo o IBGC, apesar de o código ter sido desenvolvido, primariamente, com foco em organizações empresariais, ao longo daquele documento foi utilizado o termo "organizações", a fim de torná-lo o mais abrangente possível e adaptável a outros tipos de organizações, como Terceiro Setor, cooperativas, estatais, fundações e órgãos governamentais, entre outros.

No tocante à Administração Pública, trazendo posições doutrinárias do direito comparado, Civantos[33] recomenda as seguintes medidas para se aplicar o princípio do Bom Governo:

> "Desarrollar uma guía explicativa sobre el tipo de cláusulas a incluir em los contratos, qué formatos dar a las contrataciones que incluyam estas cláusulas y sobre la involucración de técnicos propios o externos de medioambiente, inserción social, ámbito laboral.... a la hora de evaluar el cumplimiento de las cláusulas y requerimientos introdu-cidos em los contratos. Incluir este tipo de cláusulas sociales, medioambientales, etc, em la contratación pública sin menoscabo de los princípios de eficiencia y eficacia ni de la relación calidad-precio que há de regir la gestión del gasto público".

33 CIVANTOS, Óscar Álvarez – Las claves del Buen Gobierno em la Administración Pública. Granada: Comares, 2010, p. 7.

Caminhando ainda pelo Direito Comparado, compartilhamos o entendimento de Villanueva[34] sobre gestão estratégica e gestão de qualidade:

> "El eslabón que enlaza la estratégia con la calidad y que lleva la planeación/gestión estratégica a transcender sus fronteras y empal-mar directamente com la gestión de calidad es la creación de valor para el cliente o usuário. La generación de valor es el punto de en-cuentro y engarce de las dos gestiones. La estrategia concibe el produto o resultado de valor que una organización debe producir para sus clientes y sociedade a fin de alcanzar o mantener su rele-vancia social y posicionamiento em su campo de actividad, mientras la gestión de calidad se encarga de assegurar y controlar que los productos o resultados posean establemente los atributos exigidos que generan el valor deseado".

Não há dúvida que o modelo de gestão do novo século sofreu adaptações evolutivas que se distanciam dos modelos anteriores. A participação da sociedade na tomada de decisões, especialmente no que se refere às políticas públicas, mostra-se cada vez mais necessária. Almeida[35] ao abordar a governança colaborativa democrática em Políticas Públicas afirma que:

> "Nesse sentido, alguns fatores e variáveis críticos influenciam e o modelo de governança adotado irá ou não produzir uma colaboração bem-sucedida com resultados efetivos. Dentre esses fatores, destacam-se o diálogo face a face, a construção de confiança e o desenvolvimento do compromisso e da compreensão comuns entre os atores envolvidos".

Nesse modelo de governança proposta pelo autor[138], isto é, colaborativa democrática, observa-se a preocupação em articular participação, diálogo e cooperação e, ainda, "promover condições de accountability e de reestruturação dos mecanismos de decisão por meio de estímulos ao envolvimento da participação social organizada no ciclo das políticas públicas e do planejamento estatal".

A concepção de Boa Governança transcende a uma ação pontualmente posta; o Direito do Século XXI busca o controle finalístico do Estado emanado pela Constituição. No dizer

34 VILLANUEVA, Luis F. Aguilar – Gobernanza y Gestión Pública. México: FCE, 2006, p. 320.
35 ALMEIDA, Rafael Alves – Governança colaborativa em políticas públicas. Rio de Janeiro: Tamanduá, 2015, p. 236.

de Valle[36] Boa Administração resulta de "um vasto conjunto de variáveis que têm em conta a função administrativa, como atividade orientadora e executora de uma plêiade de ações que guardam entre si relações de interdependência e, por vezes, retroalimentação".

Segundo Guerra[37], o Estado Gerencial que envolve a Administração Pública caracteriza-se pela existência de formas modernas de gestão pública "modificando critérios de aplicação do controle de serviços públicos, as relações estabelecidas entre o Poder Público e seus servidores e alterando, também, a própria atuação da Administração, que passa a enfatizar a eficiência, a qualidade e a efetiva concretização do regime democrático".

Ao longo de décadas presenciamos escândalos que culminaram com diversas formas, mas em todos eles o dinheiro público foi o principal alvo. A História mundial fez com que diversos países passassem a se preocupar com aspectos relacionados à governança. Nesse contexto, várias Organizações Internacionais entraram em cena com o objetivo de promover a Boa Governança, como por exemplo, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI).

Vale ressaltar que as questões afetas à governança vão muito além de matérias afetas a gestão administrativa e, obviamente, seus reflexos, são incalculáveis. A relação entre a boa governança e a cultura de paz superam os limites que muitos podem enxergar. No dizer de Pires[38], dentre os vários caminhos possíveis:

> "A A/RES/71/8, aprovada em 16 de novembro de 2016, elevou a educação à condição de instrumento para fomento de uma participação política construtiva e inclusiva, em sua relação com o desenvolvimento humano, de igual forma que contribuiu para o fortalecimento da democracia, da boa governança e do Estado de direito em todos os níveis".

Percebe-se que, *mutatis mutandis*, apesar de focar em outro escopo, pois se referiu em seu texto à cultura de paz, o autor invocou um como um dos elementos nucleares, um dos pilares do sistema de gestão que é a educação, que no dizer das normas internacionais assume o contexto de treinamento constante. Significa dizer que, resguardadas as proporções entre a terminologia educação e treinamento, que por óbvio, assume complexidades

36 VALLE, Vanice Regina Lírio do – Direito Fundamental à Boa Administração e Governança. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 109.

37 GUERRA, Sidney – Supersalários na administração pública municipal: o leading case 2016 de Duque de Caxias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 24.

38 PIRES, Alex Sander Xavier – Fluxos migratórios forçados e cultura de paz: um contributo hipotético baseado na educação como pilar da democracia e na solução alternativa à crise do estado assistencialista. In Galileu – Revista de Direito e Economia. Lisboa. ISSN 2184-1845. V. XIX, N.º 1, 2018, p. 66-87, p. 67.

diferentes, nota-se há uma identidade de alguns elementos da cultura de paz e da cultura de *compliance*. Ao nosso sentir, não se trata de uma mera coincidência, mas sim uma interpelação entre ambos os movimentos. Com essa afirmativa ratificamos o objeto do presente artigo que é, exatamente, estabelecer uma correlação entre o e a cultura de paz tendo como elementos de ligação, a ética, a educação e a boa governança.

O autor[39] em seu texto, ao presentar um Microssistema Conducente ao Direito à Paz, subdivide em quatro subitens importantes: a) Carta das Nações Unidas: fundamentos, propósitos e princípios inspiradores da declaração sobre o direito à paz; b) Direitos humanos, econômicos, sociais, culturais, civis, políticos e ao desenvolvimento, complementares a formação de um microssistema de direito à paz; c) Instrumentos básicos para fortalecimento do microssistema de direito à paz e; d) Base normativa do direito à paz.

No texto em comento, as bases ideológicas tiveram assento na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, na Declaração e no Programa de Ação de Viena, na Preparação das Sociedades para Viver em Paz, na Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz, e na Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz; a Declaração sobre o Direito à Paz (A/RES/71/189). Contudo, para efeitos de *compliance e antissuborno*, poderíamos incluir as normas ISO (*International Standardization Organization*) n.º 37.001 que diz respeito ao Sistema de Gestão Antissuborno e n.º 19.600 que trata do Sistema de Gestão de *Compliance* e os seguintes tratados: a) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); b) Convenção Interamericana Contra a Corrupção; c) Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção que inspirou, por exemplo, a lei brasileira n.º 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção.

Indo além, ainda há o *Whistleblowing Program* que serve de importante ferramenta de modificação comportamental para buscar a integridade pública e corporativa das organizações. É importante ressaltar que embora a tendência seja pensar somente em combater a corrupção quando abordam assuntos relacionados a este programa, contudo, os efeitos positivos do *Whistleblowing Program* contribuem para um desenvolvimento ético corporativo diante de vários tipos de irregularidades, tais como, ilícitos trabalhistas a práticas societárias que podem prejudicar as organizações diante do mercado de ações[40].

39 Idem, p. 69.
40 CARNEIRO, Claudio; SANTOS, Milton de Castro de – *Compliance* e Boa Governança (Pública e Privada). Curitiba: Juruá e Editora FGV, 2018, p. 221.

B. Governança privada

A governança privada na essência não se distingue da governança pública, a não ser quanto à finalidade e a algumas particularidades que a Administração Pública possui em razão da sua natureza.

Vale lembrar que as normativas internacionais não se referem a entes públicos e privados de maneira distinta, tampouco faz qualquer distinção das sociedades com ou sem fins lucrativos. Para o modelo internacional padronizado pelas normas da *International Standardization Organization* (ISO) todos são chamados de Organização.

Essas normas são de aplicabilidade em todo o mundo e não excluem as leis que, porventura, venham a ser editadas no âmbito interno de cada país para fomento ou preservação de direitos fundamentais.

No Brasil, por exemplo, convencionou-se chamar de programa de integridade para a Administração Pública e programa de *compliance* quando estivermos diante de sistemas de gestão para a iniciativa privada. Dessa forma, há uma falha técnico-terminológica quando leis exigem que uma organização privada tenha implantado um programa de integridade efetivo para que possa contratar com a Administração Pública. Apesar dessa crítica meramente terminológica, vale dizer que não há nenhuma consequência prática em ambas a denominação. Contudo, é importante que se deixe claro que quando a Administração exige do particular a implantação do respectivo programa de integridade, não significa dizer que o próprio ente público solicitante esteja em *compliance* (ou tenha um programa de integridade próprio. Por isso, entendemos que a integridade para ser efetiva enquanto cultura de *compliance*, ou seja, um movimento, deve ser exigida do seguinte tripé sem distinções: a) da própria Administração Direta; b) das estatais e; c) da iniciativa privada.

No que se refere à Portugal, não há essa distinção terminológica entre integridade e *compliance*, pois o país segue com mais rigidez as normativas internacionais.

Dentro de uma Organização de natureza privada, podemos elencar algumas linhas de defesa, a saber: Negócio, *Compliance* e Auditoria Interna. A primeira linha de defesa é o Negócio, no qual os próprios funcionários devem não só ter conhecimento, mas também gerir a rotina diária de trabalho e os seus riscos. O *Compliance* é a segunda linha, com a supervisão junto aos órgãos de controle o funcionamento do seu próprio sistema, enquanto a Auditoria Interna é a terceira e última linha, devendo fazer a supervisão de toda a Organização, inclusive da área de *Compliance*.

Atualmente é cada vez mais frequente encontrar empresas que buscam tomar suas decisões baseadas em dados, é a chamada *Data Driven Business*. Esse modelo de decisão pode exigir dos gestores outras bases de informações, dessa forma é necessário possuir dados e informações de alta qualidade e credibilidade.

Controlar os riscos é se antecipar, minimizar os potenciais danos e zelar pelo seu patrimônio. É evidente que só o fato de uma empresa existir, e dependendo da sua atividade, há riscos inerentes aos negócios, mas se os mesmos forem identificados, os prejuízos serão muito menores. A Organização não deve temer os riscos a ponto de impedir o seu funcionamento, paralisar as atividades ou até mesmo nunca tentar algum tipo de negócio, porém, não deve desprezá-los a ponto de ignorar as práticas legais, contratuais e éticas, nenhuma pessoa física ou jurídica está acima de valores e princípios.

O fato é que, no aspecto específico pertinente à governança e ao combate à corrupção e ao suborno, o binômio público-privado deve andar *pari passu* com todas as exigências normativas e procedimentais, sejam de ordem legal ou organizacional e, da mesma forma, sejam no âmbito interno ou externo e, especialmente nas relações internacionais.

V. Conclusão

A relação existente entre a Cultura de *Compliance* e a Cultura de Paz somente será de fácil entendimento se partirmos das mesmas premissas. Assim, deve se ter como a premissa primeira, a concepção de que a paz será um objetivo inalcançável enquanto os direitos humanos fundamentais não forem respeitados; os direitos fundamentais devem ser considerados como pré-requisitos para a concepção de uma sociedade que proporcione dignidade de todos os indivíduos. Em segundo lugar, que tanto a Cultura de *Compliance* quanto a Cultura de Paz são movimentos que envolvem toda a sociedade mundial em busca da Boa Governança e o direito à Paz, respectivamente. Em terceiro lugar, que tanto a boa governança quanto o direito à paz vêm sendo classificados como novas dimensões de direitos humanos fundamentais. Como quarta premissa estabelecida no presente texto, deve-se se conceber o *Compliance* como um sistema de gestão que envolve três pilares, a saber: Governança, *Risk Assessment* e *Compliance* em sentido amplo. Da mesma forma, não adotamos no texto a concepção simplista de que a paz é, simplesmente, a ausência de guerra. Por fim, o último axioma é que a Educação é o instrumento de transformação cultural e, portanto, comportamental.

Estabelecidos os pressupostos que serviram de sustentação teórica para a elaboração do presente texto, diversos são os desafios que colocam em teste a capacidade de se promover uma mudança comportamental na sociedade. Mudanças que possam contribuir de maneira efetiva para a redução das desigualdades sociais e econômicas, que combatam à corrupção, a miséria e a pobreza e, ao fim, possam agregar valores para a importante busca pela paz mundial.

Apesar de entendermos que a responsabilidade para o alcance desses direitos fundamentais deve ser solidária entre a sociedade e as autoridades públicas, não há dúvida que o Poder Público tem uma parcela mais significativa face à participação efetiva do Estado, sobretudo quando se tratam de determinados direitos fundamentais que exigem uma ação positiva da Organização estatal. Por isso, para que a concepção de Boa Governança seja entendida e reconhecida como direito humano fundamental deve se colocar a pessoa, os seus direitos e liberdades, como Plano de Estado e de Governo. Dito de outra forma, a educação e a ética são os sustentáculos desses movimentos, pois é muito mais fácil que tais valores sejam trabalhados desde a mais tenra idade do que que promover ações em busca de mudanças comportamentais de uma sociedade já contaminada.

Percebemos que os desafios, de fato, são grandes, mas acreditamos que alguns passos já foram dados e ao se reconhecer o direito à Paz e o *Compliance*, através da Boa Governança, como direitos humanos fundamentas reforçam os pilares teóricos que invocamos para sustentar a vigência do movimento intitulado de Constitucionalismo Contemporâneo.

Ao lado desses pilares, deve-se buscar incessantemente a aplicabilidade prática de ações, como por exemplo, a implantação de sistemas de gestão efetivos que busquem combater as mazelas que estão contaminando o Século XXI.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Rafael Alves – Governança colaborativa em políticas públicas. Rio de Janeiro: Tamanduá, 2015.

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

BERLE, A.; MEANS, G. – The modern corporation and private property. New York: MacMillan, 1932.

BOBBIO, Norberto – A era dos direitos. 7..ª reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo – A quinta dimensão dos direitos fundamentais. [Consultado em: 08 de Março de 2019]. Disponível em: http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf

BONAVIDES, Paulo – Curso de direito constitucional. 15..ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARNEIRO, Claudio – Curso de Direito Tributário e Financeiro. 8..ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARNEIRO, Claudio – Impostos Federais, Estaduais e Municipais. 7..ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARNEIRO, Claudio – Neoconstitucionalismo e Austeridade Fiscal: confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e de Portugal. Salvador: Juspodivm, 2017.

CARNEIRO, Claudio – Processo Tributário (Administrativo e Judicial). 6..ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARNEIRO, Claudio; SANTOS, Milton de Castro de – *Compliance* e Boa Governança (Pública e Privada). Curitiba: Juruá e Editora FGV, 2018.

CIVANTOS, Óscar Álvarez – Las claves del Buen Gobierno em la Administración Pública. Granada: Comares, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves – Curso de direito constitucional. 9..ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GUERRA, Sidney – Supersalários na administração pública municipal: o leading case 2016 de Duque de Caxias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

OMMATI, José Emílio Medauar – Uma teoria dos direitos fundamentais. 5..ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ONU – Organização das Nações Unidas – Direito à Paz. [Consultado em: 08 de Março de 2019]. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_dec_onu_direito_paz.pdf.

ONU – Organização das Nações Unidas – Direitos Humanos são o caminho para a paz duradoura no mundo. [Consultado em: 03 de Março de 2019]. Disponível em: https://nacoesunidas.org/onu-diz-que-direitos--humanos-sao-caminho-para-paz-duradoura-no-mundo/

PIRES, Alex Sander Xavier – Fluxos migratórios forçados e cultura de paz: um contributo hipotético baseado na educação como pilar da democracia e na solução alternativa à crise do estado assistencialista. In Galileu – Revista de Direito e Economia. Lisboa. ISSN 2184-1845. V. XIX, N.º 1, 2018, p. 66-87.

SARLET, Ingo Wolfgang – A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang – Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões ("gerações") dos direitos humanos e fundamentais: breves notas. In Rei – Revista Estudos Institucionais. Rio de Janeiro. ISSN 2447-5467. V. 2, N.º 2, 2017, p. 489-516.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – Curso de direito constitucional. 6..ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Sandoval Alves da – Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

STELLMACH, William – Foreign Corrupt Practices Act. [Consultado em: 08 de Março de 2019]. Disponível em: http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/

TUSHNET, Mark – Notas sobre alguns aspectos da taxonomia das "gerações" de direitos. In Rei – Revista Estudos Institucionais. Rio de Janeiro. ISSN 2447-5467. V. 2, N.º 2, 2017, p. 486-497.

UNESCO – Peaceday. [Consultado em: 08 de Março de 2019]. Disponível em: https://en.unesco.org/commemorations/peaceday

UNESCO – Social and human sciences. Culture of Peace. [Consultado em: 08 de Março de 2019]. Disponível em: http://www.unesco.org/new/pt/brasilia/social-and-human-sciences/culture-of-peace/

VALLE, Vanice Regina Lírio do – Direito Fundamental à Boa Administração e Governança. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VILLANUEVA, Luis F. Aguilar – Gobernanza y Gestión Pública. México: FCE, 2006.

Os discursos e as controvérsias da cooperação técnico-militar e técnico-policial entre Portugal, Angola e Brasil

The discourses and the controversies on the technical military and technical police cooperation among Portugal, Brazil and Angola

MÓNICA DE MELO FREITAS[1]
monicaflul@hotmail.com

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XX · 1st January Janeiro – 30TH June Junho 2019 · pp. 59-77
URI: http://hdl.handle.net/11144/4291 DOI: http://doi.org/10.26619/2184-1845.XX.1.3
Submitted on February 12th, 2019 · Accepted on May 28th, 2019
Submetido em 12 de Fevereiro, 2019 · Aceite a 28 de Maio, 2019

RESUMO O presente artigo propõe-se analisar a atividade de cooperação técnico-militar e técnico-policial, com base nos fundamentos de análise da sociologia pragmática. Acreditamos que o estudo dos objetivos que os diferentes atores atribuem à cooperação constitui um elemento-base para a compreensão da referida cooperação no espaço lusófono. Ao contrário de autores como (Moreira, 2001), tentaremos enquadrar o nosso estudo na transformação do sistema capitalista do Estado-Providência, pelo facto de acreditarmos que as alterações nos moldes como os atores realizam os seus julgamentos, principalmente no sector da Segurança, poderão compreender uma estratégia muito mais vasta, relacionada à legitimação do estado-providência e à sobrevivência do próprio sistema capitalista.

RECORREU-SE à metodologia de análise compreensiva e a um conjunto de técnicas qualitativas de análise de dados, pelo facto de pretendemos analisar materiais densos no que concerne à sua subjetividade. A grelha taxonómica de (Boltanski & Thèvenot, 1991) servirá de suporte ao estudo que pretendemos desenvolver, visto colocar ao nosso dispor um conjunto de ferramentas para análise das lógicas de justificação formuladas pelos atores, quando estes se encontram em situações de controvérsia pública

POSTO isto, sublinhamos que este estudo tem a pertinência científica de contribuir para a compreensão dos moldes como os diferentes atores do sector da Segurança formulam os

1 Investigadora Doutorada Integrada do Centro Interdisciplinar de Ciências Sociais da Universidade Nova de Lisboa (CICS Nova/UNL).

julgamentos quando são confrontados. A par disto, apresenta a pertinência prática de dar a conhecer como as instituições de Segurança gerem as diferentes lógicas de julgamento e ainda de que forma conseguem reunir os consensos e formalizar os compromissos.

IMPORTA, precisamente, tentarmos perceber se a reunião de consensos depende ou não da articulação das diferentes lógicas, sob a alçada de um princípio superior de bem comum e, em caso afirmativo, como isto ocorre.

PALAVRAS-CHAVE: Controvérsias, Cooperação Técnico-Policial, Países Lusófonos.

ABSTRACT This paper aims to analyze the activity of cooperation in police sector through application of concepts and techniques of pragmatic sociology. In our mind, the study of the individual objectives negotiated about the cooperation became crucial to its comprehension especially in the Lusophone region.

CONTRARILY to authors as (Moreira, 2001), we are trying to discuss the object into the context of transformation of Providence State and Capitalist Model. In our mind, the judgements created by the institutions and actors of police sector aiming in contributing to legitimation of providence state and capitalist system.

THE study applied the model of comprehensive analyze and the qualitative techniques of analyze because most of data available were very density in subjectivity. The matrix of the justification´ logics proposed by Boltanski & Thèvenot (1991) have supported the treatment process of data. This theory showed be the most adjusted because allows identifying and analyzing the individual justifications created in controversial situations.

THE scientific pertinence of this study is essentially to try to contribute to comprehension of how actors build their judgements when are confronted through analyzing of police sector. In practical way, this study highlights how institutions and actors manage different justification logics; how they achieve consensus and make agreements.

IN sum, we are searching to understand if achieving consensus in this sector results or not of managing of different justification logics. In affirmative case, if are evoked superior principles of common good and how it occurs.

KEYWORDS: Controversies, Technical Police Cooperation, Lusophone Countries.

I. Definições iniciais

O presente artigo resulta de uma investigação realizada sobre a cooperação técnico- policial lusófona e compreende-essencialmente duas fases distintas.

A primeira fase perspectiva uma análise científica e diz respeito à compreensão dos argumentos invocados pelos atores, quando confrontados publicamente sobre o tema do reforço dos acordos de cooperação em matéria de Segurança entre os países do espaço lusófono.

Importa precisamente constatar se existem controvérsias nas intenções no seio do sector da Segurança, quanto ao reforço da cooperação técnico-policial e, caso existam, de que forma coexistem atores com diferentes lógicas debaixo da alçada de um princípio superior de bem comum. Segundo Boltanski e Thévénot[2], a formalização de compromissos entre atores com sentidos distintos, só ocorre quando se consegue congregar as diversidades dentro de uma lógica superior de bem comum socialmente legítima, em termos de generalidade.

A cooperação técnico-policial engloba vários domínios, entre outros, a consolidação de acordos de cooperação ao nível formal/institucional e informal/interpessoal entre instituições e atores com responsabilidades na área da segurança, com vista potenciar o intercâmbio de informação e conhecimento; o *benchmarking* das melhores práticas levadas a cabo no âmbito da segurança rodoviária, ordem pública, violência doméstica, combate à imigração ilegal; a externalização de competências técnicas relacionadas com a manutenção da ordem pública em grandes eventos desportivos; a realização de exercícios conjuntos entre forças de segurança de diferentes países; o intercâmbio de oficiais para a realização de formação noutro país lusófono; a integração de elementos das forças de segurança em equipas multidisciplinares de investigação em Ciências Policiais e a participação conjunta em missões humanitárias e de Apoio à Paz, levadas a cabo sob a égide das Nações Unidas.

A segunda fase deste projeto relaciona-se com a análise dos modelos de reunião de consensos e de formalização de compromissos, levados a cabo pelas instituições da Segurança de Angola, do Brasil e de Portugal.

A compreensão dos modelos de formalização de compromissos em instituições ligadas à Segurança e posteriormente à Defesa tem como mais-valia o facto de se tratar de instituições representativas de direitos fundamentais consagrados na Carta Universal dos Direitos do Homem.

A Segurança, num sentido mais lato, corresponde a um dos direitos fundamentais contemplados na Carta Universal dos Direitos do Homem (artigo n.º 3, Publicada no Diário da República, I Série A, n.º 57/78, de 9 de Março de 1978) e na Constituição da República Portuguesa (artigo n.º 27, VII Revisão Constitucional, 2005).

Como ponto de partida para a análise tomam-se as instituições de Segurança e Defesa de Angola, Brasil e Portugal, pelo facto de serem as nações que apresentam presentemente os maiores níveis de desenvolvimento económico, científico, tecnológico e militar no

2 BOLTANSKI, L.; THÉVENOT, L. — De La Justification. Les Économies de La Grandeur. Paris: Éditions Gallimard, 1991.

espaço da Lusofonia[3]. Segundo Moreira, a escassez de recursos financeiros, tecnológicos e científicos faz com que países como Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor Leste, assumam, na prática, um patamar menos proeminente na negociação.[4] Contudo, numa fase posterior da investigação, tencionamos expandir o nosso foco de investigação à globalidade dos países lusófonos.

O artigo em apreço tem a pertinência científica de tentar compreender o processo de construção de julgamentos em situações de confrontação pública, num sector com funções de destaque para a produção de um sentimento de segurança dos cidadãos e para a salvaguarda dos direitos de cidadania contemplados na Carta Universal dos Direitos do Homem. Além disso, os sectores da Defesa e Segurança são encarados como pilares da soberania dos Estados nas sociedades contemporâneas.[5]

Quanto à sua pertinência prática, acreditamos que a análise dos modelos de formalização de compromissos no sector da Segurança, apresentam a mais-valia de poderem futuramente auxiliar tanto as instituições públicas, como as privadas e organizações não-governamentais, nos processos de mobilização social envolvendo atores deste sector.

A originalidade deste estudo incide essencialmente na análise comparativa dos modelos de processamento dos julgamentos e formalização de compromissos, levados a cabo em instituições ligadas à Segurança.

Para realizar esta investigação, apoiamo-nos na metodologia compreensiva, pelo facto de considerarmos os sentidos atribuídos pelos atores como sendo materiais privilegiados para análise.

II. Questões de partida

Como foi anteriormente referido, o objetivo deste artigo consiste em procurar nas abordagens teóricas existentes, que versam a cooperação entre os países lusófonos na área técnico-policial, bem como através de entrevistas exploratórias realizadas, o levantamento de *insights* que nos possibilitem sustentar cientificamente e empiricamente o estudo que pretendemos desenvolver.

Este artigo será consubstanciado à compreensão da forma como os atores dos segmentos diplomático, estratégico e técnico-operacional formulam os seus julgamentos

3 Lusofonia: termo utilizado para se referir ao conjunto de países que possuem a Língua Portuguesa como língua oficial. Ex.: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor Leste.
4 MOREIRA, Adriano — Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Cooperação. Lisboa: Almedina, 2001.
5 MOREIRA, Adriano — Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Cooperação. Lisboa: Almedina, 2001.

sobre os acordos de cooperação estabelecidos na área técnico-militar e técnico-policial, direcionando-se esta análise principalmente para os casos de Angola, Brasil e Portugal.

Constitui ainda objetivo deste estudo, analisar os modelos de obtenção de consensos e formalização de compromissos entre atores com diferentes julgamentos, dentro das instituições da Segurança nos países em análise.

As questões de partida que servem de suporte à investigação que nos propomos realizar são as seguintes:

- Até que ponto o contexto histórico, cultural e linguístico, propicia o reforço dos acordos de cooperação técnico-policial entre os países lusófonos?
- Em que medida a CPLP representa uma mais-valia ao reforço da referida cooperação?
- Em que medida as transformações estruturais que vêm ocorrendo no interior do sistema capitalista provocaram alterações nas práticas gestionárias levadas a cabo na área da Segurança?
- Até que ponto os valores pessoais dos dirigentes influenciam o reforço da cooperação na área descrita?
- Qual é a visão de médio e longo prazo para o reforço da cooperação em Segurança?
- Que tipos de dificuldades ocorrem durante o processo?
- Quais são as ferramentas empregues na resolução destas dificuldades?
- Em que medida as ferramentas empregues são de origem mais ou menos institucionalizada?

Qual é o papel das redes informais de cooperação no processo do reforço da cooperação?

Após a realização de algumas leituras foi possível constatar que os autores que abordam a temática da cooperação entre os países lusófonos, inclusive na área da Segurança, privilegiam enquadramentos teóricos bastante díspares. Enquanto Moreira[6] sustenta uma abordagem essencialmente histórica, já Bernadino[7] apresenta uma abordagem essencialmente política.

Em nosso entender, a compreensão do fenômeno da cooperação em matéria de Segurança deverá também ser analisada do ponto de vista das transformações que estão a ocorrer no interior do sistema capitalista e da migração de práticas gestionárias do sector privado para o sector público.

6 MOREIRA, Adriano — Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Cooperação. Lisboa: Almedina, 2001.
7 Em CPLP — Construindo a Comunidade. Europress: Lisboa, 2008.

Constata-se que as instituições públicas, para se legitimarem, estão a ser cada vez mais constrangidas a justificarem também a sua ação com base em critérios de eficiência próprios do sector privado.[8]

Tencionamos certificar se este enquadramento faz ou não sentido, a partir da análise documental às bibliografia da especialidade, aos documentos político-normativos de regulação do sector da Segurança e através de entrevistas exploratórias realizadas a atores com cargos de decisão nos segmentos diplomático, estratégico e técnico-operacional.

III. Enquadramento teórico:

A. As transformações do sistema capitalista e as alterações nas formas de justificação

Segundo Boltanski e Chiapello[9], as transformações ocorridas no interior do sistema capitalista requerem a adaptação das justificações, dos dispositivos (formas utilizadas para responder às críticas) e das provas, ao novo contexto institucional que se vive, visando com isto a legitimação do próprio sistema da acção[10].

Em detrimento disso, partimos da definição de agente como aquele que utiliza um conjunto de valores morais na critica das suas ações e das ações dos outros, logo, sendo dotado de capacidade reflexiva. Posto isto, questionamo-nos até que ponto o processo da crítica resultou da criação de novos dispositivos de legitimação social, nas instituições ligadas à Segurança no espaço lusófono?

Para Boltanski &e Chiapello[11], o espírito do capitalismo incorpora uma dimensão moral que confere uma justificação às pessoas para aderirem voluntariamente ao modo de vida capitalista, perpetuando desta forma o capitalismo, por meio da sua revisão crítica e transformação permanente. Contudo, o abrandamento conjuntural e a incerteza estrutural que se abateram sobre o ritmo de crescimento económico, após um período de estagnação económica, acrescidos de outros fatores de ordem social e ética, minaram estruturalmente a sustentabilidade dos regimes de Estado-Providência (alterações demográficas; envelheci-

8 SILVESTRE, Hugo Marco C.; ARAÚJO, Joaquim Filipe F. E. — A gestão por Resultados no Sector Público: O caso dos Hospitais EPE, 2005. [Consultado em: Março de 2019]. Disponível em: https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/515/4/605.pdf.

9 BOLTANSKI, L.; CHIAPELLO, E. — O Novo Espírito do Capitalismo. 1.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

10 VENTURA, Elvira — Estudo da Responsabilidade Social no Campo das Organizações Bancárias. EBAPE (Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas). Tese apresentada à EBAPE para a obtenção do grau de doutor, 2005, p. 32; BOLTANSKI, L.; CHIAPELLO, E. — O Novo Espírito do Capitalismo. 1.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

11 BOLTANSKI, L.; CHIAPELLO, E. — O Novo Espírito do Capitalismo. 1.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

mento e rácios de dependência; limites à fiscalidade sobre os lucros e o capital em contexto de globalização; declínio do modelo de produção *fordista* e da composição social das classes assalariadas, no capitalismo pós-industrial)[12].

A crise de sustentabilidade financeira e política do Estado-Providência obrigou a reajustamentos políticos e financeiros, que têm levado à restrição de garantias públicas de direitos sociais, à transferência de parte dessas responsabilidades para o sector privado, à exigência de maior eficiência na aplicação dos recursos pelo sector público e à consolidação de alianças envolvendo o sector público, privado e ONGs, com vista a resgatar a legitimidade do Estado-Providência e assegurar a manutenção do próprio capitalismo.

Por um lado, a escassez de recursos financeiros para investimento e, por outro, o aumento da pressão sobre as instituições públicas, com vista a obrigá-las atuar segundo princípios de governação mais eficazes, levaram-nas a enveredar pelos paradigmas que fundamentam o *New Public Management*.

Este compreende um novo modelo de gestão, onde princípios como a participação coletiva e a transparência de processos constituem elementos-chave. O *New Public Management* compreende o conjunto de ferramentas de gestão destinadas a serem utilizadas pelas instituições públicas, com vista alcançar os objetivos de participação coletiva e de transparência de processos.[13]

Neste sentido, levantamos a questão, até que ponto o envolvimento do sector da Segurança, em redes de cooperação, poderá contribuir para legitimidade das forças policiais?

Partimos da hipótese de que esta crise de legitimidade constitui uma via para compreender as transformações que vêm ocorrendo no interior das instituições públicas ligadas à Segurança. Principalmente porque constatamos que tem havido mudanças nas lógicas de justificação apresentadas pelos atores ligados a estes sectores na arena pública. Acreditamos que as referidas alterações poderão estar enquadradas na estratégia de legitimação do Estado Social na contemporaneidade.

B. Reflexão analítica sobre as perspetivas teóricas desenvolvidas em torno da cooperação lusófona

Começamos por esclarecer o contexto histórico e geopolítico em que normalmente os estudos relacionados com a cooperação entre os países lusófonos se baseiam. No que concerne

12 TRIGILIA, Carlo — Economic Sociology: State, Market, and Society in Modern Capitalism. Oxford: Blackwell Publishers, 2002, p. 172; e Esping-Andersen *apud* TRIGILIA, Carlo — Economic Sociology: State, Market, and Society in Modern Capitalism. Oxford: Blackwell Publishers, 2002, p. 88.

13 EWALT, Jo Ann G. — Theories of Governance and New Public Management: Links to Understanding Welfare Policy Implementation. Eastern Kentuchky University. Newark, 2001.

aos países lusófonos, ou seja, países que outrora fizeram parte do império colonial português, com traços sociais, culturais e linguísticos próprios e que se mantiveram ao longo do tempo, pode-se dizer que o processo de colonização e descolonização ocorreu de forma distinta em cada um destes países, ou seja, Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor Leste.

As condições em que se verificou o processo de colonização e descolonização do Brasil, por exemplo, não voltaram a repetir-se em nenhuma outra ex-colónia portuguesa. Segundo Moreira[14], entre Brasil e Portugal sempre houve uma relação afetiva bastante forte.

Embora tenha sempre existido uma densa relação de cordialidade e de afetividade entre Brasil e Portugal, esta relação nem sempre foi consensual. Atores da sociedade civil e artística brasileira realizaram inúmeras iniciativas com vista a fomentar o esquecimento da época colonial no Brasil, entre os quais se sublinha Darcy Ribeiro.[15]

Além destas iniciativas de âmbito civil, os ministérios dos negócios estrangeiros de ambos os países estiveram durante algum tempo de costas voltadas um para outro, essencialmente até meados do século XX, ou seja, entre 1890 e 1940. Apesar de existirem estas dualidades, houve ao longo deste período inúmeras visitas de cortesia de Chefes-de-Estado brasileiros a Portugal como de portugueses ao Brasil.

A dualidade amor/ódio que sempre existiu na relação Brasil-Portugal, contribuiu fortemente para a consolidação de um espírito ideológico-político de repulsa à dominação colonizadora de Portugal, principalmente no ano de 1955 quando a ONU (Organização das Nações Unidas) repreendeu Portugal pelo facto de continuar a manter o império ultramarino.

Quanto à relevância da língua portuguesa para a coesão dos países lusófonos ao nível das estratégias político-económicas, pudemos constatar que as transações financeiras que os países lusófonos estabelecem entre si, ocorrem em menor número quando comparadas com as transações que estes realizam com outros países exteriores ao espaço lusófono.[16]

Portugal tem representado uma porta de entrada para as mercadorias exportadas pelos Países de Língua Oficial Portuguesa PALOP para a Europa. Contudo, esta porta poderá deixar de fazer sentido quando estes países passarem a integrar a Organização Mundial do Livre Comércio.[17]

A relação que Portugal mantém hoje com os países africanos está fortemente marcada pela transferência de recursos, tecnologias e *know-how*, com vista a potenciar o desenvolvimento econômico, social e democrático destes países.

14 MOREIRA, Adriano — Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Cooperação. Lisboa: Almedina, 2001.
15 MOREIRA, Adriano — Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Cooperação. Lisboa: Almedina, 2001.
16 MOREIRA, Adriano — Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Cooperação. Lisboa: Almedina, 2001.
17 MOREIRA, Adriano — Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Cooperação. Lisboa: Almedina, 2001.

Pelo que pudemos perceber, desde meados da década de 70 para cá, Portugal tem vindo a fazer por estes países aquilo que não conseguiu durante séculos de domínio colonial. A questão que se coloca é, até que ponto os recursos que Portugal está a transferir para estes países potenciam efetivamente o seu desenvolvimento? O que é que Portugal entende por desenvolvimento e o que pretende com o desenvolvimento dos países africanos? Até que ponto o investimento nestes países não está relacionado com uma necessidade de Portugal ultrapassar traumas de um passado colonial ainda presente na memória de algumas gerações? O que representa para os países africanos o incentivo ao desenvolvimento fornecido por Portugal? Até que ponto os países africanos vêm neste incentivo uma forma de desenvolverem competências de racionalidade crítica e uma oportunidade de autonomização?

Com vista consolidar estratégias comuns de desenvolvimento social, científico, cultural e econômico entre os países da Lusofonia, foi criada a 26 de Julho de 1997 a CPLP – Comunidade dos Países de Língua Portuguesa.

Esta comunidade tem como objetivos, essencialmente: fomentar o fortalecimento e a promoção da língua e cultura lusófona no mundo; promover o intercâmbio de conhecimento, tecnologias e profissionais talentosos entre os países; incentivar as transações comerciais entre os estados membros; além de procurar elevar o nível de desenvolvimento institucional, econômico, científico, social e cultural dos países africanos e de Timor-Leste. Esta comunidade compreende os países que compõem a Lusofonia, ou seja, Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal e Timor-Leste.

Para muitos autores, como Moreira[18] e Bernadino[19], os resultados alcançados pela CPLP são ainda incipientes. Poderá dizer-se que a CPLP ainda não conseguir delinear uma estratégia de coesão e de desenvolvimento econômico, social e cultural adequada às necessidades de cada um dos países.

De acordo com Moreira[20], a CPLP precisa englobar na sua estratégia de mobilização, os interesses particulares de cada um dos seus estados-membros. A CPLP necessita ainda encontrar formas de integrar os interesses estratégicos dos blocos regionais nos quais os seus estados-membros estão inseridos, com vista a ser mais competitiva (ex.: MERCOSUL, ao qual se encontra associado o Brasil; CEDEAO – Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental, à qual estão associados alguns países africanos tais Cabo Verde e Guiné-Bissau; SADC – Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral, à qual se encontra associada Angola e a União Europeia, à qual se encontra associado Portugal).

18 MOREIRA, Adriano — Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Cooperação. Lisboa: Almedina, 2001.
19 Em CPLP — Construindo a Comunidade. Europress: Lisboa, 2008.
20 MOREIRA, Adriano — Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Cooperação. Lisboa: Almedina, 2001.

Não se pretende desvalorizar as perspetivas teóricas que apontam os resquícios da época colonial, ou as diferentes opções estratégicas levadas a cabo pela CPLP, como fatores condicionadores do reforço dos acordos de cooperação no espaço lusófono. Acreditamos, contudo, que a chave para a compreensão do fenómeno da cooperação lusófona, inclusive na área da Segurança, poderá passar pela análise das mudanças nos modelos de gestão que vêm ocorrendo nas organizações deste sector, fruto das transformações ocorridas no interior do sistema capitalista e da migração das práticas do sector privado para o sector público.

Os atores e as organizações têm sido cada vez mais confrontados com a necessidade de terem que justificar as ações que desenvolvem segundo critérios superiores de bem--comum, para serem socialmente aceites.

A par destas alterações, tem vinda a institucionalizar-se a crítica como instrumento de mudança social. Logo, com vista, a reunir o maior número de consensos e de compromissos em torno de princípios superiores comuns, as organizações, tanto públicas como privadas, têm vindo a apostar cada vez mais no estabelecimento de redes de cooperação. Neste sentido, mais do que uma questão de identidade, a formalização de redes de cooperação tem representado um dispositivo crucial de legitimação da ação social, inclusive no sector da Segurança. Como exemplo disso recorda-se que no Programa Prós e Contras, transmitido pela RTP, no dia 23/01/12, o Ministro da Administração Interna de Portugal admitiu que a articulação das polícias em rede é crucial, numa altura em que os recursos são cada vez mais escassos.

A par disso, constata-se que são cada vez mais frequentes as críticas realizadas nos meios de comunicação social portuguesa por representantes da sociedade civil, apontando a necessidade de coordenação entre as diferentes polícias. Posto isto, acreditarmos que a forma como os atores do sector da Segurança julgam o trabalho em rede tanto poderá facilitar como condicionar a cooperação.

C. Boletim Histórico e Estratégico da Cooperação Técnico-Policial

Em Moreira[21] podemos constatar que as iniciativas governamentais de estruturação da cooperação entre Portugal e as ex-colónias intensificaram-se a partir do ano de 1974. Em 31 de Dezembro de 1974 foi criado o gabinete coordenador para cooperação, sob a tutela da presidência da república. Nesta altura, o referido gabinete ocupava-se de todos os acordos da cooperação, inclusive na áreas da Segurança e Defesa.

21 MOREIRA, Adriano — Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Cooperação. Lisboa: Almedina, 2001.

Em Julho de 1977, a centralização e coordenação da cooperação, ao nível das forças armadas, foram atribuídas ao Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas (CEMG-FA). Em Portugal, durante cerca de 3 anos, a cooperação foi coordenada pelo gabinete para a cooperação, depois pelo Ministério da Cooperação e a seguir pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros. Só a partir de 1977 é que a cooperação começou a apresentar contornos de planeamento estratégico diferenciado.

Em Maio de 1983, foi emitido um despacho conjunto, envolvendo os Ministérios da Defesa Nacional e dos Negócios Estrangeiros (MDN-MNE), no qual o MNE passava a ser o órgão coordenador da política de cooperação, principalmente técnico-militar, no quadro genérico da cooperação entre Portugal e os PALOP. Contudo, as ações a desenvolver deveriam obter uma autorização prévia, através do despacho conjunto dos ministros da defesa nacional e dos negócios estrangeiros.

O ano de 1985 viria a ser marcado pelo aumento do número de pedidos de cooperação, essencialmente militar, por parte dos PALOP. Durante os anos de 1988 e 1989, foram assinados acordos de cooperação técnico-militar entre Portugal e Cabo Verde, Portugal e Guiné Bissau e Portugal e São Tomé e Príncipe. Portugal criou, em Julho de 1989, a Direção Geral de Política Nacional de Defesa (DGPN), com o objetivo de unificar por um lado as ações, no âmbito da cooperação técnico-militar, levadas a cabo pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros, Estado-Maior-General das Forças Armadas e Ministério da Defesa Nacional MDN e, por outro, alcançar ganhos de eficiência a partir da centralização de processos e uniformização de procedimentos.

Durante o ano de 1990, a DGPN formalizou, no mínimo, três programas-quadro no âmbito da cooperação técnico-militar, envolvendo Portugal e países como Cabo Verde, Guiné-Bissau e Moçambique. Em 1991 foi consolidado um programa-quadro de cooperação técnico-militar com São Tomé e Príncipe. Os programas-quadro são instrumentos de planeamento da cooperação de carácter regular e duradouro.

Em 1996, foi consolidado o primeiro programa-quadro de cooperação técnico-militar envolvendo Portugal e Angola. Constatando-se que a cooperação técnico-militar envolvendo Portugal e Angola deu-se mais tardiamente, quando comparada a outros países dos PALOP, será pertinente interrogarmo-nos até que ponto a manutenção de acordos de cooperação com países da ex-União Soviética estiveram na causa deste retardamento?

Ressalta-se a inexistência de programas-quadro de cooperação envolvendo Portugal e o Brasil. Embora não estivesse claro em (Moreira, 2001) os programas-quadro consolidados entre Portugal e as ex-colónias relacionam-se quase sempre à formação técnico-militar e técnico-policial, à reconstrução de estruturas de apoio à formação nestes países, bem como à assessoria técnica e realização de exercícios conjuntos. Além da cedência de material e

outros equipamentos militares e policiais por parte de Portugal às ex-colónias, com vista a serem utilizados pelas forças locais.

Na consulta que realizamos ao site do IPAD Instituto de Apoio ao Desenvolvimento[22] verificamos que a cooperação entre Portugal e PALOPS Países de Língua Oficial Portugal encontra-se estruturada em Planos Integrados da Cooperação PIC e Planos Anuais da Cooperação. Enquanto o primeiro é programado de três em três anos, o segundo é programado de ano a ano.

Os referidos documentos normativos da cooperação abrangem diversas áreas tais como: Saúde, Educação, Agricultura e Pescas, Energia, Segurança e Defesa. Os montantes e o nível de prioridade de cada uma destas áreas dependem das orientações políticas dos países beneficiários. Enquanto para a Guiné Bissau, a Segurança e a Defesa compreendem as duas áreas mais prioritárias da cooperação, para Moçambique, a formação e a empresarialidade compreendem as áreas com maior nível de importância estratégica.

No que concerne aos montantes envolvidos na cooperação, constatamos que estes não são estáticos porque dependem da disponibilidade financeiras das organizações doadoras como por exemplo, ONU Organização das Nações Unidas, UE), de países doadores tais como Japão, EUA, Brasil, dentre outros.

De modo geral, pode-se dizer que Cabo Verde dispõe do maior montante para financiamento dos projetos de cooperação (173.000.000€), seguido de Moçambique (62.000.000€) e em terceiro lugar Timor Leste (25.000.000€). Cabo Verde dispõe do montante mais elevado, pelo fato de terem sido criadas linhas de crédito com vista a apoiar os planos de cooperação.

Os referidos planos podem contemplar a formalização de acordos de cooperação bilaterais e multilaterais. Os acordos de cooperação bilaterais são geralmente estabelecidos entre Portugal e os países dos PALOP ou Timor Leste. Já nos acordos multilaterais, Portugal participa conjuntamente com outras organizações internacionais (ONU, UE) ou nacionais (ministérios, autarquias, universidades/ centros de investigação, setor privado, ONGs Organizações Não Governamentais) no planeamento, implementação, coordenação e avaliação dos impactes dos projetos levados a cabo ao abrigo da cooperação multilateral.

Quando transferimos o nosso foco de análise à cooperação consolidada nas áreas da Segurança e Defesa entre Portugal e PALOPS/ Portugal e Timor Leste, certificamos que esta tanto pode resultar de acordos bilaterais como multilaterais de cooperação. Os acordos de cooperação bilateral envolvem ocorrem normalmente entre os governos e/ou ministérios homólogos. Já os acordos multilaterais, podem envolver as forças armadas, as polícias de

22 www.ipad.mne.gov.pt. Consultado em 28.04.12.

segurança pública e de investigação criminal, como também as respectivas instituições de formação militar e policial além dos hospitais militares, dentre outros.

De 2005 para cá, os projetos desenvolvidos nas áreas da Segurança e da Defesa ao abrigo dos Planos Integrados da Cooperação PIC, contemplaram essencialmente a realização de formação técnica – militar e técnico – policial; a assessoria técnica, jurídica, administrativa e logística; treinamentos conjuntos; apoio à reconstrução/ consolidação de novas unidades de apoio ao ensino e/ou à operacionalização das forças militares e policiais; atualização de doutrinas militares e policiais; consolidação de estruturas jurídicas capaz de fornecer o enquadramento legal necessário à ação sustentada das forças armadas e das forças de segurança dos países beneficiários; suporte no fardamento das forças armadas e forças policiais; apoio na consolidação de serviços sociais direcionados aos efetivos das referidas forças de Segurança e Defesa além da prestação de serviços médico – hospitalares aos militares e polícias destes países em Portugal.

Conforme pudemos verificar, inúmeros projetos vêm sendo desenvolvidos ao abrigo da cooperação técnico-militar e técnico-policial consolidada tanto a nível bilateral como multilateral. No entanto, não se consegue perceber a partir da consulta ao site do IPAD, que iniciativas estes projetos desenvolveram no âmbito da formação técnico-militar e técnico-policial, que operações de treinamento foram realizadas, qual foi o número de militares e policiais envolvidos nestas iniciativas, qual é percentagem de formados que concluíram com êxito a formação; quantas ações de assessoria técnica foram realizadas; que impactes as iniciativas desenvolvidas proporcionou às forças armadas e às forças policiais dos países beneficiários; que benefícios estas iniciativas acarretaram para Portugal.

Neste sentido, interrogamos a que se deve a indisponibilidade destas informações visto que cabe ao IPAD o planeamento, a execução, o acompanhamento das iniciativas realizadas, além da avaliação dos impactes e disponibilização destes.

De acordo com o IPAD, os planos integrados da cooperação não tem gerado os resultados esperados por ausência de organização tanto do lado de Portugal como dos países beneficiários. Neste sentido, o próprio IPAD sugere que sejam tomadas medidas no sentido de intensificarem os contactos pessoais entre os representantes governamentais de ambos os países com vista elevar os níveis de eficácia das iniciativas desenvolvidas. O IPAD sugere ainda, que as iniciativas passem a integrar os verdadeiros interesses e necessidades dos países beneficiários com vista contribuírem para a resolução de problemas enfrentados pelas sociedades. Por último, o IPAD faz referência à necessidade de se enviar oficiais de ligação para as embaixadas dos países beneficiários e de envolver os oficiais de ligação no acompanhamento das iniciativas em curso.

No que concerne à cooperação entre Portugal e Brasil, soube-se através do site do IPAD que esta vem se intensificando de 2007 para cá. Contudo, não foi possível conhecer quais são as áreas abrangidas por esta cooperação; que projetos foram desenvolvidos e quais foram os impactes gerados. A única coisa que constatamos foi que entre 2007 e 2010 os montantes envolvidos na cooperação subiram consideravelmente, dos cerca de 2.000.000€ em 2007 para os 7.000.000€ em 2010.

Em Moreira[23] pudemos constatar que o Brasil manteve sempre um certo distanciamento em relação à cooperação em Segurança e Defesa, principalmente com Portugal. Pelo que constatamos, este distanciamento pode estar relacionado aos interesses estratégicos que ambos os países mantêm em África.

Portanto, antes de apontar possíveis formas de resolução deste impasse, considera-se importante indagar junto dos atores que dirigem as instituições do sector da Segurança, tanto do Brasil como de Portugal e Angola, por modo a compreender a forma como estes encaram a cooperação técnico-policial; interessa compreender até que ponto consideram pertinente o alargamento da referida cooperação aos demais países lusófonos; em que medida a consolidação e/ou reforço dos acordos de cooperação nestas áreas representam uma mais-valia para o reforço da segurança interna de cada um dos países e da comunidade lusófona no seu todo; quais são as perspetivas de médio e longo prazo para a cooperação técnico-policial lusófona; quais são os fatores que têm constituído dificuldade no reforço da cooperação neste âmbito; que mecanismos poderão ser acionados com vista resolver estes impasses; outros atores da sociedade que consideram pertinente serem envolvidos nesta cooperação.

Ao contrário de autores como Moreira[24], que tendem a privilegiar abordagens do tipo históricas na compreensão do fenómeno da cooperação lusófona, tencionamos abordar a cooperação técnico-policial entre os países lusófonos, em especial, entre Angola, Brasil e Portugal, do ponto de vista da Sociologia pragmática. Partimos do pressuposto que o reforço dos acordos de cooperação técnico-policial entre os países em análise poderá ser melhor entendido através da análise dos dispositivos de formalização de compromissos entre atores e organizações com julgamentos distintos, no que concerne à cooperação. Na verdade, parece-nos que as instituições com responsabilidades na regulação destes sectores, seja a nível micro ou macro, ainda não conseguiram encontrar uma forma de manter atores com diferentes lógicas de julgamento, articulados sob um mesmo princípio superior comum.

23 MOREIRA, Adriano — Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Cooperação. Lisboa: Almedina, 2001.
24 MOREIRA, Adriano — Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Cooperação. Lisboa: Almedina, 2001.

De acordo com Boltanski e Thèvenot[25], a ausência de consensos dificulta o sucesso de qualquer iniciativa. Com vista comprovar esta nossa hipótese, procurou-se compreender, através das entrevistas exploratórias que realizamos aos atores do segmento diplomático, técnico-estratégico e operacional do sector da Segurança, procurando depreender em que estádio de desenvolvimento se encontram os países lusófonos no domínio da cooperação técnico-policial e em que medida os atores consideram pertinentes estes acordos de cooperação.

IV. Enquadramento metodológico: Metodologia de análise compreensiva

Baseamo-nos na metodologia de análise compreensiva para desenvolver o presente estudo, dando um especial enfoque à análise dos processos de julgamento realizados em situações de controvérsia pública, tal como aos moldes de formalização de consensos com base em Boltanski e Thèvenot[26].

A teoria proposta por estes autores apresenta a mais-valia de propor um modelo de análise às diferentes lógicas de julgamento. Baseando-se em autores ligados à Filosofia e à Filosofia Política, tais como Santo Agostinho, Adam Smith e Tomas Hobes, estes autores chegaram à conclusão de que os atores tendem a invocar princípios superiores de bem-comum, na argumentação expressa na arena pública, pelo facto de terem consciência de que os argumentos para se legitimarem precisam de invocar valores socialmente aceites em termos de generalidade.

Partimos do pressuposto que os atores se valem de diferentes lógicas para formularem o julgamento que apresentam no espaço público e que os dispositivos que estes acionam não se devem ao acaso. Pelo contrário, resultam de um processo reflexivo que estes atores realizam com vista alcançarem a legitimação da lógica de ação que pretender defender.[27]

Neste sentido, o ator ocupa um papel crucial na formulação do julgamento. Portanto, vale-se do exercício da racionalidade crítica para formular o seu julgamento, não aderindo cegamente às estruturas. Em nosso entender, o ator dispõe de um conjunto de valores morais, os quais lhe permitem não só avaliar a própria ação como a ação dos outros com que se relaciona.[28]

25 BOLTANSKI, L.; THÉVENOT, L. — De La Justification. Les Économies de La Grandeur. Paris: Éditions Gallimard, 1991.
26 BOLTANSKI, L.; THÉVENOT, L. — De La Justification. Les Économies de La Grandeur. Paris: Éditions Gallimard, 1991.
27 BOLTANSKI, L.; THÉVENOT, L. — De La Justification. Les Économies de La Grandeur. Paris: Éditions Gallimard, 1991.
28 GIDDENS, Anthony — As Consequências da Modernidade. Oeiras: Editora Celta, 2005.

Com vista sustentar este modelo, pretendemos empregar as técnicas de análise qualitativa de dados, tanto na fase do levantamento como na fase do seu tratamento. A opção pelas técnicas de análise qualitativa pareceu-nos a mais adequada, pelo facto de pretenderemos analisar os documentos político-normativos da Segurança, tais como (Plano Nacional de Defesa e Estratégia de Defesa Nacional) e os relatórios das reuniões realizadas com os atores dos segmentos diplomático, estratégico e técnico-operacional destes sectores.

As técnicas a serem utilizadas na fase do levantamento de dados foram essencialmente a análise de conteúdo e a entrevista semi-estruturada, enquanto na fase do tratamento dos dados empregou-se a técnica da análise de conteúdo temática.

As entrevistas semi-diretivas foram realizadas a atores com funções de decisão nos segmentos diplomático, estratégico e técnico-operacional. Optou-se por esta técnica, em detrimento do questionário, pelo facto de nos permitir recolher o máximo de informação subjetiva da parte dos atores.[29]

Na fase do tratamento de dados, empregou-se essencialmente a técnica da análise de conteúdo temática. Selecionamos esta técnica, pelo facto de permitir a compreensão das categorias macro que compõem os sentidos atribuídos pelos atores à questão da cooperação na área da Segurança.[30]

A variedade de instituições e de atores contactados levou-nos a optar por uma técnica de abordagem denominada bola-de-neve, baseada sobretudo no índice da saturação das informações apreendidas. Esta técnica deixou de ser privilegiada quando as informações levantadas começaram a ser redundantes.

Sublinha-se que o segmento diplomático compreende as embaixadas dos países lusófonos com representação em Portugal. O segmento estratégico, por sua vez, compreende todos os gabinetes com responsabilidades no planeamento, coordenação e implementação de iniciativas no domínio da cooperação em Segurança entre países lusófonos. De uma forma sintetizada, poder-se-á dizer que o segmento técnico-operacional compreende as instituições com responsabilidades na operacionalização das medidas relacionadas com o reforço da cooperação em matéria de Segurança, propostas pelo segmento técnico-estratégico.

29 QUIVY, Raynond; CAMPENHOUDT, Luc Van — Manual de Investigação em Ciências Sociais. 2.ª ed. Lisboa: Gradiva, 1998.

30 QUIVY, Raynond; CAMPENHOUDT, Luc Van — Manual de Investigação em Ciências Sociais. 2.ª ed. Lisboa: Gradiva, 1998.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 59-77

V. Resultados da Investigação Empírica

Entre Março de 2010 e Fevereiro de 2011, realizamos cerca de 17 entrevistas semi-directivas, a atores com funções de decisão nos segmentos diplomático, estratégico e técnico-operacional no sector da Segurança de Angola, Brasil e Portugal.

Procuramos, através das entrevistas que realizamos, perceber qual o ponto de situação da cooperação lusófona na área técnico-policial entre aqueles países, de forma a complementar as informações que levantamos na análise dos Planos Nacionais de Defesa e dos Conceitos Estratégicos de Defesa Nacional do Brasil e de Portugal.

A partir das referidas entrevistas pudemos verificar que existem essencialmente dois modelos de cooperação técnico-policial no espaço lusófono. Ou seja, um modelo que está relacionado à cooperação estabelecida entre Portugal e Brasil e um outro modelo referente à cooperação consolidada entre Portugal e PALOP[31].

A cooperação técnico-policial existente entre Brasil e Portugal apresenta acordos formais e informais de cooperação, visto que se por um lado os acordos formais propiciam a realização de exercícios conjuntos, a externalização de competências técnicas especializadas e o intercâmbio de oficiais com vista a realização de formação, por outro lado, os acordos informais facilitam o intercâmbio de informações de elevado interesses às forças de segurança em áreas como ordem pública, tráfico de drogas, imigração ilegal, entre outras.

Já a cooperação técnico-policial existente entre Portugal e os PALOP fundamenta-se exclusivamente nos acordos formais de cooperação que são consolidados na área da formação. A par da formação, Portugal transfere para os PALOP, equipamentos e materiais para as respetivas forças de segurança, com vista elevar o nível de operacionalização e de eficiência destas.

Quanto ao futuro da(s) cooperação(es) consolidada(s) entre os países de expressão portuguesa na área técnico-policial, sublinha-se o facto da agenda do Ministério da Administração Interna de Portugal prever o reforço dos acordos de cooperação com o Brasil, principalmente em áreas como o combate à imigração ilegal e ao tráfico de drogas, a realização de exercícios conjuntos, o intercâmbio de experiências e boas práticas, além da assessoria técnica em manutenção de ordem pública em grandes eventos desportivos. Salienta-se ainda o facto da referida agenda prever o reforço dos acordos de cooperação na área da formação técnico-policial e da assessoria técnica com os países africanos de expressão portuguesa.

31 PALOP: Países de Língua Oficial Portuguesa.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 59-77

Considerações Finais

A investigação realizada demonstrou que, em termos de dimensão e eficácia, a cooperação entre os países lusófonos, embora tenha raízes de natureza histórica, está longe de ser consensual. Alguns autores e atores entrevistados salientaram que a cooperação no espaço lusófono tem encontrado alguns entraves, entre os quais se sublinha a predominância dos interesses nacionais em detrimentos do interesses do coletivo destes países.

Associada a esta problemática de diferenças de visão e nível de ambição, acresce ainda o desnivelamento económico, institucional e científico entre os países da CPLP. O não terem sido ainda criadas estruturas comuns direcionadas para apoiar a cooperação técnico-policial entre os países lusófonos, releva como uma dificuldade adicional.

Conforme se pode constatar, os atores do sector da Segurança formularam os julgamentos relativos à cooperação técnico-policial, com base em princípios distintos quando foram confrontados. A ausência de consensos parece não se restringir apenas ao nível dos julgamentos. Pudemos igualmente constatar que os atores invocaram diferentes dispositivos de prova com vista suportarem às lógicas de justificação apresentadas relacionadas ao reforço da cooperação. Em nosso entender, os atores da Segurança demonstraram uma plasticidade incrível no que concerne à construção de lógicas de julgamento, as quais vale a pena serem exploradas.

Embora consideremos relevantes as abordagens históricas e institucionais em que muitos autores enquadraram a cooperação, tencionamos enquadrar o nosso estudo na crise do sistema capitalista e nas alterações do Estado-Providência. As alterações ocorridas no interior do sistema capitalista têm pressionando cada vez mais os atores a justificarem a sua ação individual com base em princípios de bem comum. Neste sentido, acreditamos fazer sentido analisar a forma como os atores do sector da Segurança procuram fundamentar as suas práticas em princípios socialmente aceites do ponto de vista da generalidade, ou seja, do bem comum, com vista obterem a necessária legitimação.

Por fim, acreditamos que a compreensão dos processos de julgamento que os atores realizam nos sectores da Segurança e da Defesa, constitui um laboratório privilegiado para compreendermos as transformações que vêm ocorrendo no interior do sistema capitalista de Estado-Providência.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 59-77

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOLTANSKI, L.; CHIAPELLO, E. — O Novo Espírito do Capitalismo. 1.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BOLTANSKI, L.; THÉVENOT, L. — De La Justification. Les Économies de La Grandeur. Paris: Éditions Gallimard, 1991.

CPLP — Construindo a Comunidade. Europress: Lisboa, 2008.

EWALT, Jo Ann G. — Theories of Governance and New Public Management: Links to Understanding Welfare Policy Implementation. Eastern Kentuchky University. Newark, 2001.

GIDDENS, Anthony — As Consequências da Modernidade. Oeiras: Editora Celta, 2005.

MOREIRA, Adriano — Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Cooperação. Lisboa: Almedina, 2001.

QUIVY, Raynond; CAMPENHOUDT, Luc Van — Manual de Investigação em Ciências Sociais. 2.ª ed. Lisboa: Gradiva, 1998.

SILVESTRE, Hugo Marco C.; ARAÚJO, Joaquim Filipe F. E. — A gestão por Resultados no Sector Público: O caso dos Hospitais EPE, 2005. [Consultado em: Março de 2019]. Disponível em: https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/515/4/605.pdf.

TRIGILIA, Carlo — Economic Sociology: State, Market, and Society in Modern Capitalism. Oxford: Blackwell Publishers, 2002.

VENTURA, Elvira — Estudo da Responsabilidade Social no Campo das Organizações Bancárias. EBAPE (Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas). Tese apresentada à EBAPE para a obtenção do grau de doutor, 2005.

Da inversão do paradigma teórico-prático até a atual concepção da paz como requisito vital para o pleno desfrute dos direitos humanos em igualdade

The reversal of the theoretical-practical paradigm for the current conception of peace as a vital requirement for the full enjoyment of all human rights by all

ALEX SANDER XAVIER PIRES[1]
asxpires@gmail.com

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XX · 1st January Janeiro – 30TH June Junho 2019 · pp. 78-98
URI: http://hdl.handle.net/11144/4292 DOI: http://doi.org/10.26619/2184-1845.XX.1.4
Submitted on April 17th, 2019 · Accepted on May 28th, 2019
Submetido em 17 de Abril, 2019 · Aceite a 28 de Maio, 2019

RESUMO Passado um século desde a assinatura do Tratado de Versalhes e pouco mais de setenta anos da aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, muito se questiona qual o tratamento científico a ser dispensado a paz, uma vez que não mais se aceita a simples oposição a guerra, menos ainda quando analisada no impreciso contexto de valoração pela justiça. Assim, pretende-se apresentar o atual sistema no âmbito das Nações Unidas voltado a reta missão de formação de uma consciência humana, enquanto amadurecimento moral, de que a paz, para além da cessação de todas as hostilidades, indica um estado permanente, universal e perpétuo, que deve acompanhar os seres humanos nas relações entre si.

PALAVRAS-CHAVE Paz. Cultura de Paz. Direito à Paz. Maturidade moral.

ABSTRACT After a century since the Treaty of Versailles and just over seventy years after the adoption of the Universal Declaration of Human Rights, much is being asked about the

1 Pós-Doutor em Direito (Portugal), Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (Argentina), Doutor em Ciência Política (Brasil). Fundador do Projeto *Pensar a Justiça*. Professor universitário – Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Investigador no Centro de Investigação Ratio Legis/UAL. Secretário-Geral do ECII – Ethical & Compliance International Institute. Colaborador no Centro de Investigação CEDIS/UNL. Advogado.

scientific treatment about the peace, nowadays there is not accepted the only treatment as the opposition against the war, neither by the imprecise concept of the justice. Thus, this text intends to present the current system within the framework of the United Nations aimed at the formation of a human conscience, while moral maturity, that peace indicates a permanent, universal and perpetual sense, beyond the cessation of all hostilities, which must accompany human beings in their relations with one another.

KEYWORDS Peace. Culture of Peace. Right to Peace. Moral maturity.

I. Introdução

O ano de 2019 é emblemático para [re]discussão dos elementos constitutivos da paz num mundo que anseia por fraternidade, e para reconstrução das bases normativas que justificaram ideologicamente a inversão do eixo constitucional para que os Estados passassem a adotar políticas, públicas e de relações internacionais de cooperação, dedicadas ao favorecimento do acesso dos indivíduos aos bens sociais, especialmente os primários – aqui reconhecidos aqueles garantidos pelas liberdades fundamentais, indutivos dos consequentes direitos em responsabilidade que lhes são imanentes.

O momento é oportuno porque traz à reflexão, na era da "constituição dos modernos", inúmeros fatos históricos intimamente relacionados com a construção ou manutenção da paz no âmbito da humanização das relações, reconstrução das relações de poder e concepção normativa de garantias assentadas na restrição de direitos em oposição a deveres, como se observa nos 360 anos do *Traité de Paix des Pyrénées*[2] (1659), 330 anos da *English Bill of Rights*[3] (1689), 230 anos da *Déclaration de Droit de l'Homme et du Citoyen*[4] (1789), 230 anos da *U.S. Bill of Rights*[5] (1789), e pouco mais de 70 anos da *Universal Declaration of Human Rights*[6] (1948).

2 Documento integrante do sistema denominado "Paz de Vestfália". Disponível em: <http://mjp.univ-perp.fr/traites/1659pyrenees.htm >, último acesso em 28/05/2019.

3 Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp>, último acesso em 28/05/2019.

4 Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>, último acesso em 28/05/2019.

5 As dez primeiras *Amendments* compõem a *U.S. Bill of Rights* – disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/rights1.asp#1>, último acesso em 28/05/2019 –, e foram concebidas no âmbito do Primeiro Congresso como consta da Resolução de 4 de março de 1789 – disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/resolu02.asp>, último acesso em 28/05/2019.

6 Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>, último acesso em 28/05/2019.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

Longe de constituir apenas memória histórica, estes documentos, dentre tantos, inspiram e renovam o fenômeno contemporâneo de fortalecimento da paz como propósito dos povos e dos Estados em comunidade internacional desde a centenária marca de cem anos posta pelo Tratado de Versalhes[7] e, mais proximamente, com a concepção de um sistema tendente a firmar a paz enquanto direito fundamental no âmbito interno dos constitucionalismos, e universal com força de requisito vital para o pleno desfrute dos direitos humanos em igualdade para todos, como se depreende da Agenda sobre a paz da Assembleia Geral das Nações Unidas no 73.º Período de Sessões.

A dita Agenda sobre a paz e o movimento de elevação da paz ao nível de direito fundamental também é fruto de movimentos históricos alinhavados para reconstruir os fundamentos teóricos e, principalmente, induzir na mente humana o sentimento de que a paz é muito mais que a simples oposição a guerra e vai além da mera cessação das hostilidades, o que se percebe desde a criação da Carta das Nações Unidas que, ao deflagrar o sistema de direitos humanos, assentou as bases para formulação da cultura de paz indutiva do novo sentimento.

A nova formulação do sentimento de paz basilar da cultura de paz pode ser lida, portanto, desde a Carta das Nações Unidas quando a paz foi alçada a Propósito [*rectius*, objetivo a ser alcançado em conjunto com a segurança, ambas em nível internacional] e pela universalidade de direitos imanentes aos indivíduos e oponíveis a todos, principalmente aos Estados, nos limites da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Neste sentido, há 69 anos, em 1950, foi aprovada a Resolução referente ao programa de 20-anos para alcançar a paz através das Nações Unidas (A/RES/5/494), o que deflagrou uma onda de Declarações sobre o sistema de paz, dentre os quais a Declaração sobre a preparação das sociedades para viver em paz (A/RES/33/73), a Declaração dos direitos dos povos à paz (A/RES/39/11), a Declaração – e o Programa de ação – sobre a cultura de paz (A/RES/53/243), e a Declaração sobre o Direito à paz (A/RES/71/189).

Assim, o presente texto pretende apresentar os quatro passos do sistema de paz das Nações Unidas, partindo da inversão do paradigma teórico-prático concebido no âmbito da "constituição dos modernos" até a atual concepção da paz como requisito vital para o pleno desfrute dos direitos humanos em igualdade para todos.

7 O Tratado de Versalhes, aqui referido, é tratado de paz firmado com a Alemanha em vias de por termo à Primeira Guerra Mundial. Disponível em: <http://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>, último acesso em 28/05/2019.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

II. Teorizando um paradigma

No âmbito das discussões sobre a limitação do poder político e da garantia de acesso a direitos oponíveis a deveres[8] traço característico[9] da constituição dos modernos[10], desde o século XVII (para não se ir muito longe na História da humanidade), observa-se a reconfiguração[11] da tensa dualidade polarizada entre vícios e virtudes numa concepção entre bem e mal, bom e mau, justo e injusto, em que a paz é concebida como o oposto a guerra em

8 "[...] os modernos formalizaram de maneira extrema a problemática da forma de governo, resolvendo-a finalmente por uma técnica de atribuição de competências baseada no pressuposto que a questão do governo se exaure totalmente no plano das relações dos poderes públicos – por exemplo, no positivismo do século XIX, entre os órgãos do Estado –, considerados distintos e separados das forças sociais, dos conflitos e dos equilíbrios sociais"; tradução livre e pessoal de: "[...] los modernos han formalizado de manera extrema la problemática de la forma de gobierno, resolviéndola finalmente en una técnica de atribución de competencias, basada en el presupuesto de que la cuestión del gobierno se agota totalmente en el plano de las relaciones entre los poderes públicos – por ejemplo, en el positivismo decimonónico, entre los órganos del Estado –, tornados como distintos y separados de las fuerzas sociales, de los conflictos y de los equilibrios sociales" (FIORAVANTI, Maurizio – Constitución: De la Antigüedad a Nuestros Días. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 16).

9 Reconhece-se que existem tantos constitucionalismos quanto são os estados constitucionais, de sorte que o historicismo construído por detrás das ordens constitucionais de cada Estado soberano marca as características individuais de cada sistema. No entanto, desde a Magna Carta Inglesa, no século XIII, observa-se a instauração de sistemas, cada um a seu tempo, com características comuns de limitação do poder político na Constituição e garantia de direitos com a respectiva oposição de deveres, inclusive contra o próprio Estado.

10 A opção pelo assentamento teórico-cronológico concebido pela "constituição dos modernos" traz a colação a construção de Maurizio Fioravanti que distribui a leitura constitucional em três fases: a constituição dos antigos, a constituição feudal e a constituição dos modernos, em que, esta, "caracteriza-se pela força jurídica debruçada sobre a concessão de direitos antepostos a deveres, bem como a regulamentação da separação dos poderes, arquitetados para fins de limitação da soberania e de estruturação e equilíbrio do Estado" (PIRES, Alex Sander Xavier; TRINDADE, Carla Dolezel; FILHO, Simão Aznar – Constitucionalismo Luso-Brasileiro: leitura normativa no âmbito do domínio da lei e da humanização das relações. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2017, p. 21), como se depreende de: "[...] Não há que se falar, como óbvio, da existência de uma constituição efetiva [dos antigos], senão daquela constituição que continuamente é invocada pelos antigos como *politeia* o como *res publica*, ou seja, como critério de ordem e de medida das árduas relações políticas e sociais de seu tempo. Neste sentido, e sobre este plano, não há dúvida que existiu uma constituição dos antigos. Tal constituição obviamente não tem relação alguma com a constituição dos modernos. Os antigos não tinham nenhuma <<soberania>> que limitar, nem, ademais, tinham pensado na constituição como norma, a norma que em tempo moderno seria chamada a separar os poderes e a garantir os direitos. Eles pensavam mais na constituição como uma exigência a satisfazer, como um ideal – ao mesmo tempo ético e político – a perseguir, que se fazia ainda mais forte – como vimos – nas fases de crises mais intensa, de mais clara separação política e social, como no caso da decadência da *polis* grega ou da mesma *res publica* romana"; tradução livre e pessoal de: "[...] No ya, como es obvio, de la constitución que existió efectivamente, sino de aquella constitución que continuamente es invocada por los antiguos como politeia o como res publica, es decir, como criterio de orden y de medida de las arduas relaciones políticas y sociales de su tiempo. En este sentido, y sobre este plano, no hay duda de que existió una constitución de los antiguos. Tal constitución obviamente no tiene relación alguna con la constitución de los modernos. Los antiguos no tenían ninguna «soberanía» que limitar ni, sobre todo, habían pensado jamás en la constitución como norma, la norma que en el tiempo moderno sería llamada a separar los poderes y a garantizar los derechos. Ellos pensaban mas bien en la constitución como en una exigencia a satisfacer, como en un ideal – al mismo tiempo ético y político – a perseguir, que se hacía todavía mas fuerte –como hemos visto – en las fases de crisis mas intensa, de mas clara separación política y social, como en el caso de la decadencia de la polis griega o de la misma republica romana" (FIORAVANTI, Maurizio – Op. cit., p. 29).

11 No ambiente de direito natural, recupera-se a leitura dos clássicos tanto o racionalismo naturalista aristotélico (concebido principalmente na obra, "Ética à Nicômaco") como do estoicismo ciceroniano (presente no livro *De Officiis* – "Dos Deveres").

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

reminiscência ao exercício do direito de defesa numa leitura moderada pela questão: é a guerra justa?

Dentre as várias vertentes, Hugo Grotius, numa leitura de direito natural justificado no direito divino de raiz cristã e no historicismo romano de transposição de premissas do *jus naturale* e do *jus ciuillis* para concepção do *jus voluntarium* que fundamentasse um "direito das nações", determinado pelo consentimento geral e pela lei da natureza[12], definiu a guerra como o estado dos indivíduos que eliminam [*rectius*, esvaziam] suas diferenças pela força considerada como tal[13], cuja origem adviria em última instância de *duellum* enquanto indicativo de desunião, a que a paz[14], ao contrário, induziria a união[15].

Grotius esclarece que não se preocupou em definir justiça, senão de identificar se alguma guerra seria justa, e qual guerra seria justa[16]. Portanto, a acepção de direito na expressão "direito da guerra" que forma o título da obra de 1625 – "Direito da Guerra e Direito da Paz" –, indica o interesse na investigação para saber se haveria alguma guerra justa, e, mais, o quê haveria de justo na guerra, de sorte que "direito é o que não é injusto", cujo sentido de injusto é "aquilo que é repugnante à natureza da sociedade de seres dotados de razão"[17].

A tensa oposição entre guerra e paz pelos olhos da justiça numa perspectiva de direito natural de raiz religiosa pode ser percebida nos Tratados de Paz de Vestefália, restritos[18] ao Tratado de Munster, de 31 de janeiro de 1648, firmado entre o Reino da Espanha e dos Estados-Gerais das Províncias Unidas dos Países Baixos; ao Tratado de Munster, de 24 de

12 HERSHEY, A. – History of International Law Since the Peace of Westphalia. In American Journal of International Law. Buffalo. ISSN 0002-9300. V. 6, N.º 1, 1912, p. 32.

13 Tradução livre e pessoal de: "[...] la guerre est l'état d'individus qui vident leurs différends par la force, considerés comme tels [...]" (GROTIUS, Hugo – Le Droit de la Guerre et de la Paix. Tradução ao francês: M. P. Pradier-Fodéré – Tomo I. Paris: Librairie de Guillaumin et Cie., 1867, p. 61).

14 Ao término do Livro III da obra, *Le Droit de la Guerre et de la Paix,* Grotius (1867, tomo III, p. 471) afirma que "Mas a paz feita, sob quaisquer condições, deve ser plenamente observada, por causa desta santidade de fé, da qual falamos, e devemos evitar com atenção, não apenas perfídia, mas também tudo o que irrita os espíritos", tradução livre e pessoal de: "Mais la paix faite, à quelques conditions que ce soit, doit être pleinement observée, à cause de cette sainteté de la foi, dont nous avons parlé, et l'on doit éviter avec vigilance, non-seulement la perfidie, mais aussi tout ce qui irrite les esprits".

15 GROTIUS, Hugo – Le Droit de la Guerre et de la Paix. Tradução ao francês: M. P. Pradier-Fodéré – Tomo I. Paris: Librairie de Guillaumin et Cie., 1867, p. 62.

16 GROTIUS, Hugo – Le Droit de la Guerre et de la Paix. Tradução ao francês: M. P. Pradier-Fodéré – Tomo I. Paris: Librairie de Guillaumin et Cie., 1867, p. 62.

17 Inspiração em: "Car le mot droit ne signifie autre chose ici que ce qui est juste, et cela dans un sens plutôt négatif qu'affirmatif, de sorte que le droit est ce qui n'est pas injuste. Or, ce qui est injuste c'est ce qui répugne à la nature de la société des êtres doués de raison" (GROTIUS, Hugo – Le Droit de la Guerre et de la Paix. Tradução ao francês: M. P. Pradier-Fodéré – Tomo I. Paris: Librairie de Guillaumin et Cie., 1867, p. 62).

18 A dita restrição se refere, em função da natureza exemplificativa dos tratados, aos instrumentos firmados em 1648, excluindo-se qualquer outro por mais importante que seja, como é o caso do Tratados dos Pirineus firmado em 07 de novembro de 1659 entre o Reino da França e o Reino de Espanha (Disponível em: <http://mjp.univ-perp.fr/traites/1659pyrenees.htm>, último acesso em 30/05/2019).

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

outubro de 1648, assinado entre o Sacro Império Romano Germânico e o Reino da França; e ao o Tratado de Osnabruck, de 24 de outubro de 1648, realizado entre o Sacro Império Romano Germânico e o Reino da Suécia

Neste sentido, o Tratado de Munster (31/01/1648) determinou o fim da longa e sangrenta guerra entre o Reino da Espanha e dos Estados-Gerais das Províncias Unidas dos Países Baixos por inspiração da compaixão cristã e desejo de expungir as calamidades públicas, danos, inconvenientes e perigos advindos dos atos hostis, dando lugar aos efeitos muito agradáveis de uma boa e sincera pacificação que permitisse, aos povos e aos Estados, pela Graça Divina, recuperar as ruínas e cessar a desordem, motivando-se uma paz perpétua que se pretendia fosse boa, firme, fiel e inviolável (preâmbulo, Art. I, e Art. II)[19].

Na mesma seara, o Tratado de Munster (24/10/1648) ao conceber a cessação da longa e cruel guerra entre o Sacro Império Romano Germânico e o Reino da França com seus aliados para instauração de uma paz cristã e universal ilustrada por uma amizade perpétua, sincera e verdadeira (preâmbulo, e Art. I)[20].

E, ainda, o Tratado de Osnabruck (24/10/1648) dedicado ao término da guerra dura e longa entre o Sacro Império Romano Germânico e o Reino da Suécia, possibilitado pela bondade divina e o engajamento racional na busca da paz que cessasse o derramamento de sangue cristão e a desolação de inúmeras províncias; paz, esta, que pretendia fosse cristã, universal e perpétua, ilustrada pela verdadeira e sincera amizade (preâmbulo, e Art. I)[21].

No século XVIII, Immanuel Kant, ao publicar o opúsculo "A paz perpétua: um projeto filosófico", põe em causa o direito da guerra sob os auspícios da justiça[22], tanto por não reconhecer uma coação externa oponível por um ente superior aos Estados lançados ao

19 Disponível em: <http://mjp.univ-perp.fr/traites/1648pb.htm>, último acesso em 30/05/2019.
20 Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp>, último acesso em 30/05/2019.
21 Disponível em: <http://mjp.univ-perp.fr/traites/1648osnabruck.htm>, último acesso em 30/05/2019.
22 Há, aqui, uma crítica direta a posição de Grotius: "Tendo em conta a maldade da natureza humana, que se pode ver às claras na livre relação dos povos (ao passo que no Estado legal-civil se oculta através da coacção do governo) é, sem dúvida, de admirar que a palavra *direito* não tenha ainda podido ser expulsa da política da guerra como pedante, e que nenhum Estado tenha ainda ousado manifestar-se publicamente a favor desta última opinião; pois persiste-se ainda a citar candidamente *Hugo Grócio*, *Pufendorf*, *Vatel* e outros (incômodos consoladores apenas!). Embora o seu código elaborado filosófica ou diplomaticamente não tenha a mínima força legal nem a possa também ter (pois os Estados enquanto tais não estão sob nenhuma coacção exterior comum) para a *justificação* de um ataque bélico, sem que exista um exemplo de que alguma vez um Estado tenha abandonado os seus propósitos em virtude dos argumentos reforçados com os testemunhos de tão importantes homens, esta homenagem que todos os Estados prestam ao conceito de direito (pelo menos, de palavra) mostra que se pode encontrar no homem uma disposição moral ainda mais profunda, se bem que dormente na altura, para se assenhoriar do princípio mau que nele reside (o que não pode negar) e para esperar isto também dos outros; pois, de outro modo, a palavra *direito* nunca viria à boca dos Estados que se querem guerrear entre si, a não ser para com ela praticarem a ironia como aquele príncipe gaulês, que afirmava: «A vantagem que a natureza deu ao forte sobre o fraco é que este deve obedecer àquele.»" (Kant, 2016, p. 144).

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

conflito[23], tanto por entender que o conceito de justiça é vago e posto unilateralmente pelo vencedor ao vencido nos amplos limites concebidos pela maldade humana[24].

A proposta kantiana, concebida sobre a ideia de que a paz "significa o fim de todas as hostilidades"[25], incita a instauração da federação da paz com a missão de "manter e garantir a paz de um Estado para si mesmo, e, ao mesmo tempo, a dos outros Estados federados, sem que estes devam por isso submeter-se a leis públicas e à sua coacção"[26], distinguindo-se, portanto, dos pactos de paz – especialmente os tratados – enquanto instrumento paliativos de cessação das guerras mas nunca do esgotamento do estado de guerra[27].

A ideia de formação de uma associação de Estados dedicada a cessação do estado de guerra e instauração de um estado de paz foi implementada na primeira parte do Tratado de Versalhes[28] que pôs fim as hostilidades da Primeira Guerra Mundial, com a criação da Liga das Nações, cuja finalidade era de promover a cooperação entre as nações e alcançar a paz e a segurança internacionais mediante: a) a aceitação de não recorrer à guerra; b) a assunção de relações abertas, retas e honradas entre as nações; c) a compreensão do direito internacional como a efetiva regra de conduta entre os governos; e, d) a manutenção da justiça e do respeito escrupuloso por todas as obrigações constantes do tratado nas relações dos povos organizados entre si.

III. Concepção moderna

A criação da Liga das Nações ao término da Primeira Guerra Mundial não foi suficiente para instaurar o estado de paz assentado na cessação permanente das hostilidades entre as nações, o que se percebe com o início da Segunda Guerra Mundial.

Neste âmbito, em 1941, pelas resoluções constantes do Acordo de St. James[29], percebe-se o recrudescer da ideia de associação dos Estados soberanos, agora sob a concepção de povos livres, para, reunidos e convergidos ao firme propósito de perseguir a paz duradoura mediante a cooperação voluntária entre si, combaterem a coação pela violência incluindo a ameaça de agressão assentando o estado de segurança, econômica e social, livre de ameaças,

23 KANT, Immanuel – A Paz Perpétua e Outros Opúsculos. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2016, p. 144.
24 Idem, p. 146.
25 Idem, p. 130.
26 Idem, p. 146.
27 "[...] dado que pelo tratado de paz se põe fim a uma guerra determinada, mas não ao estado de guerra (possibilidade de encontrar um novo pretexto para a guerra, a qual também não se pode declarar como justa, porque em tal situação cada um é juiz dos seus próprios assuntos)" (KANT, Immanuel – Op. cit., p. 145).
28 Disponível em: <http://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>, último acesso em 30/05/2019.
29 Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtjames.asp>, último acesso em 30/05/2019.

que, desde a Carta do Atlântico[30] deveria incidir sobre a redução da força bélica mediante políticas internacionais de desarmamento concebidas num sistema geral de segurança.

Com inspriação nos princípios da Carta do Atlântico[31], em 1942, publicou-se a Declaração pelas Nações Unidas em que os vinte e seis Estados signatários originários[32] comprometeram-se em somar esforços, militares e econômicos, em cooperação para por fim a guerra em vias de defender a vida, a liberdade, a independência e a liberdade religiosa, bem como preservar os direitos humanos e a justiça, para si e para os demais territórios.

A Declaração pelas Nações Unidas levou à Declaração de Moscou sobre a segurança geral[33] reconhecendo a necessidade de, rápida e ordenadamente, acabar com a guerra e instaurar a paz com o mínimo de dispêndio possível de recursos humanos e econômicos, e, desde então, estabelecer e manter a paz e a segurança internacionais.

Para tanto, dever-se-ia estabelecer, o mais rapidamente possível, uma organização internacional geral aberta à participação de todos os Estados, grandes e pequenos, para a manutenção da paz e da segurança internacionais, com base no princípio da igualdade soberana de todos os Estados amantes da paz (art. 4º), que, desde a cessação das hostilidades da Segunda Guerra Mundial, deveriam atuar em cooperação mediante consultas, prévias e recíprocas, especialmente para re-estabelecimento do direito e da ordem (art. 5º), com restrição ao uso da força militar apenas para manutenção dos propósitos da segurança geral, mediante consulta aos demais Estados e em operação conjunta com a comunidade de nações (art. 6º), tendo em vista a aproximação de todos para regulamentação do uso de armamento (art. 7º).

A Declaração de Moscou sobre a segurança geral assentou as bases para as Conversas de Dumbarton Oaks[34], ocorridas em 1944, que convergiu a apresentação da Proposta para Estabelecimento da Organização Internacional Geral a ser denominada de Nações Unidas e regulamentada por sua Carta própria baseada nos firmes propósitos da persecução da paz e da segurança internacionais possível pela instauração de mecanismos que afastassem as ameaças de agressão e outros expedientes contra a paz mediante a concepção de meios pacíficos e ajustados para solução das disputas entre os Estados, bem como o desenvolvi-

30 Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/wwii/atlantic.asp>, último acesso em 30/05/2019.
31 Disponível em: <https://www.unmultimedia.org/searchers/yearbook/page.jsp?volume=1946-47&page=36&searchType=advanced>, último acesso em 30/05/2019.
32 Até 1945 aderiram mais vinte e um Estados.
33 Disponível em: <https://www.unmultimedia.org/searchers/yearbook/page.jsp?volume=1946-47&page=38>, último acesso em 30/05/2019.
34 Disponível em: <https://www.unmultimedia.org/searchers/yearbook/page.jsp?volume=1946-47&page=39&searchType=advanced>, último acesso em 30/05/2019.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

mento de relações amigáveis entre as nações que favorecesse o fortalecimento de uma paz universal.

As Conversas de Dumbarton Oaks foram sucedidas pelo Acordo de Yalta[35] que, para além de resolver a questão do procedimento de votação e confirmação da decisão de estabelecimento breve da organização internacional geral para instauração e manutenção da paz e da segurança internacionais, reafirmou a necessidade de colaboração estreita e contínua de todos os povos amantes da paz, tanto para impedir a agressão como para eliminar as causas políticas, econômicas e sociais da guerra.

IV. Carta das Nações Unidas: fundamentos, propósitos e princípios inspiradores do sistema de paz

Em 26 de junho de 1945, como conclusão da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional (Conferência de *San Francisco*), foi assinada a *Charter of the United Nations* (Carta das Nações Unidas[36]), composta por cento e onze artigos distribuídos em dezenove capítulos, cuja vigência se deu a partir de 24 de outubro de 1945; a que se integra o Estatuto da Corte Internacional de Justiça com setenta artigos sistematizados em cinco capítulos.

O Preâmbulo da Carta inicia por reconhecer o paradigma humanitário e associativo quando trás ao debate a reunião de povos – não de Estados em relação fenomenológica de poder – com o fim uníssono de manutenção da paz e da segurança internacionais que obstassem novas guerras de proporções mundiais, num ambiente de confiança nos direitos fundamentais, na igualdade ampla e irrestrita entre todos, na dignidade e no valor, sempre centrados no ser humano, independentemente da nação em que estivesse.

Por esta orientação, a Carta das Nações Unidas determina como finalidade: a) preservação das gerações futuras do flagelo da guerra; b) reafirmação dos direitos fundamentais, da dignidade do ser humano, e da igualdade de direitos[37]; c) estabelecimento de condições para a concretização da justiça, e de bases para o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional; e, d) promoção, inspirada pelo princípio da liberdade mais ampla, para o progresso social, e para melhores condições de vida.

Outrossim, são mecanismos antevistos na Carta para consecução destas finalidades: a) prática da tolerância; b) convívio em paz por inspiração das práticas de boa vizinhança;

35 Disponível em: <https://www.unmultimedia.org/searchers/yearbook/page.jsp?volume=1946-47&page=44&searchType=advanced>, último acesso em 30/05/2019.

36 Disponível em: <http://dag.un.org/bitstream/handle/11176/387353/PORTUGUESE-1976.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, último acesso em 30/05/2019.

37 Igualdade de direitos, tanto dos homens entre si (leia-se, também, entre homens e mulheres), como das nações, grandes e pequenas.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

c) busca da manutenção da paz; d) persecução da segurança internacional; e) reconhecimento, em nível de garantia, de uso consciente e limitado das forças armadas; e, f) emprego de mecanismos internacionais para promoção do progresso econômico e social de todos os povos.

No âmbito dos propósitos, determina a Carta das Nações Unidas: a) a manutenção da paz e da segurança, internacionais[38] (art. 1, 1, primeira parte); b) o desenvolvimento das relações amistosas entre as nações em vias de fortalecer a paz universal[39] (art. 1, 2, primeira parte); c) a consecução da cooperação internacional para resolução dos problemas de caráter econômico, social, cultural, ou humanitário (art. 1, 3, primeira parte); d) a consecução da cooperação internacional para promoção e estímulo do respeito aos direitos humanos para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (art. 1, 3, segunda parte); e) a consecução da cooperação internacional para promoção e estímulo do respeito às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (art. 1, 3, terceira parte); e, f) a assunção de "centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução" dos objetivos comuns (art. 1, 4).

Ademais, as Nações Unidas, além de coactar os Estados não Membros a observância dos preceitos para manutenção da paz e da segurança internacionais (art. 2, 6) e garantir a não intervenção ou a obrigação de submissão em assuntos concernentes aos interesses essencialmente da jurisdição dos Membros (art. 2, 7), prevê como princípios, sem prejuízo de outros: a) igualdade de todos os seus membros (art. 2, 1); b) boa-fé no cumprimento das obrigações assumidas no âmbito da Carta (art. 2, 2); c) resolução pacífica das controvérsias internacionais (art. 2,3); d) vedação a prática da ameaça, nas relações internacionais, entre Estados (art. 2, 4, primeira parte); e) vedação do uso da força "contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado" (art. 2, 4, segunda parte); f) vedação de práticas incompatíveis com os propósitos das Nações Unidas (art. 2, 4, *in fine*); g) prestação de assistência em qualquer ação tomada em função da Carta (art. 2, 5, primeira parte); e, h) abstenção de prestar auxílio a qualquer Estado que esteja sobre interferência, preventiva ou coercitiva, das Nações Unidas (art. 2, 5, *in fine*).

38 Para manutenção da paz e da segurança internacionais deve-se "tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz" (art. 1, 1, *in fine*)

39 Para o desenvolvimento das relações amistosas entre as nações em vias de fortalecer a paz universal, consignou-se o "respeito ao princípio da igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos", além de outras medidas apropriadas (art. 1, 1, *in fine*).

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

V. Sistema de paz e a Assembleia Geral das Nações Unidas[40] em quatro passos

Longe de encerrar o sistema de paz, a Carta das Nações Unidas deflagrou a árdua tarefa de formação da consciência individual possibilitada pelo amadurecimento moral baseado na constante e perpétua manutenção da paz e da segurança internacionais num ambiente de cooperação, diálogo e respeito, por seres humanos, povos, nações e Estados, cuja hercúlea missão em nível coletivo coube a Assembleia Geral.

Nesta seara, propõe-se a análise, em quatro passos, do sistema de paz das Nações Unidas concebido: a um, pelo assentamento das bases para a concepção do sistema com restrição temporal nos cinco primeiros períodos de sessões, mormente entre o terceiro e o quinto (A/RES/3/190; A/RES/3/217; A/RES/4/290; A/RES/5/377; A/RES/5/380; A/RES/5/381; e, A/RES/5/494); a dois, pela instauração da cultura de paz (A/RES/53/243; A/RES/33/73; e, A/RES/39/11); a três, pela declaração sobre o direito à paz (A/RES/71/189); e, a quatro, pela promoção da paz como requisito vital para o pleno desfrute dos direitos humanos para todos (A/RES/33/170).

A. 70 anos desde o início da concepção do sistema

A quebra do paradigma anterior impôs um período de adaptação ao novo sistema de paz introduzido pela Carta das Nações Unidas que alçara a paz e segurança internacionais ao nível de Propósito para toda a Humanidade, em nível de povos em coletividade de seres humanos e em igualdade, mas também por nações pequenas e grandes, e por representação política dos Estados (veja-se: ser humano, povo, nação e Estado). Assim, os cinco primeiros períodos de sessões da Assembleia Geral serviram a formação [*rectius*, adequação] das bases dos sistema de paz.

Importante passo foi dado no 3.º Período de Sessões da Assembleia Geral das Nações Unidas ocorrido entre 1948 e 1949, tanto pela A/RES/3/190[41] (Apelo às grandes potências para renovação dos esforços para compor suas diferenças e estabelecerem a paz definitiva) como pela A/RES/3/217[42] (Carta Internacional dos Direitos do Homem, que, introduziu, em cinco partes a Declaração Universal dos Direitos do Homem [A/RES/3/217(A)], o Direito de Petição [A/RES/3/217(B)], o Destino das Minorias [A/RES/3/217(C)], a Publicidade a ser dada a Decla-

40 A Assembleia Geral é um dos principais órgãos das Nações Unidas (Carta, art. 7) formada pela representação, com no máximo cinco representantes (Carta, art. 9, 2), de todos os membros (Carta, art. 9, 1), cuja regulamentação está prevista entre os artigos 9 e 22.

41 Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/190(III)>, último acesso em 30/05/2019.

42 Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)>, último acesso em 30/05/2019.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

ração Universal dos Direitos Humanos [A/RES/3/217(D)], e a Preparação de um Projeto de Pacto Relativo aos Direitos Humanos e das Medidas de Implementação [A/RES/3/217(E)]).

A A/RES/3/190, dentre outras disposições, preocupou-se em: a) criar a consciência para acabar definitivamente com as hostilidades da Segunda Guerra Mundial mediante a conclusão e início de cumprimento dos tratados de paz; b) perseguir os firmes propósitos de instauração da paz e da manutenção da segurança internacionais, instando as potências vencedoras a aplicarem, na prática, a deliberação aprovada em teoria; c) convocar os membros a resolução das diferenças e tensões no âmbito das Nações Unidas por ter como função principal, inspirada pela cooperação e pela ajuda mútua entre os povos e nações, a composição dos elementos que possam atentar contra a paz e a segurança; e, d) reafirmar, principalmente, a Declaração de Yalta e a Carta do Atlântico.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, no âmbito da Carta Internacional dos Direitos Humanos (A/RES/3/217) e restrita a paz, pende a reconhecer a dignidade humana e os direitos iguais e inalienáveis como fundamento da paz no mundo (Preâmbulo), além de aproximar à educação qualificada em nível de instrução[43] tendente a contribuir com a compreensão, a tolerância e a amizade entre as nações e seres humanos[44] (art. XXVI, 2).

O 4.º Período de Sessões da Assembleia Geral das Nações Unidas ocorrido entre 1949 e 1950 foi marcado pela A/RES/4/290[45] (Fundamentos da paz) que contém, dentre os treze dispositivos, a declaração do art. 1.º que se divide em quatro pontos: a um, determina a Carta das Nações Unidas como o Pacto de Paz mais solene da História; a dois, esclarece que a Carta das Nações Unidas estabelece os princípios básicos para a paz duradoura; a três, alerta que a desconsideração destes princípios é a principal responsável pela continuação da tensão internacional; e, a quatro, orienta que é urgentemente imprescindível que os Membros adotem os princípios, e sigam-nos, em respeito ao espírito de cooperação que norteia as relações no âmbito das Nações Unidas.

O 5.º Período de Sessões da Assembleia Geral das Nações Unidas ocorrido entre 1950 e 1951 caracterizou-se pela aprovação de quatro resoluções: A/RES/5/377[46] (Unindo[-nos] pela

43 "A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. (...)" (art. XXVI, 2, primeira parte).

44 Há, aqui, a ressalva que "a compreensão, a tolerância e a amizade" são tratadas no sentido de adoção "entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos" (art. XXVI, 2, segunda parte).

45 Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/290(IV)>, último acesso em 11/03/2019.

46 Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/377(V)>, último acesso em 12/03/2019.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

paz); A/RES/5/380[47] (Paz por ações); A/RES/5/381[48] (Condenação da propaganda contra a paz); e, A/RES/5/494[49] (Desenvolvimento do Programa de 20-anos para alcançar a paz através das Nações Unidas).

A A/RES/5/377 (Unindo[-nos] pela paz) distribui o tema em cinco partes em vias de assentar os dois primeiros propósitos da Carta das Nações Unidas[50]: a) ao considerar a difícil formação da unanimidade no Conselho de Segurança, propôs-se a Emenda a Regra de Procedimento da Assembleia Geral, acompanhada de duas "recomendações ao Conselho de Segurança"; b) propõe a criação da Comissão de Observação da Paz; c) convida cada Membro a analisar e determinar a possível disponibilização de recursos militares a serem postos a serviço das Nações Unidas; d) promove a criação do Comitê de Medidas Coletivas; e, e) renova o interesse no assentamento da consciência que a segurança e a paz definitiva dependem do cumprimento, por todos (principalmente os Membros do Conselho de Segurança), dos Princípios e Finalidades da Carta da Nações Unidas.

A A/RES/5/380 (Paz por ações), em sentido amplo, conclamou a comunidade internacional (Estados e Povos) a partir para ação na persecução da paz e da segurança, mediante o controle de alguns atos/fenômenos (item 2) e da consciência de não intervenção de um Estado em outro, tampouco de abusos no uso do poder público em seu próprio território (item 1).

A A/RES/5/381 (Condenação da propaganda contra a paz) reafirmou as Resoluções A/RES/2/110[51] (Medidas a serem tomadas contra a propaganda e os incitadores de uma nova guerra) e A/RES/4/290[52] (Fundamentos da paz), ao definir os atos vedados e o "sentido" do que vem a ser "propaganda contra a paz".

A A/RES/5/494 (Desenvolvimento do Programa de 20-anos para alcançar a paz através das Nações Unidas) conclama a elaboração do "Memorandum" pela paz de iniciativa do Secretário Geral.

47 Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/380(V)>, último acesso em 12/03/2019.
48 Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/381(V)>, último acesso em 12/03/2019.
49 Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/494(V)>, último acesso em 12/03/2019.
50 Lembra-se: manter a paz e a segurança internacionais baseadas nos princípios de justiça e de direito internacional; e, desenvolver as relações amistosas entre as nações com observância aos princípios dos direitos iguais e da autodeterminação dos povos.
51 Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/110(II)>, último acesso em 12/03/2019.
52 Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/290(IV)>, último acesso em 11/03/2019.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

B. 20 anos da Declaração sobre a Cultura de Paz

Por ocasião do 53.º Período de Sessões, em 1998/1999, aprovou-se a A/RES/53/243[53] tanto dedicada, na primeira parte, à Declaração sobre a Cultura de Paz como, na segunda, ao Programa de Ação sobre a Cultura de Paz, que partem da reafirmação da paz e da segurança internacionais como propósito e princípio das Nações Unidas, em nível de Carta, de Declaração Universal dos Direitos do Homem, e dos demais instrumentos que constituíam – e constituem – o sistema de proteção e instauração da paz, como, por exemplo, a Declaração sobre a Preparação das Sociedades para Viver em Paz (A/RES/33/73)[54], e a Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz (A/RES/39/11)[55].

Na Declaração sobre a preparação das sociedades para viver em paz (A/RES/33/73), foram consignados os seguintes princípios: a) todos, nações e seres humanos, têm o direito imanente de viver em paz, independentemente das particularidades (art. 1); b) o planejamento, a preparação ou o início de uma guerra de agressão[56] constituem crimes contra a paz e são proibidos pelo direito internacional (art. 2 c/c art. 5, 2 da Resolução n.º 29/3314); c) os Estados, de acordo com os propósitos e princípios das Nações Unidas, devem se abster de fazer propaganda a favor das guerras de agressão (art. 3); d) todo Estado, inspirado pela amizade, pelas práticas de boa vizinhança e independentemente de sua condição sócio-econômica particular, deve promover a cooperação, benéfica e equitativa, com outros Estados, nos planos político, econômico, social e cultural (art. 4); e) todo Estado deve respeitar o direito de todos os povos a autodeterminação, a independência, a igualdade, a soberania, a integridade territorial dos Estados e a inviolabilidade de suas fronteiras (art. 5); f) há que se eliminar a ameaça da corrida armamentista, ao mesmo tempo que se deve promover esforços para um desarmamento geral e completo, sob controle internacional (art. 6); g) todo Estado deve desestimular as manifestações e práticas de colonialismo, racismo, discriminação racial e *apartheid* (art. 7); e, h) todo Estado deve desestimular, igualmente, a promoção do ódio e do preconceito contra outros povos (art. 8).

A Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz (A/RES/39/11) registrou o discurso direto sobre a necessidade de se prevenir uma catástrofe nuclear mundial mediante o estabelecimento de uma paz duradoura em todo o planeta, em vias de se preservar a existência e a civilização humana. Assim, este instrumento determina que todos os povos têm o direito

53 Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/53/243>, último acesso em 30/05/2019.
54 Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/33/73>, último acesso em 30/05/2019.
55 Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/39/11>, último acesso em 30/05/2019.
56 Dentre outros dispositivos, a agressão que denota a guerra tem previsão no art. 3 da Resolução n.º 29/3314.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

sagrado à paz (art. 1), de igual modo que impõe a obrigação fundamental de todos os Estados garantirem este direito sagrado (art. 2), mediante a adoção de políticas públicas de eliminação da ameaça da guerra (especialmente a nuclear), da renúncia do uso da força nas relações internacionais, e da resolução pacífica das controvérsias de acordo com a Carta (art. 3).

Ademais, deu seguimento a A/RES/52/15[57] que proclamou o ano de 2000 como "ano internacional para a cultura de paz", e, também, a A/RES/53/25[58] que declarou o período de 2001-2010 como a "década para a cultura de paz e não-violência para as crianças do mundo".

Especificamente no âmbito da Declaração sobre uma Cultura de Paz acolhida na A/RES/53/243, de 06 de outubro de 1999, inspirada e possibilitada pelo término da guerra fria, reconhecem-se três assertivas: a primeira, as guerras nascem na mente dos seres humanos, de forma que é ali que se deve fortalecer a paz (premissa dantes declarada na Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura); a segunda, a percepção que a paz, mais do que a simples ausência de conflito, requer um processo positivo, dinâmico e participativo, de promoção do diálogo em vias de se buscar a solução negociada em um espírito de entendimento e cooperação de todos os atores; e, a terceira, a concreta necessidade de se perquirir a eliminação de todas as formas de discriminação e intolerância.

A justificar as assertivas, a Declaração assume que o sucesso na implementação da cultura de paz somente é possível pela disseminação de valores, atitudes, comportamentos, e estilos de vida dedicados exclusivamente ao fomento da paz entre as pessoas, os grupos e as nações (art. 2); sendo a educação, em todos os níveis e voltada a difusão dos direitos humanos, o meio fundamental para sua edificação (art. 4), enquanto todos devem se comprometer com o seu fortalecimento, ou seja, os governos têm a função primordial de promovê-la (art. 5), a sociedade civil tem o compromisso com o seu desenvolvimento pleno (art. 6), a grande mídia deve contribuir com a difusão da informação qualificada e educativa (art. 7), as Nações Unidas devem seguir com sua missão de desempenhar a função crítica conducente ao fortalecimento do movimento (art. 9), e os pais, professores, políticos, jornalistas, órgãos e grupos religiosos, intelectuais, todos os que realizem atividades científicas, filosóficas, criativas e artísticas, sanitaristas, humanitaristas, diretores de organizações governamentais e não governamentais, a quem assiste a função chave de promover a cultura de paz (art. 8).

57 Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/52/15>, último acesso em 30/05/2019.
58 Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/53/25>, último acesso em 30/05/2019.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

Outrossim, a cultura de paz, enquanto conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida se baseia: a) no respeito a vida, no fim da violência, na promoção da prática de não violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação (art. 1, a); b) no respeito aos princípios da soberania, da integridade territorial, da independência política dos Estados, e da não interferência nos assuntos eminentemente de jurisdição interna dos Estados (art. 1, b); c) no respeito irrestrito e na difusão dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 1, c); d) no compromisso com a solução pacífica de conflitos (art. 1, d); e) no esforço para satisfação das necessidades de desenvolvimento e proteção do meio-ambiente (art. 1, e); f) no respeito e promoção do direito ao desenvolvimento (art. 1, f); g) no respeito e difusão da igualdade de direitos e oportunidades, especialmente entre mulheres e homens (art. 1, g); h) no respeito e promoção do direito de todas as pessoas as liberdades de expressão, de opinião e de informação (art. 1, h); e, i) na adesão aos princípios de liberdade, justiça, democracia, tolerância, solidariedade, cooperação, pluralismo, diversidade cultural, diálogo e entendimento em todos os níveis da sociedade e entre as nações (art. 1, i).

C. Contemporaneidade: Declaração sobre o Direito à Paz

Firmadas as bases ideológicas com assento, dentre outros[59], na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, na Declaração e no Programa de Ação de Viena, na Preparação das Sociedades para Viver em Paz, na Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz, e na Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz; aprovou-se a Declaração sobre o Direito à Paz (A/RES/71/189[60]) concebida em sintéticos cinco artigos.

Sem prejuízo da concepção de todos – nações e seres humanos – terem o direito imanente de viver em paz, independentemente das particularidades (A/RES/33/73, art. 1), e que tal direito é sagrado (A/RES/39/11, art. 1), estendeu-se a interpretação para que acolhesse, também, o desfruto da paz, no sentido de promoção e proteção de todos os direitos humanos e o alcance do desenvolvimento pleno, para todos (A/RES/71/189, art. 1[61]); o que seria possível com o respeito, a aplicação e a promoção da igualdade e da não discriminação,

59 Por exemplo, a Declaração do Milênio (A/RES/55/2), a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (A/RES/70/1), o Documento Final da Cúpula Mundial 2005 (A/RES/60/1), A Declaração sobre os princípios de Direito Internacional, especialmente os referentes as relações de amizade e de cooperação entre os Estados (A/RES/25/2625), a Definição de Agressão (A/RES/29/3314), e a Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais (A/RES/25/1514).

60 Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/189>, último acesso em 30/05/2019.

61 "Artigo 1. Toda pessoa tem o direito de desfrutar da paz de modo que todos os direitos humanos sejam promovidos e protegidos e o desenvolvimento seja plenamente realizado"; tradução livre e pessoal de "Article 1. Everyone

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

da justiça e do estado de direito, e da garantia contra o medo e a miséria, sem prejuízo de outros direitos avocados no âmbito da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e de instrumentos internacionais e regionais sobre a temática (A/RES/71/189, art. 5[62]), alçados a condição de deveres oponíveis aos Estados (A/RES/71/189, art. 2[63]), extensível as Nações Unidas e as agências/órgãos especializados nos limites de suas competências, responsabilidades e atuações (A/RES/71/189, art. 3).

Para cumprimento do dever de garantir o desfruto da paz no ambiente dos direitos humanos e na persecução do pleno desenvolvimento, os Estados, as Nações Unidas e as agências/órgãos especializados devem adotar medidas sustentáveis e adequadas a consecução do múnus; de igual forma que se conclama ao apoio e à assistência das organizações internacionais, regionais, nacionais e locais, bem como à sociedade civil (A/RES/ 71/189, art. 3[64]). Em todos os casos a educação adequada e inspirada nos valores da tolerância, do diálogo, da cooperação e da solidariedade entre todos os seres humanos, deve servir de instrumento básico para a construção e fortalecimento do direito à paz (A/RES/71/189, art. 4[65]).

has the right to enjoy peace such that all human rights are promoted and protected and development is fully realized". Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/71/189>, último acesso em 20/04/2017.

62 "Artigo 2. Os Estados devem respeitar, implementar e promover a igualdade e a não-discriminação, a justiça e o Estado de Direito, e garantir o livramento do medo e da miséria como meio de construir a paz dentro das sociedades e entre elas"; tradução livre e pessoal de "Article 2. States should respect, implement and promote equality and non-discrimination, justice and the rule of law, and guarantee freedom from fear and want as a means to build peace within and between societies". Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/71/189>, último acesso em 20/04/2017.

63 "Artigo 5. Nenhuma disposição da presente Declaração será interpretada como contrária aos propósitos e princípios das Nações Unidas. As disposições incluídas na presente Declaração devem ser entendidas de acordo com a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os instrumentos internacionais e regionais relevantes ratificados pelos Estados"; tradução livre e pessoal de "Article 5. Nothing in the present Declaration shall be construed as being contrary to the purposes and principles of the United Nations. The provisions included in the present Declaration are to be understood in accordance with the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and relevant international and regional instruments ratified by States". Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/71/189>, último acesso em 20/04/2017.

64 "Artigo 3. Os Estados, as Nações Unidas e as agências especializadas devem adotar medidas adequadas e sustentáveis para implementar a presente Declaração, em particular a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. As organizações internacionais, regionais, nacionais e locais e a sociedade civil são encorajadas a apoiar e a ajudar na implementação da presente Declaração"; tradução livre e pessoal de "Article 3. States, the United Nations and specialized agencies should take appropriate sustainable measures to implement the present Declaration, in particular the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. International, regional, national and local organizations and civil society are encouraged to support and assist in the implementation of the present Declaration". Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/71/189>, último acesso em 20/04/2017.

65 "Artigo 4. As instituições internacionais e nacionais de educação para a paz devem ser promovidas a fim de fortalecer entre todos os seres humanos o espírito de tolerância, diálogo, cooperação e solidariedade. Para tal, a Universidade para a Paz deve contribuir para a grande tarefa universal de educar para a paz, através do ensino, da investigação, da formação pós-graduada e da difusão do conhecimento"; tradução livre e pessoal de "Article 4. International and national institutions of education for peace shall be promoted in order to strengthen among all human beings the spirit of tolerance, dialogue, cooperation and solidarity. To this end, the University for

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 78-98

D. Promoção da paz como requisito vital para o pleno desfrute dos direitos humanos para todos

Passados dois anos desde a Declaração sobre o Direito à Paz (A/RES/71/189), o 73.º Período de Sessões da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 17 de dezembro de 2018, deu por aprovada a A/RES/73/170[66] (Promoção da paz como requisito vital para o pleno desfrute dos direitos humanos para todos), o que o fez em doze disposições apoiadas em densa exposição preambular.

A dita exposição preambular, por agora, pode ser restringida a três justificativas: a um, do necessário cumprimento do objetivo de criar condições de estabilidade e bem-estar, indispensáveis às relações pacíficas e amistosas entre as nações, baseadas no respeito pelos princípios da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos; a dois, a concepção de que a vida sem guerra é o pré-requisito internacional primário para o bem-estar material, desenvolvimento e progresso dos países, bem como para a plena implementação dos direitos e liberdades humanas fundamentais proclamados pelas Nações Unidas; e, a três, a convergente observação de que a cooperação internacional no campo dos direitos humanos contribui para criar um ambiente internacional de paz e estabilidade.

Superadas as restritas justificativas, passa-se ao teor normativo, o que se faz conclamando à disseminação, à compreensão e ao respeito universal da Declaração sobre o Direito a Paz, a todas as associações, especialmente as que compõem o sistema das Nações Unidas (art. 1º), sob a renovação da ideia que todos os povos do planeta têm o sagrado direito à paz (art. 2º) em que a educação tem importância vital como instrumento para promoção deste fim (art. 10º), bem como que a preservação deste direito e o empenho em sua implementação constitui obrigação fundamental de todos os Estados (art. 3º).

Outrossim, em nível amplo de direitos humanos, concebe a paz como requisito vital para a promoção e a proteção de todos estes direitos em igualdade para todos (art. 4º), afirmando que todos os Estados devem promover o estabelecimento, a manutenção e o fortalecimento da paz e da segurança internacionais, e insistir na implementação de um sistema internacional baseado no respeito aos princípios consagrados na Carta e na promoção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, incluindo o direito ao desenvolvimento e o direito dos povos a autodeterminação (art. 7º), de igual modo reafirma o dever de todos os Estados, de acordo com os princípios da Carta, de utilizar meios pacíficos para

Peace should contribute to the great universal task of educating for peace by engaging in teaching, research, post-graduate training and dissemination of knowledge". Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/71/189>, último acesso em 20/04/2017.

66 Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/73/170>, último acesso em 30/05/2019.

resolver qualquer litígio que o envolva e cuja continuação seja suscetível de pôr em perigo a manutenção da paz e segurança internacionais, como requisito vital para a promoção e proteção de todos os direitos humanos de todos os seres humanos e de todos os povos (art. 9º). Para tanto, convida os Estados e os mecanismos e procedimentos relevantes dos direitos humanos das Nações Unidas a continuar atentos à importância da cooperação, compreensão e diálogo mútuos para assegurar a promoção e proteção de todos os direitos humanos (art. 11º).

No âmbito dos compromissos em sentido estrito, destaca que: a) o abismo sempre crescente que divide, ricos e pobres, mundos desenvolvido e em desenvolvimento, marca a maior ameaça a prosperidade global, a paz e segurança, e a estabilidade (art. 5º); b) a preservação e a promoção da paz exigem que as políticas dos Estados sejam direcionadas para a eliminação da ameaça de guerra, particularmente a guerra nuclear, a renúncia ao uso ou ameaça de uso da força nas relações internacionais e a resolução das disputas internacionais pelos meios pacíficos com base na Carta das Nações Unidas (art. 6º); e c) todos os Estados devem respeitar e pôr em prática os propósitos e princípios da Carta nas suas relações com outros Estados, independentemente do seu sistema político, econômico ou social e da sua dimensão, localização geográfica ou nível de desenvolvimento econômico (art. 8º).

Conclusões

A análise finda sobre a contemporaneidade do discurso normativo das Nações Unidas sobre os seus quatro passos do sistema de paz, partindo da inversão do paradigma teórico-prático concebido no âmbito da "constituição dos modernos" até a atual concepção da paz como requisito vital para o pleno desfrute dos direitos humanos em igualdade para todos, permite as seguintes conclusões:

1. Não mais se admite em tempos modernos a restrita acepção de paz como mero direito oposto à guerra, no sentido de compor uma dualidade tensa justificada numa matriz imprecisa como a justiça.
2. Outrossim, não se admite a restrição a simples cessação das hostilidades por se conceber que o estado de paz não encerra todo o interesse em constituir as sólidas bases da paz permanente, universal e constante.
3. Ao contrário, atualmente perquire-se incutir na consciência humana, como amadurecimento moral, a ideia de que a paz, para além da cessação de todas as hostilidades, indica um estado permanente, universal e perpétuo, que deve acompanhar os seres humanos nas relações entre si.

4. O dito amadurecimento moral consciente deve ser transposto em nível de Estados e reverberar para a colaboração estreita e contínua para eliminação definitiva das causas políticas, econômicas e sociais da guerra; e, porque não dizer, para encerrar quaisquer divergências e tensões mediante o diálogo e o respeito.
5. A colaboração internacional deve ser prestada em nível de seres humanos, povos, nações e Estados, por inspiração na rígida busca da paz e segurança para todos.
6. Incumbe às Nações Unidas, enquanto grande palco internacional para aproximação de povos e de Estados, promover a colaboração e, mais, a formação da "consciência pela paz"; e é o que se vê desde o terceiro até o septuagésimo terceiro Período de Sessões da Assembleia Geral.
7. Para o cumprimento desta missão, permite-se antever quatro passos para o fortalecimento do sistema de paz, desde a sua concepção (A/RES/3/190; A/RES/3/217; A/RES/4/290; A/RES/5/377; A/RES/5/380; A/RES/5/381; e, A/RES/5/494), passando pela Declaração sobre a Cultura de Paz (A/RES/53/243) que admite a Declaração sobre o Direito à Paz (A/RES/71/189) até desaguar na promoção da paz como requisito vital para o pleno desfrute dos direitos humanos para todos (A/RES/73/170).
8. No sistema, todos – seres humanos, povos, nações e Estados – têm o direito imanente de viver em paz independentemente das particularidades, sendo tal direito sagrado a incluir o próprio desfrute, no sentido de promoção e proteção de todos os direitos humanos e o alcance do desenvolvimento pleno, para todos.
9. A atual Agenda, no âmbito do 73.º Período de Sessões acresceu a premissa que todos têm o direito sagrado, a incluir o desfrute, de viver em paz independentemente das particularidades, a previsão que a sua preservação e o empenho na implementação constituem obrigação fundamental de todos os Estados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FIORAVANTI, Maurizio – Constitución: De la Antigüedad a Nuestros Días. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GROTIUS, Hugo – Le Droit de la Guerre et de la Paix. Tradução ao francês: M. P. Pradier-Fodéré – Tomo I. Paris: Librairie de Guillaumin et Cie., 1867.

GROTIUS, Hugo – Le Droit de la Guerre et de la Paix. Tradução ao francês: M. P. Pradier-Fodéré – Tomo III. Paris: Librairie de Guillaumin et Cie., 1867.

HERSHEY, A. – History of International Law Since the Peace of Westphalia. In American Journal of International Law. Buffalo. ISSN 0002-9300. V. 6, N.º 1, 1912, pp. 30-69.

KANT, Immanuel – A Paz Perpétua e Outros Opúsculos. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2016.

PIRES, Alex Sander Xavier – Cultura de Paz e Diálogo no Âmbito da Cooperação entre as Religiões na Contenção do Extremismo que leva ao Terrorismo. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS. Porto Alegre. ISSN 1678-5029. V. 12, N.º 2, 2017, pp. 73-88.

PIRES, Alex Sander Xavier – Fluxos migratórios forçados e cultura de paz: um contributo hipotético baseado na educação como pilar da democracia e na solução alternativa à crise do estado assistencialista. In Galileu – Revista de Direito e Economia. Lisboa. ISSN 2184-1845. V. XIX, N.º 1, 2018, p. 66-87.

PIRES, Alex Sander Xavier – O terrorismo no âmbito do Direito à Paz. Revista de Direito da ESA/Barra da Tijuca. Rio de Janeiro. ISSN 2558-2081. V. 1, Número especial, 2017, pp. 15-38.

PIRES, Alex Sander Xavier; TRINDADE, Carla Dolezel; FILHO, Simão Aznar – Constitucionalismo Luso-Brasileiro: leitura normativa no âmbito do domínio da lei e da humanização das relações. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2017.

Do Movimento de Securitização ao respeito pelo Princípio da não Discriminação – uma aproximação aos meios de tutela nacionais

From the securitization movement to the respect for the non-discrimination principle – an approach to the Portuguese legal remedies

INÊS FARINHA[1]
inesimoes@gmail.com

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XX · 1st January Janeiro – 30TH June Junho 2019 · pp. 99-121
URI: http://hdl.handle.net/11144/4293 DOI: http://doi.org/10.26619/2184-1845.XX.1.5
Submitted on February 13th, 2019 · Accepted on May 28th, 2019
Submetido em 13 de Fevereiro, 2019 · Aceite a 28 de Maio, 2019

RESUMO O recente movimento securitário que tem assolado a Europa, aliado especialmente aos fluxos migratórios instigados essencialmente por conflitos armados, tem feito recrudescer a preocupação pela proteção dos direitos fundamentais dos (i)migrantes e dos que buscam proteção ou refúgio junto da comunidade internacional, nomeadamente quanto ao respeito pelo princípio da não discriminação racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem. O clima de intolerância que vem marcando as sociedades hodiernas, fez com que os Estados, e, em particular o Estado Português, criassem nas suas legislações internas mecanismos de tutela a fim de debelar a disseminação de situações potenciadoras de discriminação racial. No caso português tal tutela encontra-se plasmada na lei, tanto de um ponto de vista administrativo quanto criminal.

PALAVRAS-CHAVE Securitização, migrações, não discriminação, direitos humanos, prática discriminatória, meios de tutela, contraordenação, crime.

ABSTRACT The most recent security movement which has spread throughout Europe, closely associated with the migration flows essentially triggered by armed conflicts, has been raising concern for the protection of human rights of both immigrant and refugees,

1 Doutoranda em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa. O presente trabalho foi elaborado no âmbito da unidade curricular do 1.º semestre do Curso de Doutoramento em Direito na Univ. Autónoma "Problemas Cerne da Ciência do Direito", subordinada ao tema "Análise crítica do processo de securitização das migrações e o desafio da regulação das migrações internacionais em conformidade com o respeito pelos Direitos Humanos", lecionada pela Professora Doutora Constança Urbano de Sousa.

who seek a new life alongside the international community, namely regarding the respect for the non-discrimination principle on the grounds of racial, ethnic, color, nationality, ancestry and territory of origin. The climate of intolerance surrounding today's societies has lead the Governments, in particular the Portuguese Government, to create in their national legislations legal remedies to cease the widespread of potential racial discrimination events. In Portugal, those legal remedies are foreseen by law, both from administrative and criminal perspectives.

KEYWORDS Securitization, migration, non-discrimination, human rights, discriminatory practice, legal remedies, administrative offence, crime.

I. Da atualidade do tema – notas introdutórias

"Ninguém é igual a ninguém. Todo o ser humano é um estranho ímpar".
Carlos Drummond de Andrade

Vivemos a era das migrações no seu esplendor.

Desde tempos remotos, o homem sempre sentiu a necessidade de desbravar este *admirável mundo novo*[2] transpondo fronteiras, essencialmente em busca de melhores condições de vida.

Nos últimos anos a Europa, à semelhança do resto do mundo, tem sido palco das maiores atrocidades humanas. Entre os anos de 2015 e 2016, a Europa viu chegar às suas portas um grande fluxo de migrantes e refugiados em busca de acolhimento, devido à instabilidade instigada, designadamente, pelo conflito armado nos seus países.

Hoje existem aproximadamente 65 milhões de pessoas deslocadas em todo o mundo, cerca de 40 milhões migram dentro dos seus próprios países em razão da guerra, pobreza ou perseguições políticas e cerca de 22,5 milhões são refugiadas.[3]

Na Europa, em particular desde a crise migratória de 2015, até ao início do ano de 2018, foram movimentadas, no âmbito dos dispositivos da recolocação e reinstalação mais de 33.000 pessoas, distribuídas por países como a Grécia, Itália e Turquia, sendo que o número não cessa de aumentar[4]. Pode mesmo afirmar-se que se tratará da maior crise humanitária desde o flagelo da II Guerra Mundial.

2 Fazendo aqui a alusão à obra de Aldous Huxley, "Admirável Mundo Novo".
3 Plataforma de Apoio aos Refugiados (Dados disponibilizados pelo ACNUR) [Consultado em: 16.01.2019]. Disponível em: http://www.refugiados.pt/a-crise-dos-refugiados/
4 Idem.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

Perante este cenário, urge trazer para o centro do debate, nomeadamente, do académico, (que aqui nos convoca redobrada atenção), o estudo de uma matéria que se encontra em permanente metamorfose.

É por isso mesmo que neste sentido nos propomos a traçar, o caminho nem sempre grato, de como em Portugal se tem vindo a lidar com a proteção dos direitos fundamentais dos migrantes, dando enfoque em especial, ao princípio da não discriminação, o qual, por via constitucional, se assume como lapidar e transversal ao problema.

Ao longo deste texto, que se pretende ensaístico, pretendemos centrar a nossa atenção, diríamos, redobrada, nos mecanismos que hoje em Portugal existem para proteger e dignificar o princípio da não discriminação no seio do fenómeno migratório.

Analisaremos o princípio da não discriminação, designadamente naquilo que são as características discriminatórias mais fortemente beliscadas, quando se trata de abordar a cena migratória – a origem racial e étnica, a cor de pele, a nacionalidade, a ascendência e o território de origem, trazendo à colação os instrumentos legais que estão ao dispor de qualquer cidadão que seja alvo de um tratamento desigual ou discriminatório.

Por outro lado, não nos poderíamos mostrar arredados da realidade que grassa paralelamente ao fenómeno migratório. O crescimento descontrolado de discursos de ódio, mormente nas redes e plataformas digitais ou o (re-)surgimento de fações políticas anti-imigração, têm propalado o retorno a ideários nacionalistas[5], o que poderá antecipar uma vaga securitária extremada, esvaziando os cânones valorativos ínsitos ao espaço europeu.

Cientes de que esta se mostra uma questão cerne do direito, que urge ser desmontada e analisada pelo óculo académico, aceitamos o desafio de contribuir para uma (des-) construção da realidade que nos acerca – a da securitização – não deixando de por outro lado construir novas visões sobre a base que pretendemos que permaneça – a da não discriminação.

II. A perceção da (i)migração – o impacto dos fluxos migratórios como uma pré-compreensão da securitização

Uma questão recorrente que se coloca quando abordamos o tema dos movimentos migratórios, embora admitamos não ser a única, é o da perceção tida acerca desses movimentos e dos impactos gerados na opinião pública.

5 Recorde-se, a título exemplificativo, que o partido político AfD "Alternativa para a Alemanha", que se iniciara como um partido com pouca expressividade política, conseguiu entrar no *Bundestag* (Parlamento Alemão) a partir do momento em que o seu *leit motiv* passou a ser o tema das migrações. No centro do seu discurso político estão, *inter alia*, a onda de críticas tecidas "à política de porta aberta" da Chanceler Angela Merkel.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

Na verdade, uma maior ou menor perceção que possa ser tida, conduz posteriormente à monitorização de outros fenómenos, de entre os quais, a perspetivação da questão migratória pelas sociedades, catalisador de eventuais pré-conceitos potenciadores de comportamentos discriminatórios.

De acordo com *European Social Survey,* em 2002 Portugal posicionava-se, juntamente com países como a França ou o Reino Unido, como sendo exemplo de onde decorre a perceção de que o número de imigrantes é mais elevado do que aquilo que efetivamente é. Tal tendência manteve-se, ou melhor, agravou-se mesmo, volvidos 12 anos. Em 2014, o hiato entre a perceção e a realidade ganhou mais expressão, pois se em 2002 a distância era de 15 pontos percentuais, em 2014 subiu para 17 pontos percentuais.[6]

Em face dos dados demonstrados, descortinar-se-á a importância que pode ser atribuída aos imigrantes no contexto nacional, face aos demais residentes.

Por referência ao ano de 2017, a importância relativa dos imigrantes em Portugal no total de residentes era apenas de 3,9%, vindo a assistir-se a um decréscimo da população estrangeira residente no país.[7]

Ainda assim, pese embora os resultados sobre as vantagens ou desvantagens da imigração não sejam lineares[8], a verdade é que em Portugal, pelo menos nos últimos vinte anos (essencialmente entre 2002 e 2016) se tem verificado uma melhoria na perceção do impacto que a imigração gera, quando associada a um fator de melhoria tendencial da qualidade de vida das populações.

Não podemos ainda perder do horizonte de análise as consequências que os próprios fluxos migratórios representam. Essa constatação, determinará o cruzamento com a matéria do sentimento securitário que adiante exploraremos com mais detalhe, pelo que não é despicienda a verificação dos números apurados quanto aos fluxos de entrada de estrangeiros[9].

6 OLIVEIRA REIS, Catarina (Coord.); GOMES, Natália – Indicadores de Integração de Imigrantes: Relatório Estatístico Anual. Lisboa: Alto Comissariado para as Migrações, 2018, p. 37.

7 Idem, p.41. Tal deve-se, segundo as autoras Catarina Reis Oliveira e Natália Gomes, devido ao saldo migratório negativo entre 2011 e 2016, ou seja, ao maior número de saídas do que de entradas. O saldo migratório negativo deveu-se à crise económica e financeira que assolou o país, tendo induzido a um efeito conjugado do abrandamento dos fluxos de entrada no país e do incremento dos fluxos de saída, atingindo-se o pico da quebra de entradas em 2012 (com apenas 14.606 entradas de imigrantes permanentes) e o pico das saídas do país em 2013 (com 53.786 saídas de emigrantes permanentes).

8 Idem, p.39. Dos países onde se destaca uma perceção positiva acerca do impacto da imigração salientam-se a Suécia, Dinamarca ou Irlanda, contrastando, por outro lado com países como a Hungria ou a República Checa, onde essa perceção resulta negativa.

9 GIL, Ana Rita – Imigração e Direitos Humanos. Lisboa: Petrony, 2017, p. 35. Para esta autora, "Etimologicamente, estrangeiro provém da palavra latina *extraneus,* de *extra,* que significa fora. Designa portanto o indivíduo – *extraneus* – que não é membro de uma determinada comunidade (...)".

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

Reportando-nos a uma realidade mais próxima, nomeadamente aos últimos três anos, o regime de entrada de estrangeiros conheceu, designadamente, ao nível legislativo, alterações expressivas que obtiveram refrações significativas nos movimentos de entrada. O regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, abrigado na Lei n.º 23/2007, de 4 de julho[10], tem vindo paulatinamente a albergar[11] estatutos de entrada diferenciados e cada vez mais próximos daquilo que vão sendo as necessidades de deslocação de pessoas de uns países para outros. *Inter alia*, poder-se-iam destacar as áreas da investigação científica ou as atividades profissionais, independentes ou dependentes que assumem um lugar de destaque nas últimas revisões legais.

Paralelamente há ainda que assinalar aquilo que pode ser chamada de "inversão da tendência" quanto aos fluxos de entrada no território nacional. É que se até 2016, a tendência tinha sido a de um maior fluxo de saída, devido nomeadamente aos efeitos arrasadores da crise económico-financeira sentida em Portugal, a partir daquele ano denota-se uma inflexão, o que se demonstrou pelo aumento dos vistos de residência atribuídos e também um aumento do número global de autorizações de residência, incrementando por sua vez o total de residentes estrangeiros.[12]

Há ainda a assinalar a partir daquele ano um acentuado aumento do número de pedidos de proteção internacional, quer quando se trate de concessão do estatuto de refugiado, quer quando se trate das autorizações de residência por razões humanitárias ou proteção subsidiária.

A título de exemplo, se no início da década, e especialmente até 2014, os números de pedidos de asilo não ultrapassavam as cinco centenas, esse número quintuplica em 2016, verificando-se em 2017 cerca de 1750 pedidos[13].

Relembremos ainda que a "crise dos refugiados", em especial desde a denominada crise do Verão de 2015 foram recolocadas cerca de 33.721 pessoas refugiadas, sendo que Portugal se disponibilizou para acolher 1.010 refugiados provindos da Turquia bem como de outros países terceiros.

10 A regulação legislativa neste particular, *rectius*, o da imigração conheceu estádios anteriores, assumindo especial relevância no período póstumo de adesão à União Europeia, que culminou em 1998, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de agosto, procedendo nomeadamente à transposição de diretivas e à adaptação a alguns dos passos dados no sentido da definição de uma política comum de imigração.

11 A Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, teve seis alterações desde a sua entrada em vigor: uma primeira em 2012, com a Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto, a segunda, com a Lei n.º 56/2015, de 23 de junho, a terceira com a Lei n.º 63/2015, de 30 de junho, a quarta com a Lei n.º 59/2017, de 31 de julho, a quinta com a Lei n.º 102/2017, de 28 de agosto e, por fim, a sexta com a Lei n.º 26/2018, de 5 de julho.

12 OLIVEIRA REIS, Catarina (Coord.); GOMES, Natália, Op. cit., p. 45.

13 Ibidem.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

De acordo com fontes oficiais[14], em 2016 chegaram à Europa 363.401 pessoas. Em janeiro de 2017, 5.483 pessoas chegaram por mar (4.292 a Itália e 1.192 às ilhas gregas), sendo que a grande maioria eram nigerianos e eritreus, em fuga do Líbano e da Jordânia devido à guerra civil e à falta de bens de primeira necessidade.

III. A onda securitária

O pós segunda guerra mundial deixou um legado de destruição um pouco por toda a Europa Ocidental. Foi neste período que a Europa viu chegar ao seu seio uma vaga migratória, sobretudo intraeuropeia, que tinha como fim operar à sua reconstrução.[15]

Em meados da década de 1970 do século passado, a crise provocada pelo petróleo e a sua subida de preço levaram a uma retração na política de atração migratória que até então se tinha verificado. Emergem assim as primeiras ondas protecionistas desencadeando nas décadas seguintes os movimentos de restrição de direitos dos cidadãos não membros da União Europeia.

Já na década de 1990, começaram a surgir restrições ao exercício da livre circulação que evoluiu mais tarde para fortes controlos migratórios com a criação de "zonas tampão", o que marcou uma política migratória com uma tónica repressiva e que desaguaria mais tarde no segundo pilar erigido por Maastricht – a política de segurança e defesa. O que, com o Tratado de Lisboa ficaria consolidado.

Com a vaga migratória os últimos dez anos, a União Europeia criou um verdadeiro arsenal tanto civil quanto militarizado para combater o fenómeno chamado de "internacionalização das ameaças externas e externalização das ameaças internas"[16].

Num permanente ir e vir de consensos quanto a estratégias e políticas de integração, verificou-se, diríamos, um endurecimento de medidas securitárias que imprimiu uma carga "nacionalista" e uma vaga do sentimento "anti-imigratório", levando a que alguns países tivessem mesmo construído muros[17] para evitar a entrada de imigrantes.

14 IOM, UN MIGRATION – Mediterranean Update: Migration Flows Europe: Arrivals and Fatalities (31 January 2017). [Consultado em: 17 de Janeiro de 2019]. Disponível em: https://www.iom.int/infographics/mediterranean-update-migration-flows-europe-arrivals-and-fatalities-31-january-2017

15 PADILLA, Beatriz; ORTIZ, Alejandra – Fluxos Migratórios em Portugal: Do *Boom* Migratório à desaceleração no contexto de crise. Balanços e desafios. In Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. Brasília. ISSN 1980-8585. N.º 39, A. XX, 2012, p. 159-184, p. 160. Recorreu-se a programas de trabalhadores convidados ou *guestworkers* que incluíram os países da Europa do Sul e de outras regiões como a Turquia e o norte de África, nomeadamente Marrocos.

16 Estes conceitos são-nos trazidos no texto da autoria de Ana Paula Brandão. BRANDÃO, Ana Paula – O nexo interno-externo na narrativa securitária da União Europeia. In Janus.Net e-journal of International Relations. Lisboa. e-ISSN 1647-7251. V. 6, N.º 1, 2015, p. 1-20.

17 A título de exemplo podem destacar-se os 175km de fronteira "muralhada" entre a Hungria e a Sérvia.

A juntar aos movimentos migratórios e à aparente pré-conceitualização do imigrante como, "o inimigo" ou o "terrorista", não se pode também olvidar a herança deixada por aqueles que foram os ataques terroristas dos últimos 20 anos. Nova Iorque, Londres ou Madrid, entre tantos outros, fizeram emergir novas conceções da política de segurança, *qua tale*, e redesenhar novos conceitos. E o que se seguiu não foi exatamente uma mudança para melhor.

Como bem aponta Manuel monteiro Guedes Valente[18] "as execuções levadas a cabo pelos jihadistas do Estado Islâmico são aptos a gerar a incerteza da insegurança em qualquer lugar e em qualquer minuto e promover a paneonomia emergente da teoria do perigo terrorista".

Assim, os horrores disseminados pela vaga dos sucessivos ataques, fizeram surtir uma ampla narrativa de "tolerância zero"[19], uma verdadeira caça ao homem, elevando o valor da segurança como bandeira sacrossanta da integridade do Estado.

Em Portugal como nos refere aquele autor[20], "a influência do fenómeno terrorista nas decisões político-criminais sobre as prioridades de intervenção e de investigação criminal, estão expressas nas leis de política criminal portuguesas conforme se pode ler nos fundamentos da Lei de Política Criminal para o biénio 2017-2019"[21].

Ora, tudo isto, e arriscaríamos a dizer, mas muito para além disto, encontra-se o aparecimento de novas correntes político-partidárias, que, à boleia dos acontecimentos foram tomando terreno, dando poder àquilo que a *vox populi* vem aplaudindo.

Tradicionalmente enraizada nas fações mais radicais à direita, tais forças políticas vêm subindo o seu tom de intervenção elevando a securitização a níveis de verdadeiro desvirtuamento do Estado de Direito, tal como o conhecemos.

Itália, Alemanha, Espanha, Suécia, Hungria são apenas alguns exemplos onde tais forças político-partidárias estão em franca expansão, adotando um discurso nacionalista e xenófobo sob o *leit motiv* da imigração como o centro da ação política e de corrida eleitoral.

Dos múltiplos exemplos que aqui podiam ser coligidos, recorde-se a atitude do governo dinamarquês, que num recente acordo com o partido de extrema-direita "Partido do Povo Dinamarquês" (DPP, sigla oficial), decidiu enviar "imigrantes indesejados" para uma ilha

18 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo. 2..ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 81.

19 Idem, pp. 86-87. A expressão faz parte como denota Manuel Guedes Valente de uma das três subespécies da tendência securitária, a par do "Movimento Lei e Ordem" e o "Estado Polícia".

20 RODRIGUES, Anabela Miranda – Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos. In *Liber Discipulorum* Jorge de Figueiredo Dias, *apud* VALENTE, Manuel, ob. cit., p. 91.

21 A Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto define os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2017-2019, em cumprimento da Lei n.º 17/2006, de 23 de maio, que aprova a Lei-Quadro da Política Criminal.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

remota, os quais tinham cometido crimes, mas não podiam voltar para os seus países de origem.[22]

O movimento securitário gera assim extremismos ideológicos e polvilha as correntes de pensamento dos governantes um pouco por toda a Europa. Para isto contribuem também muito as novas tecnologias, motor de difusão que se quer rápido e eficaz.

É neste cozinhado das correntes securitárias pós-modernas que emergem novas formas de disseminação de discursos de ódio, não sendo determinável a separação entre aquilo que é liberdade de expressão e ofensa à honra.

Donde, do que é possível constatar, sobretudo através das plataformas digitais, dando especialmente enfoque às redes sociais, o discurso de ódio[23] (*hate speech* na fórmula anglo-saxónica) tornou-se um lugar comum, com recurso recorrente à estereotipização de pré-conceitos, à propalação de convicções radicais, a juízos de valor que não raras vezes fazem associações desenquadradas daquilo que a realidade por vezes falece em mostrar.

IV. Os instrumentos legislativos nacionais e supranacionais

Face ao cenário que fomos traçando anteriormente, necessário é agora que se olhe a temática da não discriminação pelo óculo normativo-legal, tanto interna como externamente.

A um nível supranacional, encontramos diversos instrumentos legais que são a chamada pedra angular onde a temática da não discriminação repousa.

A codificação de leis de caráter internacional, veio muscular a proteção dos direitos individuais, e erigir a valor universalmente reconhecido certos mínimos normativos, de tal modo que, como bem refere ANA RITA GIL "a arquitetura do direito internacional dos

22 Recordem-se a este título as palavras proferidas pela Ministra da Imigração dinamarquesa, Inger Stojberg na sua página oficial do *Facebook*: "*Se é indesejado na sociedade dinamarquesa, não deve ser incómodo para os dinamarqueses. Os migrantes que são condenados por infrações penais, lei de armas, tráfico de drogas, entre outras, serão movidos para a ilha de Lindholm. Eles são indesejados na Dinamarca e vão sentir isso*". A ilha de Lindholm abriga atualmente estábulos, laboratórios e crematórios de um centro de investigação de doenças contagiosas de animais. DIÁRIO DE NOTÍCIAS – Dinamarca quer isolar migrantes "indesejados" numa ilha. [Consultado em: 15 de Janeiro de 2019]. Disponível em: https://www.dn.pt/mundo/interior/dinamarca-quer-isolar-migrantes-indesejados-numa-ilha-10274361.html

23 De acordo com a Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa, "(...) *the term "hate speech" shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed through aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin*". UNIÃO EUROPEIA – Conselho da Europa. Recomendação 97(20), de 30.10.1997. "Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on "Hate Speech". [Consultado em: 18 de Janeiro de 2019]. Disponível em: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

direitos humanos é construída em torno da premissa de que todas as pessoas, em virtude da sua essência de humanidade, devem gozar de todos os direitos humanos (...)".[24]

Afinando todo este catálogo supranacional pelo mesmo diapasão, vejamos de que forma se acha positivado o princípio da não discriminação.

Primeiramente, há que reconhecer, que de um mero ponto de vista semântico, a expressão "não discriminação" pressupõe ou remete-nos para uma ideia de igualdade, equidade ou equiparação[25]. O que desde logo implica que, sendo os estrangeiros titulares de direitos fundamentais "(...) o conteúdo desse direito terá de ser à partida idêntico ao direito de que é titular um cidadão português a não ser que haja um fundamento bastante para o legislador estabelecer uma distinção".[26]

A par da legislação interna, é imperioso que radiografemos os variados postulados internacionais no sentido de que todos são erigidos sob a mesma égide: a da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a Carta das Nações Unidas[27] ou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) consagram o princípio da não discriminação, essencialmente baseada na não distinção entre raça, sexo, língua ou religião, cultura, etnia, nacionalidade, entre muitas outras formas de discriminação.

Fruto essencialmente da devastação humana desencadeada pela Segunda Grande Guerra, a Carta das Nações Unidas[28] assumiu-se como o grande primeiro referente jurídico-normativo, determinando como um dos seus objetivos a igualdade de todos os seres humanos no gozo de direitos em posição de igualdade. O seu artigo 1.º previa já que *um dos objetivos das Nações Unidas é o de promover e estimular o respeito pelos direitos humanos pelas liberdades fundamentais de todos sem distinção da raça, sexo, língua ou religião.*

A DUDH, nos seus artigos 1.º, 2.º e 7.º, mais do que postular princípios universalmente válidos e reconhecidos pelos povos, veio dar relevo à relação existente entre o princípio da igualdade e o princípio da não discriminação.

24 GIL, Ana Rita – *Imigração...*, p. 182.

25 O que está em causa no princípio da igualdade é "a igualdade por se tratar de um ser humano e não por ser gordo ou magro, feio ou bonito, negro, branco ou pardo, pobre ou rico. Tratar os homens com igualdade é alocá-los no mesmo nível, ou seja, tratá-los como seres humanos". MOURA, Patrícia de – A Finalidade Do Princípio Da Igualdade: A Nivelação Social: Interpretação Dos Atos de Igualar. Porto Alegre: Sérgio António Fabris, 2005, p. 23.

26 GIL, Ana Rita – *Imigração...*, p. 251.

27 Com o surgimento das Nações Unidas em 1945 e com a adoção da Carta de Direitos Fundamentais, erigiu-se a princípio supremo, a igualdade de todos os seres humanos no gozo pleno dos direitos humanos, estando consagrado no seu artigo 55.º que "*com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas promoverão o respeito universal e efetivo dos direitos do homem das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*".

28 A Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de Junho de 1945, entrou em vigor na ordem internacional a 24 de Outubro de 1945.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no seu artigo 2.º, n.º 1 refere na mesma linha a não *discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação* mas mais que tudo, este instrumento veio estabelecer os deveres do Estados de garantirem a não discriminação no gozo dos direitos aí previstos.

Sem prejuízo do peso histórico assumido por tais diplomas, é, contudo, a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas As Formas De Discriminação Racial, adotada pela Assembleia Geral da ONU em Dezembro de 1965, que assume destaque, nomeadamente no que se refere à definição de discriminação racial, afirmando-se como uma antecâmara conceptual, avançando o conceito de "discriminação racial"[29].

No que diz respeito à discriminação, no seu todo, foi sob o amparo das Nações Unidas que na década de sessenta do século passado, emergiram outros diplomas internacionais, dos quais cumpre destacar, o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Socias e Culturais (PIDESC), de 1966, a Convenção sobre a Eliminação dos todos os modos de discriminação contra as Mulheres de 1979, a Declaração sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação, de 1963 e, em 1965, a Convenção internacional sobre a Eliminação de todos modos de discriminação em razão da raça.

No entorno europeu, o princípio da não discriminação está também positivado em múltiplos diplomas.

A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagra no seu artigo 21.º, n.º 1 que *é proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual*".

Mas também a Convenção Europeia dos Direitos Humanos proíbe a discriminação no seu artigo 14.º. O gozo de quaisquer direitos previstos na Convenção deve ser assegurado sem discriminação em qualquer razão da raça, sexo, cor, língua, religião, opinião política ou nacionalidade, pertença a minoria, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

Há ainda que olhar para o peso que as Diretivas assumem neste particular, em especial a Diretiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, conhecida como a Diretiva "Raça" que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre pessoas, sem distinção da origem racial ou étnica.

29 De acordo com o artigo I da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, a expressão "discriminação racial" *significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.*

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

Esta diretiva veio primacialmente estabelecer o princípio da igualdade de tratamento nos Estados-membros com o objetivo de instituir um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica, albergando no seu âmbito tanto os setores público e privado, em diversas áreas, seja no acesso ao emprego ou a atividade profissional, como à proteção social, incluindo a segurança social, à educação ou prestação de serviços, incluindo a habitação.

V. Os instrumentos legislativos internos constitucionais e infraconstitucionais

Internamente o referente valorativo-normativo que encima a igualdade e não discriminação é o artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa[30]. Não sendo nosso ensejo escalpelizar aquilo que são as várias aceções e dimensões do princípio da igualdade, contudo o princípio da não discriminação, como nos ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira[31], constitui uma das dimensões constitutivas do princípio da igualdade[32], em que não são *legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjetivas ou em razão dessas categorias.*

Podemos afirmar que quanto à discriminação racial e étnica a Constituição de 1976[33], à boleia dos textos normativos internacionais, veio elencar no seu texto, aqueles que são os fatores ou características protegidas, realçando-se, entre outras[34] – sexo, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual – a *ascendência, a raça, ou ainda o território de origem.*

Não se olvide, porém, que o artigo 8.º merece neste contexto destaque uma vez que é este preceito que faz o enlace entre o direito interno e o direito internacional, abrindo a

30 Relembrando o teor do artigo 13.º, n.º2 da CRP: "Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

31 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – Constituição Anotada. Volume I, 4..ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 339.

32 Os autores referem também, a par desta, *a proibição do arbítrio* e a *obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades*, ob. cit. p. 339.

33 A Constituição de 1976 ostenta algumas marcas de originalidade, desde logo por ter feito a receção formal da Declaração Universal dos Direitos Humanos enquanto critério de interpretação e integração das normas sobre direitos fundamentais. É por isso que o artigo 16.º, n.º 2 da CRP estabelece que "*os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*", *in* MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. Tomo II. 3..ª ed., reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 37 e ss.

34 As quais aqui não serão objeto de estudo, mas que assumem igualmente destaque no texto constitucional e, portanto, são merecedoras de um estudo paralelo.

porta a que normas e princípios de direito internacional sejam parte integrante e constituinte do direito português.

De fora da previsão do artigo 13.º, n.º 2, estão duas outras características protegidas, a *nacionalidade* e a *cor da pele*. Não obstante, tal não significa que não estejam abrangidos pelo facho de proteção constitucional, designadamente no artigo 26.º, n.º 1 da CRP que protege o direito à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

O que quer dizer que, acompanhando o que proclamam Gomes Canotilho e Vital Moreira[35], atentas as metamorfoses dos comportamentos sociais, das inúmeras fontes normativas, quer internas, quer externas, bem como pela emergência de novas vagas e tendências discriminatórias, era necessária a criação de um novo direito pessoal que abarcasse estas novas realidades. O artigo 26.º da CRP assume, portanto, uma dualidade própria, combinando a exigência de proteção e a prática de discriminação, que, cremos, complementa axiologicamente o consagrado no artigo 13.º, n.º 2 da CRP.

Ao longo da Constituição vamos encontrando refrações do princípio da proibição da discriminação, por referência aos fatores elencados naquela norma constitucional.

Logo no artigo 15.º da CRP encontramos o que se pode chamar de cláusula geral de equiparação entre nacionais portugueses e estrangeiros ou apátridas. O caráter universalista[36] que trespassa este artigo, encimado pelo valor da dignidade da pessoa humana, faz com que se estabeleça um critério basilar quando se trata de consagrar os direitos fundamentais de cidadãos estrangeiros – o de que é reconhecido a todos os estrangeiros, a par dos direitos, liberdades e garantias, os direitos económicos, sociais e culturais.

De facto, é precisamente essa a *ratio legis* imbuída no artigo 59.º, devoto aos direitos dos trabalhadores, especialmente alicerçado na proibição de discriminação em razão da idade sexo, cidadania, raça, território de origem ou convicções políticas ou ideológicas, ou no também no artigo 74.º, n.º 2, al. j)[37] no que concerne ao direito ao ensino.

Sem nos querermos embrenhar na análise jurídico-constitucional que o princípio da equiparação sempre merece, a própria Constituição estabelece também derrogações a tal princípio, designadamente no que tange a direitos políticos, o exercício de funções públicas

35 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – Constituição Anotada. Volume I, 4..ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, nota de rodapé 31, pp. 469-470.

36 GIL, Ana Rita – *Imigração...*,p. 9, fala-nos da ideia de universalismo dos direitos que se encontra na génese do artigo 15.º, e destarte no princípio da equiparação aí previsto, o qual encontra ainda respaldo no princípio do respeito pelos direitos humanos como princípio norteador das relações internacionais que deriva do artigo 7.º da CRP.

37 Refere este artigo o seguinte: "Na realização da política de ensino incumbe ao Estado: (...) j) Assegurar aos filhos dos imigrantes apoio adequado para a efetivação do direito ao ensino"

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

sem caráter predominantemente técnico, e outros direitos reservados por lei a cidadãos portugueses (direitos de organização política e da comunidade).

Feita uma brevíssima incursão na lei fundamental passemos à aproximação daquilo que são, os meios de tutela previstos no ordenamento jurídico português, no que diz respeito à prevenção, proibição e combate à discriminação em razão da origem étnica e racial, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem.

O nosso ensejo será essencialmente o de escalpelizar os dois meios de tutela previstos na ordem jurídica – a tutela administrativa e a tutela criminal, que têm encontrado no plano da aplicação da lei alguns constrangimentos que importa delimitar.

Por outro lado, uma análise pura das fontes não dispensa um enquadramento social da temática, dada a sensibilidade que o tema sempre acarreta, especialmente no quadro securitário que atravessamos, e que vai ser o mote para o nosso contributo crítico final.

A. A tutela administrativa – A Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto

Em 1 de setembro de 2017, entra em vigor a nova lei que visa a promoção da igualdade e a prevenção e o combate à discriminação de base racial e étnica em Portugal.

Com esta lei inaugurou-se um novo ciclo no que diz respeito ao combate à discriminação racial e étnica adaptando-se o regime jurídico nacional às orientações às políticas públicas nacional, europeia e internacional de forma a permitir um combate mais eficiente e efetivo ao fenómeno da discriminação.

Não obstante, o ordenamento jurídico português contemplava já desde finais da década de noventa do século passado, através da Lei n.º 134/99, de 29 de agosto o regime jurídico que proibia a discriminação no exercício de direitos por motivos baseados na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica.

Certo é que esta lei enfermava de variadas debilidades.

Em primeiro lugar, ao nível da tramitação processual, as responsabilidades processuais encontravam-se repartidas entre entidades diferentes[38], o que contribuía para um excessivo retardamento do processo, fomentando um constante ir e vir que acabava por desencorajar o impulso processual por parte das vítimas, a fim de serem responsabilizados os autores de eventuais práticas discriminatórias.

Por outro lado, tal descrença alicerçava-se também na ausência de prazos para a realização da fase de instrução, em que não era acometido um limite temporal para cumprimento

38 Nos termos de tal lei, à Comissão para a Igualdade e Contra a Discriminação Racial competia acompanhar a aplicação da lei, designadamente aplicar as sanções que ali se achavam previstas, contudo, a fase instrutória, estava acometida a outras entidades, na sua maioria Inspeções-Gerais que procediam a toda a recolha de prova, finda a qual, devolviam o processo à CICDR para elaboração de relatório final.

por parte das Inspeções-Gerais a quem estava atribuída a tarefa de investigar os factos, o que fazia com que muitos processos acabassem por prescrever[39]. Verificava-se igualmente que, embora muitos processos coubessem nas competências materiais das Inspeções--Gerais a que estavam acometidos, certas situações não se encontravam abrangidas por tais competências[40], sendo inevitavelmente conclusos por ausência de entidade/inspeção-geral que procedesse à instrução.

Mais tarde, a Lei n.º 18/2004, de 11 de maio, que transpôs para o ordem jurídica nacional a Diretiva 2000/43/CE, veio melhorar o quadro legal existente, na medida em que veio alargar o âmbito de aplicação da lei[41]. Mas não apenas, dado que, veio também permitir a intervenção das associações de defesa da não discriminação baseada na origem racial e étnica, nos processos jurisdicionais (artigo 5.º da Lei n.º 18/2004) ou ainda estabelecer regras quanto ao ónus da prova. Segundo este, incumbia a quem alegasse ter sofrido a prática discriminatória, o ónus de a provar, apresentando razões de facto suscetíveis de a indiciarem e quem alegadamente a tivesse praticado, sustentar que efetivamente as alegadas diferenças de tratamento não assentavam em nenhuma das práticas discriminatórias com base na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica.

Contudo, verificava-se a persistência das mesmas debilidades da lei antecessora.

Ou seja, a lei de 2004 acabava por não prever uma alternativa quanto ao procedimento a ser seguido quando inexistisse uma Inspeção-Geral ou outra entidade sem competência para uma determinada situação fática, também acabava por não prever qualquer prazo para a conclusão da fase instrutória.

Em função da regra do ónus da prova e a dificuldade em reunir elementos da prática de um ato discriminatório e muitas vezes a ausência de resposta dos denunciantes a fim de esclarecer dúvidas relacionadas com a queixa explicam os números baixos, quer de queixas recebidas junto da Comissão para a Igualdade e Contra a Discriminação Racial, quer ainda a efetiva abertura de processos de contraordenação.

Daí que os números ofereçam este olhar clarividente da realidade então existente. Segundo dados do Observatório das Migrações[42], no lapso temporal de treze anos – entre

39 De acordo com o previsto no Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, designadamente no artigo 27.º, os prazos de prescrição ali previstos repartem-se em três: 5 anos quando se trate de contraordenação a que seja aplicável uma coima de montante máximo igual ou superior a 49.879,79€; 3 anos quando seja aplicável coima de montante igual ou superior a 2.493,99€ e inferior a 49.879,79€; 1 ano, nos restantes casos.

40 Por exemplo pode-se apontar uma situação ocorrida em práticas discriminatórias ocorridas no seio de relações de vizinhança, que careciam de uma entidade que assumisse a competência para a fase instrutória.

41 Âmbito esse que com esta lei de 2004 se alargou, entre outras, à proteção social, educação, acesso e fornecimento de bens, incluindo a habitação.

42 OLIVEIRA REIS, Catarina (Coord.); GOMES, Natália – Monitorizar a Integração de Imigrantes em Portugal: relatório estatístico decenal. Lisboa : Alto Comissariado para as Migrações, 2014, p. 204.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

2005 e 2013, apenas foram recebidas na CICDR 615 queixas, mas apenas 194 deram origem a processos de contraordenação, cerca de 32%, no total de queixas.

Traçado o panorama do fenómeno da discriminação racial e étnica, naquilo que foi a sua realidade até ao ano de 2014, a Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto veio tentar locupletar algumas pontas soltas que até então não tinham encontrado respaldo legal e, por outro lado, buscar respostas para o coro de críticas que se vinham levantando.

Desde logo, na senda do vasto manancial legislativo internacional[43], esta lei veio abarcar uma série de novas competências – de que realçamos a nova competência de instrução de processos de contraordenação acometida ao Alto Comissariado para as Migrações (ACM, I.P.), veio (a) prever novos conceitos, como sejam o de discriminação por associação ou discriminação múltipla ou a inserção de duas novas características protegidas – a ascendência e o território de origem, (b) introduziu mecanismos de resolução alternativa de litígios, de que destacamos o mecanismo da mediação, (c) procedeu à alteração das regras do ónus da prova, presumindo-se a intenção discriminatória sempre que se verifique uma prática discriminatória, sem necessidade de prova dos critérios que a motivaram (artigo 14.º) ou ainda (d) a faculdade de as associações ou organizações não-governamentais que acompanhem a temática da prevenção e combate à discriminação racial se poderem constituir como assistentes, e, destarte, intervir como parte nos processos jurisdicionais em defesa de direitos e interesses coletivos.

Na verdade, a introdução destes novos mecanismos, aliados à nova competência instrutória atribuída ao ACM, I.P., mas, mais importante, à previsão de prazos para a duração da fase de recolha de prova – prazo de 90 dias, prorrogável por um período máximo de 60 dias, em casos de fundamentada complexidade – fez do ano de 2017, um verdadeiro ponto de viragem no panorama da discriminação racial e étnica em Portugal.

Desta feita, os números falam por si. De acordo com dados do Relatório Anual da CICDR[44], só no ano de 2017 foram recebidas 179 queixas, um aumento de cerca de 50%, quando comparado com dados homólogos anteriores, sendo que a expectativa é que tal número continue a crescer. Se em 2013, das 60 queixas recebidas pela CICDR, apenas em 19 foi aberto processo de contraordenação, em 2017, do total de 179, 44 deram origem à abertura de processo de contraordenação.

43 Falamos aqui da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do PIDCP, do PIDESC, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, Tratado da União Europeia ou ainda a Carta dos Direitos Fundamentais.

44 CICDR – Relatório Anual 2017: Igualdade e Não Discriminação em razão da Origem Racial e Étnica, Cor, Nacionalidade, Ascendência e Território de Origem. [Consultado em: 16 de Janeiro de 2019]. Disponível em: https://www.cicdr.pt/-/relatorio-anual-sobre-a-situacao-da-igualdade-e-nao-discriminacao-racial-e-etnica, p. 16.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

Contudo, no ano de 2018 uma nova subida se regista. Em termos comparativos com dados homólogos do ano anterior, foram recebidas 346 queixas, verificando-se um aumento de cerca de 93,3%, sendo que desse total foram abertos 53 processos de contraordenação, correspondendo a cerca de 16,2% do total de queixas rececionadas.

Não obstante, apesar do novo mecanismo referente ao ónus da prova, o qual veio precisamente facilitar a abertura de processos de contraordenação, a verdade é que o baixo número de processos se deveu, em parte, à ausência de respostas a pedidos de informação adicional aos denunciantes numa fase prévia à abertura da instrução, segundo as razões apontadas naquele Relatório Anual.

Outras debilidades podem ser apontadas a esta lei. Atentemos em algumas.

Desde logo, se percorrermos a lei verificamos que o próprio legislador usa conceitos abstratos, *v.g.*, "racial", "território de origem", ou mesmo quando usa conceitos como "serviços", "atividade económica", que muito embora possam ser lidos à luz dos instrumentos internacionais, europeus e mesmo internos, os mesmos abarcam um sem fim de situações que urgem ser delimitadas atentas preocupações de segurança jurídica que tem de ser assegurada pelo próprio texto legal[45]. Por isso mesmo, apesar de ser certo que toda a definição é em si "perigosa"[46], somos do entendimento que tais conceitos indeterminados poderiam encontrar um mínimo de densificação legal ao lado de conceitos como discriminação direta, indireta, por associação, múltipla ou assédio[47].

Por outro lado, este regime jurídico, como já apontava o Relatório da Comissão Europeia contra o Racismo e Intolerância (ECRI)[48], deveria incluir também as características protegidas da religião e da língua[49], que em nosso entendimento deveriam figurar e ser alvo de proteção da Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto.

Neste seguimento, chame-se à colação a dispersão institucional a que está votada esta matéria, isto é, a temática da não discriminação está hoje atribuída a várias entidades diferentes, e nem todas têm o poder de aplicar sanções pela efetiva violação do direito protegido[50].

45 Gomes Canotilho e Vital Moreira densificam estes conceitos, atribuindo a "raça" o significado de "grupos de pessoas com determinadas características (reais ou imaginárias) ou a "território de origem", a "Pátria", o "País" ou o "povo" em que nasceram as pessoas. *Ob. cit.* nota de rodapé 31, p. 342.

46 Do brocardo latino "*omnia definitio periculosa est*".

47 Nem sempre situações que possam traduzir-se em práticas discriminatórias na forma de assédio, poderão constituir contraordenação uma vez que a diferença entre estas e o ilícito criminal é ténue.

48 ECRI – Relatório sobre Portugal (quinto ciclo de controlo). [Consultado em: 15 de Janeiro de 2019]. Disponível em: https://rm.coe.int/fifth-report-on-portugal-portuguese-translation-/16808de7db, p. 14 e ss.

49 Aliás o Relatório da ECRI vai mais longe, ao propor o acolhimento das características da orientação sexual e da identidade de género.

50 Falamos aqui de entidades como por exemplo a Comissão para a Liberdade Religiosa que não tem competências sancionatórias nos termos da Lei n.º16/2001, de 22 de junho, que institui a Lei da Liberdade Religiosa.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

No entorno laboral, situações de alegadas práticas discriminatórias em razão étnico-racial, estão atribuídas à Autoridade para as Condições no Trabalho[51]; as situações ocorridas nos *media* digitais e não digitais está atribuída à Entidade Reguladora da Comunicação[52]; as situações emergentes no desporto estão debaixo da competência da recente criada Autoridade para a Prevenção e o Combate à Violência no Desporto[53].

Tal repartição acentuada de competências forma assim aquilo que se pode chamar de minifúndio legal, através da criação de competências sobrepostas que não só poderiam, como deveriam estar na alçada de uma mesma entidade com a autoridade transversal de prevenção, proibição e combate da discriminação nas suas múltiplas e abrangentes formas.

O que, cremos, só se lograria com a criação de uma entidade independente, desligada do aparelho, pelo que, "*as autoridades deveriam transformar a CICDR numa entidade jurídica distinta, colocada fora do executivo e do poder legislativo, assegurar a sua independência de jure* e *de facto (...),* como bem aponta o Relatório da ECRI[54].

Uma outra crítica que poderá ser tecida a este regime jurídico é a aplicação, do ilícito de mera ordenação social previsto no Decreto-Lei n.º 233/82, de 27 de outubro como regime supletivo. Sem porém deixar de reconhecer que, tratando-se de um regime contraordenacional, haverá sempre de haver um referente geral onde tal regime se locuplete, a verdade é

51 A matéria da igualdade e não discriminação na área laboral encontra-se prevista no artigo 24.º da Lei 7/2009, de 12 de fevereiro que institui que "*o trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de género, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos*." A Autoridade para as Condições no Trabalho, é a entidade a quem compete, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, al. k) do Decreto Regulamentar n.º 47/2012, de 31 de julho, assegurar o prosseguimento das contraordenações laborais.

52 A ERC, é uma entidade administrativa independente que exerce poderes de regulação e supervisão do respetivo setor conforme prevê o artigo 1.º, n.º 1 da Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, designadamente de todas as entidades que prossigam atividades de comunicação social tais como: agências noticiosas, operadores de rádio e televisão, entre outras. Encontram-se sujeitas à supervisão e intervenção do Conselho Regulador da ERC, todas as entidades que prossigam atividades de comunicação social designadamente "*os operadores de rádio e de televisão relativamente aos serviços de programas que difundam ou aos conteúdos complementares que forneçam, sob sua responsabilidade editorial, por qualquer meio, incluindo por via eletrónica*", artigo 6.º, al.º c) da Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro. Constituem atribuições da ERC, de entre outras, "*garantir o respeito pelos direitos, liberdades e garantias*" (artigo 8.º, al. d) da Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro).

53 Nos termos do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 93/2014, de 23 de junho, é competente para fiscalizar o cumprimento das regras legais de organização e funcionamento das federações desportivas, a organização da Administração Pública com competência na área desportiva. Atendendo à missão que se encontra atribuída ao IPDJ, I.P., prevista no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 98/2011, de 21 de setembro, designadamente na área do desporto e juventude. O IPDJ, I.P., tem ainda, em específico, a missão de aplicar e fiscalizar o cumprimento das leis aplicáveis no seu âmbito de atuação, podendo propor e aplicar medidas preventivas e repressivas no âmbito da ética do desporto, designadamente no tocante ao racismo e xenofobia no desporto.

54 Relatório da ECRI sobre Portugal...p. 17.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

que o ilícito de mera ordenação social não oferece, por vezes, soluções satisfatórias, quando está em causa um processo contraordenacional com vítimas concretas e determinadas[55].

É por outro lado imperioso constatar a necessidade urgente de regulamentar a Lei n.º93/2017, de 23 de agosto, prevendo-se com maior grau de detalhe os trâmites legais aplicáveis e assim tornar a tarefa do aplicador mais rigorosa e clara. Donde, há que reconhecer que matérias como o regime sancionatório da lei na parte da tramitação contraordenacional pura ou o regime da mediação carecem de melhor configuração legal.

Apesar do grandioso esforço por parte das instituições estatais, nomeadamente o ACM, I.P., na promoção e prevenção da discriminação racial e de dar a conhecer os instrumentos legais existentes[56], a verdade é que os mecanismos previstos pela Lei n.º 93/2017 ainda são desconhecidos do público em geral, o que pode contribuir para que casos de efetiva violação de direitos com base na distinção étnica e racial seja desconhecida das instâncias formais de controlo.

B. A tutela criminal – O artigo 240.º do Código Penal

Do lado da tutela criminal, encontra-se plasmado no Código Penal português, no artigo 240.º, o crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência, recentemente alterado pela Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto[57].

O bem jurídico que se visa tutelar neste tipo legal de crime é a igualdade entre todos os cidadãos do mundo. À semelhança da Lei n.º 93/2017, a criação deste ilícito criminal decorre também da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial[58], introduzida no sistema punitivo português pela Lei n.º 7/82, 29 de abril que aprovou a adesão àquela convenção.

Diferentemente daquilo que se acha plasmado na Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, que prevê um elenco de práticas discriminatórias passíveis de constituir contraordenação, e que por isso, apenas admitem a coima como sanção principal, o crime de discriminação

55 Apesar de este ser um tema vasto, que nesta sede não pretendemos dar enfoque, a verdade é que para além do Decreto-Lei n.º 233/82, de 27 de outubro ser um diploma desajustado para os dias que correm, a verdade é que a sua aplicação supletiva no regime da prevenção e proibição da discriminação racial se mostra duplamente desajustado. Refira-se a este propósito o leque de sanções acessórias previstas para este último regime (artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 233/82).

56 Falamos aqui de ações informativas e campanhas de sensibilização, das quais se destacam as ações de formação junto de entidades públicas, como se pode constatar no Relatório Anual da CIDR, 2017, p. 27 e ss.

57 Este tipo legal de crime foi alterado no mesmo dia da publicação do regime jurídico do combate à discriminação racial, Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto.

58 Ao assinarem esta Convenção "os Estados partes condenam a propaganda e as organizações que se inspiram em ideias ou teorias fundadas 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 ou de discriminação raciais", in FIGUEIREDO DIAS, Jorge – Comentário Conimbricense do Código Penal. Tomo II. 2..ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 576.

e incitamento ao ódio convoca um *modus operandi* próprio (punível com pena de prisão como pena principal) que implica o desenvolvimento de uma conduta que Maria João Antunes[59] classifica em três modalidades distintas: a *fundação, constituição ou participação em organizações* que incitem ao ódio racial; o *desenvolvimento ou a participação em atividades de propaganda organizada* e a *prestação de assistência a tais organizações, incluindo o seu financiamento*.

Digamos que mais do que sancionar práticas discriminatórias com base na raça, cor, nacionalidade ou território de origem, do que se trata nesta sede é de combater grupos ou estruturas organizadas que promovam ou disseminem a apologia ao ódio racial.

Por outro lado, algo que já estava previsto antes de 2017, era a punição, por via do seu n.º2, da divulgação pública de escritos que difundissem por via da comunicação social, a violência, a difamação, a injúria ou a ameaça.

Na nossa opinião, bem andou o legislador neste particular, ao inserir subtipos legais de crime dentro deste tipo geral. De facto, a criminalização destes comportamentos vem dar resposta ao que tem sido a tendência criminógena de base étnico-racial e de incitamento ao ódio que se vem banalizando um pouco por toda a parte.

Não é por acaso que a Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto que define os objetivos, prioridades e orientações de política criminal 2017-2019, à qual já nos debruçámos *supra*[60], previu, como crimes de prevenção prioritária, tendo em conta a dignidade dos bens jurídicos tutelados e a necessidade de proteger as potenciais vítimas, os crimes motivados por discriminação racial.

A onda securitária de que vimos falando, motivada pelas transformações operadas pela deslocação de migrantes em massa, o alastramento de um clima de insegurança intensificado pelos ataques terroristas dos últimos anos, aliada a pré-conceitos enraizados de forma mais ou menos ostensiva na sociedade hodierna, faz com que proliferem de forma alucinante novos discursos de ódio exclusiva ou quase exclusivamente tecidos nas plataformas digitais.

Os comportamentos desviantes, sustento destas novas vias germinadoras do crime, constitui uma das ameaças dos tempos modernos, fenómenos nem sempre ainda a coberto de uma tutela que se quer eficaz e rápida.

Os casos subsumíveis no artigo 240.º do Código Penal não são exceção. Apesar da multiplicação desta nova forma de delinquir a verdade é que, por um lado, são ainda reduzidos os casos que chegam ao conhecimento das autoridades, e, mesmo os que chegam representam

59 FIGUEIREDO DIAS, Jorge – *Comentário Conimbricense*..., p. 576.
60 *Vide* p. 7.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

cerca de 0,01% do total de crimes registados[61]. Em 2016, segundo dados da Direção-Geral da Política de Justiça, não existiam ainda processos findos referentes ao crime de discriminação racial.

Ora daqui deflui a necessidade de recentrar esta questão. Será uma questão puramente legal? Será uma questão de aplicação? Ou estará em causa uma deficitária preparação ou falha de formação das magistraturas?

Neste ponto, que se quer de viragem, cremos estarem em causa algumas deficiências. Enumeremos apenas algumas.

O cerne da questão não está na lei em si ou na falta de tutela penal para casos de efetiva discriminação racial. O que está em causa, cremos, poderá ser uma lacuna ao nível da formação das magistraturas ou dos órgãos de polícia criminal, estes últimos que lidam em primeira linha com situações de efetiva infração penal.

Por outro lado, há que reconhecer que um aprofundamento da temática, tanto com contributos doutrinários, que se começam a sentir na colaboração institucional entre entidades ou mesmo no encaminhamento de situações que consubstanciem ilícitos criminais pelas entidades administrativas – como a CICDR – à autoridade judiciária competente para posterior investigação dos factos, faz com que o enquadramento técnico-jurídico das situações potenciadoras de discriminação saia reforçado e aprimorado.

É necessário pois que se opere esta partilha intrainstitucional, uma vez que a mesma possibilitará um reforço dos bens jurídicos a tutelar, quando se fala de discurso de ódio.

Não se olvide por outro lado que a própria lei oferece subterfúgios da deriva qualificadora ao próprio aplicador do direito. Vejamos a linha entre a qualificação jurídico-abstrata de um crime qualificado no artigo 240.º, n.º 2, alínea b) do CP – crime de difamação ou injúria de pessoas com base na sua raça – que representa um vasto número de situações ocorridos na internet ou media sociais, ou no artigo 181.º do CP – crime de injúria – apesar de parecer ténue, não o é.

Enquanto que no primeiro caso se trata de um crime de natureza pública em que a moldura penal se situa entre os 6 meses e os 5 anos, no segundo caso, o crime tem natureza particular e é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 120 dias[62].

61 CICDR – *Relatório Anual 2017*..., p. 41. De acordo com os dados fornecidos pela Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) em 2017, do total de 330.872 crimes registados pelas autoridades policiais, apenas 25 diziam respeito a crimes de discriminação racial ou religiosa. Destes, a grande maioria ocorreu no distrito de Lisboa (14), seguido do Porto (3), e Setúbal (3), sendo os restantes distribuídos pelos distritos restantes.

62 Pode acontecer que dadas as circunstâncias factuais apresentadas na queixa ou na denúncia seja feito um enquadramento no crime de injúria do artigo 181.º e não no crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 99-121

As diferenças são arreigadas e a inserção em um ou em outro pode minar a procedibilidade do processo e colocar a vítima do crime numa posição de desvantagem[63].

Ambas as realidades têm por seu turno uma natureza diferente, sendo protegidos bens jurídicos diferentes. Enquanto que, como já tivemos oportunidade de realçar, com o crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência, o bem jurídico visado é a igualdade entre todos os cidadãos do mundo, com o crime de injúria visa-se proteger a honra e a consideração de uma determinada pessoa (porque visa uma pessoa concreta e determinada).

Entende-se por isso que os tipos de crime elencados no n.º 2 do artigo 240.º do CP deverão manter o seu caráter público, embora isoladamente o não sejam, sendo de evitar que casos deste jaez sejam qualificados pelas autoridades judiciárias nos tipos isolados – injúria, difamação, ameaça, etc – o que poderá acarretar a falência do processo *ab initio*.

VI. Conclusões – notas finais

Aqui chegados, afigura-se estabelecer um ponto de chegada. E, consequentemente um ponto de partida.

A realidade em que nos movimentamos, o rumo dos acontecimentos que temos presenciado e vivenciado clama por respostas no sentido de preservar princípios universais básicos que pretendem salvaguardar o bem supremo da dignidade da pessoa humana.

Ao ritmo conturbado e perturbado com que se deteriorou a relação entre os seres humanos, mor da instabilidade fomentada por conflitos armados, que pressionam as movimentações migratórias, mas também um certo aguçamento de perceções preconceituosas reforçadas por este clima, fizeram com que fosse despoletado e incitado o ódio racial, fomentando um clima de intolerância generalizada.

Para contrariar este *modus essendi*, os Estados, e, em particular Portugal, têm acolhido nas suas legislações internas mecanismos de tutela a fim de debelar a disseminação de situações potenciadoras de discriminação racial. No caso português vimos como, a vários níveis, essa tutela se mostra plasmada na lei, tanto de um ponto de vista administrativo quanto criminal.

Se algumas críticas podem ser assacadas em ambos os regimes, o que cremos, ainda que esparsamente ter apontado, a questão posiciona-se, em nossa opinião no distanciamento que existe entre a previsão legal de mecanismos de proteção e a efetiva aplicação dos mes-

63 A verdade é que, se a apreciação do Ministério Público for a de que em abstrato está em causa um crime de injúria, o ofendido tem de apresentar queixa, constituir-se assistente – o que implica o pagamento de uma taxa de justiça de duas UC's (abreviatura para "unidade de conta"), isto é, 200€, e deduzir acusação particular (como decorre do artigo 50.º do Código de Processo Penal)

mos. Óbices de natureza procedimental são, em larga medida os causadores de eventual não procedibilidade do processo em si, mas também há que reconhecer que é necessário dotar os aplicadores do direito de conhecimentos específicos para lidar com casos de discriminação racial.

Cientes de que esta pequena incursão na temática se fica aquém daquilo a que a mesma obriga, julgamos ter dado uma visão dos meios tutelares existentes no ordenamento jurídico interno que visam proteger a não discriminação assente na origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem, aventando algumas soluções que constituem o nosso ponto de partida. Para que pontos de chegada sejam construídos e plenamente alcançados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Ana Paula – O nexo interno-externo na narrativa securitária da União Europeia. In Janus.Net e-journal of International Relations. Lisboa. e-ISSN 1647-7251. V. 6, N.º 1, 2015, p. 1-20.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – Constituição Anotada. Volume I, 4..ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CICDR – Relatório Anual 2017: Igualdade e Não Discriminação em razão da Origem Racial e Étnica, Cor, Nacionalidade, Ascendência e Território de Origem. [Consultado em: 16 de Janeiro de 2019]. Disponível em: https://www.cicdr.pt/-/relatorio-anual-sobre-a-situacao-da-igualdade-e-nao-discriminacao-racial-e--etnica

DIÁRIO DE NOTÍCIAS – Dinamarca quer isolar migrantes "indesejados" numa ilha. [Consultado em: 15.01.2019]. Disponível em: https://www.dn.pt/mundo/interior/dinamarca-quer-isolar-migrantes--indesejados-numa-ilha-10274361.html

ECRI – Relatório sobre Portugal (quinto ciclo de controlo). [Consultado em: 15 de Janeiro de 2019]. Disponível em: https://rm.coe.int/fifth-report-on-portugal-portuguese-translation-/16808de7db

FIGUEIREDO DIAS, Jorge – Comentário Conimbricense do Código Penal. Tomo II. 2..ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

GIL, Ana Rita – Imigração e Direitos Humanos. Lisboa: Petrony, 2017.

IOM, UN MIGRATION **–** Mediterranean Update**:** Migration Flows Europe: Arrivals and Fatalities (31 January 2017)**.** [Consultado em: 17 de Janeiro de 2019]. Disponível em: https://www.iom.int/infographics/mediterranean-update-migration-flows-europe-arrivals-and-fatalities-31-january-2017

MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. Tomo II. 3..ª ed., reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MOURA, Patrícia de – A Finalidade Do Princípio Da Igualdade: A Nivelação Social: Interpretação Dos Atos de Igualar. Porto Alegre: Sérgio António Fabris, 2005.

OLIVEIRA REIS, Catarina (Coord.); GOMES, Natália – Indicadores de Integração de Imigrantes: Relatório Estatístico Anual. Lisboa: Alto Comissariado para as Migrações, 2018.

OLIVEIRA REIS, Catarina (Coord.); GOMES, Natália – Monitorizar a Integração de Imigrantes em Portugal: relatório estatístico decenal. Lisboa : Alto Comissariado para as Migrações, 2014.

PADILLA, Beatriz; ORTIZ, Alejandra – Fluxos Migratórios em Portugal: Do *Boom* Migratório à desaceleração no contexto de crise. Balanços e desafios. In Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. Brasília. ISSN 1980-8585. N.º 39, A. XX, 2012, p. 159-184.

UNIÃO EUROPEIA – Conselho da Europa. Recomendação 97(20), de 30.10.1997. "Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on "Hate Speech". [Consultado em: 18 de Janeiro de 2019]. Disponível em: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo. 2..ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

Violência doméstica e estrangeiros em Portugal

Domestic violence and foreigners in portugal

EMANUEL CARVALHO[1]
emanuelcarvalho-44900p@adv.oa.pt

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XX · 1st January Janeiro – 30TH June Junho 2019 · pp. 122-148
URI: http://hdl.handle.net/11144/4294 DOI: http://doi.org/10.26619/2184-1845.XX.1.6
Submitted on February 27th, 2019 · Accepted on May 28th, 2019
Submetido em 27 de Fevereiro, 2019 · Aceite a 28 de Maio, 2019

RESUMO A violência doméstica é um flagelo social que não tem barreiras fronteiriças, podendo emergir em relações entre pessoas da mesma nacionalidade, ou não, e no território de origem das mesmas ou fora daquele. Em Portugal, as vítimas de violência doméstica gozam de um conjunto de direitos que visam garantir a sua protecção e prevenir a sua revitimização. Por força do princípio da equiparação, os estrangeiros que sejam vítimas de violência doméstica e se encontrem em Portugal devem gozar dos mesmos direitos que assistem aos cidadãos nacionais. Porém, a possibilidade daqueles estrangeiros estarem em situação irregular restringe os seus direitos, quando a tutela das vítimas de violência doméstica nunca deveria ser diminuída em função de uma mera irregularidade documental.

PALAVRAS-CHAVE violência doméstica; direitos; nacionais; estrangeiros; permanência irregular; princípio da equiparação.

ABSTRACT Domestic violence is a social plague without frontier barriers and may emerge in relations between persons of the same nationality, or not, and in the territory of origin or outside. In Portugal, victims of domestic violence have a set of rights that aim to ensure their protection and avoid their victimization. In line with the principle of equal treatment, foreigners who are victims of domestic violence and stay in Portugal must have the same rights as nationals. However, the possibility of foreigners being in an irregular situation limits their rights, when the victim of violence should never had less rights due to a documentary irregularity.

KEYWORDS domestic violence; rights; nationals; foreigners; illegal stay; assimilation principle.

1 Doutorando em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 122-148

I. Problemática

A violência doméstica é um flagelo social, que não tem fronteiras e pode atingir qualquer pessoa, independentemente da sua origem, cultura, língua, instrução, capacidade económica, profissão, religião, idade, orientação sexual, saúde, *et caetera*.

Fixa-se a presente reflexão na violência doméstica perpetuada sobre as mulheres, dado que abundam os estudos e análises estatísticas sobre aquele público-alvo. Neste sentido, evidencia-se que a globalização daquele fenómeno está bem patente na estimativa da Organização Mundial de Saúde de 2013, que apontava que cerca de 35 por cento das mulheres eram ofendidas física ou sexualmente pela pessoa com quem mantinham, ou não, um relacionamento habitual[2].

Por sua vez, as Nações Unidas previram, em 2012, que a população mundial iria atingir os 7,2 biliões em Julho de 2013 e que a média de nascimentos iria dividir-se, até 2015, em 102 do sexo masculino por cada 100 do sexo feminino[3]. Ora, o mesmo relatório antevia uma projecção para 2015 de, por um lado, 39,5 crianças apresentarem uma relação de dependência por cada 100 habitantes. E por outro, a população mundial mostrava uma tendência para envelhecer, dado que a idade média prevista para 2015 situava-se em 29,6 e em 2100 crê-se que possa atingir os 41,2.

Conjugando os valores apresentados, nomeadamente a proporção de mulheres adultas no mundo (afastando-se as crianças de sexo feminino que tenham uma relação de dependência) e a percentagem de ofensas perpetradas naquelas, pode-se estimar que em 2013 foram, globalmente, vítimas cerca de 497 milhões de mulheres.

Este cômputo (ainda que seja uma estimativa) conduz forçosamente a um sentimento de inquietação atual e atenta a possibilidade da população – reitera-se – ter tendência para envelhecer, pode representar uma preocupação acrescida para os tempos subsequentes e próximas gerações.

Portugal integra este problema de ordem mundial e, como tal, expõem-se os indicadores nacionais que se reportam ao ano 2013, de modo a efetuar-se um paralelo com os valores acima indicados e, assim, se garantir à presente reflexão uma maior harmonia temporal entre os elementos expostos. Isto sem preterir que existam informações, internamente, mais recentes, sendo que algumas destas são sobejamente preocupantes, como, por um

2 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – Estimativas globais e regionais da violência contra as mulheres: prevalência e efeitos da violência conjugal e da violência sexual não conjugal na saúde. [Consultado em 07 de Maio de 2019]. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85239/9789241564625 _eng.pdf?sequence=1

3 NAÇÕES UNIDAS – World Population Prospects: The 2012 Revision, Volume II, Demographic Profiles. [Consultado em 07 de Maio de 2019]. Disponível em: https://population.un.org/wpp/Publications/Files/ WPP2012_Volume-II--Demographic-Profiles.pdf

lado, a taxa de femicídio mais elevada dos últimos anos se ter situado no ano 2014, no qual se registaram a consumação de 45 homicídios contra mulheres. E por outro, verificaram-se entre o ano de 2004 e 2018 cerca de 503 femicídios, o que confere uma estonteante média de 35 a 36 vítimas por ano[4].

O Relatório Anual de Segurança Interna (RASI)[5] respeitante ao ano 2013 contabilizou 22.928 participações efetuadas às autoridades, que se enquadram no crime de violência doméstica, o que traduz uma média aproximada de 63 sinalizações por dia ou quase 3 casos por hora[6]. Este tipo de criminalidade evidenciou uma tendência crescente nos últimos anos dado que, em 2017, o RASI registou 26.713 situações do mesmo género, o que traduz um aumento de 3.785 denúncias[7].

O referido RASI de 2013 aponta que o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) procedeu ao afastamento coercivo de 217 cidadãos estrangeiros associados à criminalidade violenta. As nacionalidades daqueles cidadãos são várias, dividindo-se as três de maior monta pela brasileira, cabo-verdiana e angolana, com, respectivamente, 65, 42 e 23 pessoas. E os tipos de crime praticados pelos cidadãos afastados do território nacional prendem-se, esmagadoramente, com o crime de tráfico de estupefacientes, roubo e furto, com, respectivamente, 108, 50 e 22 casos. Embora de menor expressão, o mesmo relatório contabilizou 3 situações relacionadas com o crime de violência doméstica[8].

O Alto Comissariado para as Migrações, particularmente o Observatório das Migrações, indicou no relatório estatístico anual de 2016 que a condenação por crimes de violência doméstica contra cônjuges ou análogos, em 2013, aplicada a cidadãos portugueses foi superior do que aquela empregue a estrangeiros, tendo-se, respectiva e aproximadamente,

4 UMAR – Relatório do Observatório de Mulheres Assassinadas. [Consultado em 07 de Maio de 2019]. Disponível em: http://www.umarfeminismos.org/images/stories/noticias /OMA_FEMIC%C3%8DDIO_Relat%C3%B3rio_2018_em_18_02_2019.pdf

5 O RASI é um instrumento elaborado pela Direcção-Geral de Política de Justiça (DGPJ) com o intuito de aferir, anualmente, a criminalidade participada em Portugal.

6 PORTUGAL – Sistema de Segurança Interna – Relatório Anual de Segurança Interna de 2013. [Consultado em 07 de Maio de 2019]. Disponível em: https://www.portugal .gov.pt/media/1391220/RASI%202013.pdf

7 PORTUGAL – Sistema de Segurança Interna – Relatório Anual de Segurança Interna de 2017. [Consultado em 07 de Maio de 2019]. Disponível em: https://www.portugal.gov.pt /download-ficheiros/ficheiro.aspx? v=9f0d7743--7d45-40f3-8cf2-e448600f3af6

8 Conferir pág. 184 do relatório referido na nota de rodapé n.º 7. Comparando o afastamento de estrangeiros registados no RASI de 2013 e no RASI de 2017 verifica-se que aumentaram, tendo-se registado em 2017 o afastamento de 281 cidadão estrangeiros associados à prática de crimes, prevalecendo maioritariamente entre estes o crime de tráfico de estupefacientes com 106 casos. Desta vez, aquele relatório não descreveu de modo autónomo os casos de crimes de violência doméstica, que eventualmente poderão ter existido e, assim sendo, poderão estar mitigados na rubrica dos apelidados "outros crimes". Conferir pág. 85 do relatório referido na nota de rodapé n.º 7.

verificado 52 e 42 condenações[9]. Esta relação evidencia-se no mesmo sentido quanto à prisão efectiva aplicada aos arguidos dado que, em 2013, foram presos por crimes de violência doméstica, em média, 3 cidadãos portugueses face a 1 cidadão estrangeiro[10]. Decorre, por fim, do mesmo relatório que, em 2013, foram registadas 50 vítimas que se apresentaram à Unidade de Apoio à Vitima, sob a gestão da organização sem fins lucrativos sobejamente conhecida em Portugal pela sigla APAV (Associação de Apoio à Vitima)[11].

Importa, ainda, evidenciar que o SEF registou, em 2013, 401.320 estrangeiros regulares, correspondendo 51,27% a mulheres e 48,73% a homens. Desde, então, a evolução foi no sentido daquele número de estrangeiros aumentar, tendo atingido os 421.711. Embora a divisão percentual entre mulheres e homens se tenha mantido quase idêntica, repartindo-se, respetivamente, entre 51,18% e 48,82%[12].

O roteiro percorrido até agora serviu para assinalar, por um lado, que em Portugal é alarmante a violência doméstica verificada atualmente sobre as mulheres. E por outro, a violência doméstica tem sido mais disseminada por e entre cidadãos portugueses do que estrangeiros. Acontece que estes últimos – e, em particular, as vítimas, que são o enfoque desta análise – podem estar sujeitos ao afastamento do território nacional caso estejam numa situação irregular.

Posto isto, pretende-se reflectir sobre as consequências jurídicas do eventual afastamento de um cidadão estrangeiro do nosso território por estar numa situação irregular e que tenha sido vítima de um crime de violência doméstica por parte do progenitor de filho(s) em comum. Concretizando, a proteção da vida familiar dos estrangeiros, ainda que em situação irregular, é um limite efetivo ao princípio da soberania territorial em matéria de direito dos estrangeiros?

II. Concetualização

A reflexão proposta impõe, previamente, um enquadramento concetual, designadamente da noção de violência doméstica, de vítima e de (cidadão) estrangeiro.

9 OLIVEIRA REIS, Catarina (Coord.); GOMES, Natália – Indicadores de Integração de Imigrantes: Relatório Estatístico Anual de 2016. Lisboa: Alto Comissariado para as Migrações, 2016.

10 Conferir pág. 165 do estudo mencionado na nota de rodapé n.º 9.

11 Atualmente aquela unidade apelida-se de Unidade de Apoio à Vitima Migrante e de Descriminação. Cf. https://apav.pt/uavmd/index.php/pt/

12 SEFSTAT é o portal *online* de estatística do SEF. Cf. https://sefstat.sef.pt/forms/distritos.aspx

O conceito legal de violência doméstica, que vigora no ordenamento jurídico português, foi recentemente introduzido pela Lei n.º 59/2007[13], a qual originou a vigésima terceira alteração ao Código Penal[14].

Em concreto, aquele diploma impôs uma redação integralmente nova ao artigo 152.º, que na sua epígrafe acolheu a expressão "Violência Doméstica", provocando uma mudança atípica na sistematização do Código Penal. Isto porque ao projetar para o artigo 152.º-A o tipo legal de crime de "Maus tratos" (que embora tenha sido formulado, *ex novo*, pela referida Lei n.º 59/2007, acolheu parte do teor do anterior preceito 152.º, que tinha por epígrafe "Maus tratos e infração de regras de segurança") fez antepor a forma de crime especial face ao crime geral[15].

Observando o referido artigo 152.º do Código Penal é no seu número 1, que encontramos o que se pode considerar como sendo a definição legal de violência doméstica. Assim e sem preterir que uma norma penal consubstancia, por um lado, a *ultima ratio* da política criminal ou o princípio da intervenção mínima imposta pelo artigo 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP), e encontra, por outro, a sua fonte de legitimação material na Lei Fundamental[16], o legislador considera que:

> "Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:
>
> a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge;
> b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;
> c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou
> d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite;

13 A Lei n.º 59/2007, foi publicada em Diário da República, 1..ª série — N.º 170 — 4 de Setembro de 2007.

14 O Código Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, foi revisto e publicado na íntegra pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, somando este até ao presente com mais de 40 alterações.

15 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3.ª ed. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2015, pp. 588-596.

16 BRANDÃO, Nuno – Bem Jurídico e Direitos Fundamentais entre a Obrigação Estadual de Protecção e a Proibição do Excesso. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, pp. 239-266.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 122-148

> é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal."

Dado o primado do direito internacional sobre o direito constitucional[17], vigora, igualmente, no nosso sistema jurídico outra definição de violência doméstica, imposta pela denominada Convenção de Istambul, à qual Portugal foi o primeiro país da União Europeia a aderir em 2013[18].

Assim, o artigo 3º, alínea b), da Convenção de Istambul estabelece que: «"violência doméstica" designa todos os actos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem no seio da família ou do lar ou entre os actuais ou ex-cônjuges ou parceiros, quer o infractor partilhe ou tenha partilhado, ou não, o mesmo domicílio que a vítima"».

A partir dos referidos conceitos legais pode-se interpretar a violência doméstica numa perspectiva subjectiva, que será marcada pela relação entre a pessoa que domina (agente do crime) e a pessoa que é dominada (ofendida), e num prisma objectivo, que consistirá nas condutas que configuram a sua ilicitude.

A variedade daquela subjectividade pauta-se pela existência de um vínculo de parentesco (por exemplo, a relação entre cônjuges ou entre pais e filhos), ou não (por exemplo, unidos de facto ou numa relação de namoro), sendo certo que aquele existente entre o progenitor e descendente em linha reta não deve ir além do primeiro grau.

Pode aproximar pessoas de diferentes géneros ou não. Ainda que a relação de violência doméstica mais divulgada à escala global, não sendo Portugal exceção, seja perpetuada pelo homem contra a mulher, é hoje garantida proteção legal para a população conhecida pela sigla "LGBTI", que engloba as pessoas lésbicas, gays, bissexuais. transexuais e intersexuais.

A relação subjectiva assume uma dimensão ampla a partir do momento que o legislador previu que, por um lado, pode haver coabitação, ou não, entre o agressor e a vítima. E por outro, a pessoa "dominada" pode ser aquela que esteja numa situação de especial vulnerabilidade em função da "idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica".

17 Artigo 8.º, n.º 2 da CRP estatui que: "as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português."

18 Por Decreto do Presidente da República n.º 13/2013, publicado em Diário da República, 1..ª série — N.º 14 — 21 de janeiro de 2013, foi "ratificada a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, em 14 de dezembro de 2012."

Num ângulo objectivo, a violência doméstica pressupõe uma conduta ofensiva que pode ser singular ou reiterada[19]. Ainda que se reprima individualmente um ato, é mais frequente a forma de violência exercida pelo agente de forma repetida sobre a ofendida.

Neste momento importa refletir sobre a dinâmica da violência doméstica, pelo que se convoca um modelo teórico sobejamente conhecido – o modelo de "Duluth"[20] – na caraterização da relação subjacente à violência. De acordo com o referido modelo, a relação entre o agressor e a vítima é, resumidamente, marcada pela tentativa e consumação do "poder-controlo" do primeiro sobre a segunda. Este "poder-controlo" é concretizado de modo cíclico e mediante diversas fases.

Inicialmente, o agressor procura "seduzir" a vítima, conquistar a sua confiança e fazer crer através de afetos que os dois podem viver sozinhos de modo feliz, com vista a isolar aquela das suas relações sociais, familiares e até profissionais, recorrendo a sugestões subtis para convencer a vítima a abandonar qualquer ligação com terceiros.

Seguidamente, as ofensas iniciam-se com meras condutas intimidatórias e pressões psicológicas ou verbais, para rapidamente evoluírem para o patamar das ameaças e, posteriormente, para a consumação de agressões físicas, que por sua vez passam rapidamente de atos leves (por exemplo, bofetadas ou safanões) a condutas de elevada gravidade (por exemplo, estrangulamento, abuso sexual ou tentativa de homicídio).

Por fim, a violência pode abrandar ou cessar e dar lugar novamente a uma etapa de "sedução" ou aliciação, embora esta seja pautada por manifestações aparentes ou enganadoras do arrependimento do agressor. A intenção deste é tão-somente retomar o início do ciclo para reforçar o "poder-controlo" sobre a vítima. Esta situação apresenta-se de enorme perigosidade para a vítima, dado que o perdão ou a aceitação do agressor reabre o caminho para aquele retomar os atos de violência, que têm tendência para, quando se repetem, agravar-se na sua intensidade.

Retomando a perspectiva objectiva, o artigo 152.º do Código Penal prevê a repressão de condutas pautadas por violência física, psicológica, verbal e sexual.

Concretizando, o legislador reprova, primeiro, comportamentos de cariz físico, ainda que estes possam assumir uma intensidade menor ou maior de violência. Segundo, são

19 A jurisprudência tem considerado que após a Lei n.º 59/2017, que provocou a vigésima terceira alteração ao Código Penal, dissipou-se a querela que pairava sobre o anterior artigo 152.º do Código Penal – "Maus Tratos" – dado que a atual redação daquele artigo é expresso em admitir que para preencher-se o tipo legal de crime de violência doméstica pode ser suficiente a prática de um só ato ou pode ocorrer com a repetição de condutas ilícitas. Conferir os seguintes arestos: Ac. do TRG, no proc. n.º 639/08.6GBFLG.G1, de 15/10/2002; Ac. do TRL, no proc. n.º 3/16.0PAPST.L1-9, de 01-06/2017; Ac. do TRC, no proc. n.º 1290/12.1PBAVR.C1, de 29/01/2004 (consultados em 22/02/2019). Disponível em: http://www.dgsi.pt.

20 Disponível em: https://www.theduluthmodel.org/wheels/ (consultado em 07/05/2019).

desaprovadas ofensas de natureza verbal ou emocional (constituídas, por exemplo, por injúrias ou expressões que visam denigrir a honra ou a imagem da vítima). Terceiro, são censuradas as condutas que restrinjam a liberdade e autonomia da ofendida, no sentido em que possam reduzir a sua capacidade para tomar decisões ou movimentar-se, ou, em sentido oposto, que possam forçar a vítima a atuar contra a sua vontade. Quarto, são proibidas condutas que atentem contra a liberdade sexual da ofendida. Quinto (e último), são reprovados comportamentos em que o agressor interfira na autonomia financeira da ofendida[21].

Para concluir o conceito de violência doméstica, resta a partir da conduta típica e ilícita exposta descrever os bens jurídicos tutelados pelo artigo 152.º do Código Penal. Neste aspeto, a consonância doutrinal e jurisprudencial não é unânime e, em síntese, podem-se apontar as seguintes posições.

TAIPA DE CARVALHO afirma: "(...) o bem jurídico protegido por este tipo de crime é a saúde – bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental, e bem jurídico este que pode ser afectado por toda a multiplicidade de comportamentos que impeçam ou dificultem o normal e saudável desenvolvimento da personalidade da criança ou do adolescente, agrave as deficiências destes, afectem a dignidade pessoal do cônjuge (...)"[22].

PINTO DE ALBUQUERQUE defende que os bens tutelados são a "integridade física e psíquica, liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e até a honra"[23].

Nos tribunais tem, ainda, sido preconizado que o artigo 152.º do Código Penal visa tutelar não só a saúde, mas igualmente a integridade pessoal, que merece dignidade constitucional conforme o seu artigo 25.º[24].

21 A jurisprudência tem afirmado recorrentemente que a violência doméstica pode configurar-se mediante uma "agressão económica" e, em exemplo, dessa dimensão autónoma tem sido decidido que se preenche o tipo legal previsto no artigo 152.º quando o comportamento do agente impossibilita a ofendida de gerir os seus rendimentos. Conferir os seguintes arestos: Ac. do TRC, no proc. n.º 663/16.5PBCTB.C1, de 07/02/2018, e o Ac. do TRG, no proc. n.º 201/16.06GBBCL.G1, de 06/02/2017 (consultados em 22/02/2019). Disponível em: http://www.dgsi.pt/.

Em sentido diferente, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE afirma que aquela agressão financeira "deve ser subsumida aos maus-tratos psíquicos, isto é, a uma particular modalidade de violência psicológica em consonância com o conceito amplo de violência doméstica da Convenção de Istambul". Conferir nota 7 do artigo 152.º da ob. citada na nota de rodapé n.º 15.

22 CARVALHO, Taipa de – Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 332. Comungam desta posição: SÁ GOMES, Catarina – O Crime de Maus Tratos Físicos e Psíquicos Infligidos ao Cônjuge ou ao Convivente em Condições Análogas às dos Cônjuges. Lisboa: AAFDL, 2004, p. 59; FERNANDES, Plácido Conde – Violência doméstica: novo quadro penal e processual penal. In Revista do CEJ. Lisboa. ISSN 1645-829X. N.º 8, 2004, p. 239-340, p. 305; GARCIA, M. Miguez; RIO, J. M. Castela – Código Penal Anotado. Lisboa: Almedina, 2015, em notas ao artigo 152.º.

Nesta esteira conferir os seguintes arestos: Ac. do TRP, proc. n.º 176/11.1SLPRT.P1, de 26/09/2012 e o Ac. do TRC, proc. n.º 182/06.8TAACN, de 19/11/2008 (consultados em 22/02/2019). Disponível em: http://www.dgsi.pt/.

23 Conferir nota 2 da ob. citada na nota de rodapé n.º 15.

24 Conferir o ponto I do sumário do Ac. do TRL, proc. n.º 3/16.0T.L1-9, de 01/06/2017 (consultado em 22/02/2019). Disponível em: http://www.dgsi.pt/.

Em suma, seja por força da tutela da dignidade humana[25] ou da integridade pessoal[26], o bem ou bens jurídicos tutelados pela referida norma penal encontra expressão e protecção na nossa Lei Fundamental.

Avançando para o conceito legal de vítima em vigor no nosso ordenamento jurídico, convoca-se o Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87[27], que mediante o aditamento imposto pela Lei n.º 130/2015[28], introduziu o artigo 67.º-A sob a epígrafe "Vítima"[29].

Sucede, porém, que antes daquele aditamento ao Código de Processo Penal já estava em vigor a Lei n.º 112/2009, que veio estabelecer "o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas"[30].

Resulta deste diploma, logo no seu artigo 2.º, a noção de vítima nos seguintes termos:

> "(...) a) «Vítima» a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou uma perda material, diretamente causada por ação ou omissão, no âmbito do crime de violência doméstica previsto no artigo 152.º do Código Penal;
>
> b) «Vítima especialmente vulnerável» a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em

25 O artigo 1.º da CRP estatui que: *"Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária."*

26 O artigo 25.º, n.º 1 da CRP reza que: *"A integridade moral e física das pessoas é inviolável."*

27 O Decreto-Lei n.º 78/87 foi publicado em Diário da República, 1..ª série — N.º 40 — 17 de Fevereiro de 1987. Aquele diploma revogou o anterior Código de Processo Penal estatuído pelo Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929, e demais legislação avulsão que o complementou.

28 A Lei n.º 130/2015 foi publicada em Diário da República, 1..ª série — N.º 173 — 4 de Setembro de 2015. Aquele diploma "procede à vigésima terceira alteração ao Código de Processo Penal e aprova o Estatuto da Vítima, transpondo a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001".

29 O artigo 67.º-A estatui o seguinte:
1 – Considera-se:
a) 'Vítima':
i) A pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou um dano patrimonial, diretamente causado por ação ou omissão, no âmbito da prática de um crime;
ii) Os familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido diretamente causada por um crime e que tenham sofrido um dano em consequência dessa morte;
b) 'Vítima especialmente vulnerável', a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social;".

30 A Lei n.º 112/2009 foi publicada em Diário da República, 1..ª série — N.º 180 — 16 de Setembro de 2009.

lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social; (...)".

Ora, é seguro afirmar que é este último conceito que deve ser tido em conta nesta reflexão, dado que aquele integra um regime jurídico especialmente associado à repressão do crime de violência doméstica. Ainda assim, e por comparação com a noção integrante na lei geral – entenda-se no Código de Processo Penal –, constata-se que o artigo 67.º-A não acrescenta qualquer elemento relevante que seja adequado levar-se aqui em consideração.

Confrontando o conceito de "vítima" e "vítima especialmente vulnerável" com o tipo legal de crime de violência doméstica verifica-se uma correlação intrínseca entre ambos. Por um lado, porque as condutas que se pretendem reprimir – nomeadamente, a violência física, psicológica, verbal, económica e sexual – representam os diferentes tipos de danos que poderão ser infligidos na pessoa ofendida. E por outro, porque a pessoa ofendida que o referido tipo legal de crime visa proteger, por estar numa situação de especial vulnerabilidade em função da "idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica", faz sobressair que aquela possa ser considerada uma "vítima especialmente vulnerável".

Por fim, a identificação de (cidadão) estrangeiro no nosso ordenamento jurídico verifica-se, imediatamente, na Constituição da República Portuguesa (CRP).

Ainda que o artigo 15.º da CRP, sob a epígrafe "Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus", não apresente uma noção expressa de estrangeiro, efetua um claro reconhecimento do seu estatuto jurídico, dado que consagra que aquele, por se encontrar ou residir em Portugal, goza dos mesmos direitos e está obrigado aos mesmos deveres do cidadão português.

A alusão ao cidadão português obriga, agora, a refletir sobre quem se pode considerar titular da cidadania portuguesa. E apreciando, novamente a CRP, o artigo 4.º aponta, embora de modo muito circunscrito, que os cidadãos portugueses são "todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional."

Feita a conjugação de ambos os preceitos fundamentais – artigo 4.º e artigo 15.º – pode-se inferir que um cidadão estrangeiro é uma pessoa que resida ou se encontre em território português, ao qual não é atribuído pelo direito interno ou internacional, o direito a adquirir a cidadania portuguesa.[31]

Acresce que o reconhecimento atual de uma cidadania europeia, imposta pela ordem jurídica comunitária, vem limitar aquele conceito de estrangeiro aos cidadãos que não sejam nacionais de qualquer Estado-membro da União Europeia. Isto porque e apenas

31 CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. 4..ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 357.

focando o aspecto que mais importa para esta análise, os cidadãos da União Europeia gozam da liberdade de circulação de pessoas, de residência e de trabalho por todo o território daquela União.

A diferença fundamental que separa um cidadão português de um estrangeiro reside na capacidade de gozo de maior ou menor número de direitos, bem como de sujeição a deveres, dado que a CRP estabelece o princípio da equiparação entre aqueles, embora com limitações para o estrangeiro, que se prendem no mais importante com a vedação deste ao exercício da soberania nacional[32].

Embora a CRP efetue o reconhecimento de (cidadão) estrangeiro, é em lei ordinária que se encontram definidas "as condições e procedimentos de entrada, permanência, saída e afastamento de cidadãos estrangeiros do território português"[33].

Observado este diploma salientam-se duas definições que (mais adiante se vão relevar essenciais para a presente reflexão e) são: "Regresso"[34] e "Residente legal"[35].

À luz da referida lei, pode-se considerar estrangeiro a pessoa que se encontre ou resida em Portugal de modo legal. Porém, quando se verificar, por qualquer motivo, que o cidadão estrangeiro deixe de possuir uma autorização válida para permanecer no território português, pode ser afastado do território português e ser obrigado a regressar ao país da sua naturalidade ou ao país de onde proveio ou, ainda, ao país que escolha, desde que este o aceite[36].

III. Violência doméstica e estrangeiros em Portugal

Portugal possui movimentos migratórios compostos pelos cidadãos que pretendem sair do nosso território – fluxo emigratório – e pelos cidadãos que pretendem ingressar em solo português – fluxo imigratório.

32 Artigo 15.º, n.º 2 da CRP estatui o seguinte: *"Exceptuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses."*

33 A Lei n.º 23/2007 foi publicada em Diário da República, 1..ª série — N.º 127 — 4 de Julho de 2007. Esta lei é comumente designada por Lei de Estrangeiros e já foi objeto de diversas alterações legais, tendo a última sido operada pela Lei n.º 26/2018, de 5 de Julho.

34 Artigo 3.º, n.º 1, alínea u), da lei citada na nota de rodapé n.º 33.

35 Artigo 3.º, n.º 1, alínea v), da lei citada na nota de rodapé n.º 33.

36 O afastamento do cidadão estrangeiro de Portugal não tem um caráter absoluto atento o princípio do "non-refoulement". Este é um princípio imperativo que emana do direito internacional, sendo, por isso, considerado como *ius cogens*, segundo o qual não se deve repelir o cidadão estrangeiro para um Estado onde seja ameaçada a sua vida ou a sua liberdade. No nosso ordenamento jurídico, aquele princípio encontra-se espelhado na Lei de Concessão de Asilo ou Proteção Subsidiária (aprovada pela Lei n.º 27/2008, que foi publicada no Diário da República, 1..ª série — N.º 124 — 30 de Junho de 2008), nomeadamente no artigo 2º, n.º 1, alínea aa) e no artigo 47.º.

Ambos os fluxos são realizados por cidadãos portugueses, cidadãos europeus ou cidadãos estrangeiros, e são efectuados de modo a que o seu sentido muda tão frequentemente, que até se pode perder a noção de quem entra ou sai do território[37].

O crescente fluxo migratório tem proporcionado a criação de laços familiares entre cidadãos nacionais e estrangeiros, ora mediante a constituição de matrimónios, que a doutrina apelida de "casamentos transnacionais", ora por situações de união de fato, não sendo Portugal exceção a este fenómeno[38].

A correlação entre, por um lado, a constituição de uma família composta por cidadãos portugueses e cidadãos estrangeiros, e por outro, a violência doméstica, é evidente uma vez que a relação familiar consubstancia um contexto potenciador para a ocorrência do crime de violência doméstica.

Acresce que aquela conexão torna-se especial na medida em que a pessoa estrangeira pode estar isolada e, assim, à mercê do agente do crime, que almeja pelo controlo da vítima. Este isolamento pode assumir diferentes feições, tais como a vítima estar afastada geograficamente da sua família e demais pessoas em quem confiava, não dominar a língua do país onde reside, não possuir trabalho, *et cætera*.

Ora, ocorrendo a prática de um crime de violência doméstica contra uma pessoa estrangeira que se encontre – permanente ou temporariamente – em Portugal, a vítima beneficia de um conjunto de direitos e garantias fundamentais idênticos àqueles que são facultados aos cidadãos portugueses, por força do princípio da equiparação previsto no artigo 15.º da CRP.

Emerge, logo à cabeça, entre aqueles direitos a faculdade de apresentar queixa[39]. E esta pode ser exercida, pessoalmente, junto das autoridades policiais (Polícia de Segurança Pública[40] ou Guarda Nacional Republicana) ou dos serviços competentes do Ministério Público ou, ainda, mediante a apresentação de uma queixa eletrónica[41]. Embora o ato de queixa seja pessoal, a vítima estrangeira pode em Portugal contar com o auxílio de entidades que apoiam vítimas de violência doméstica (como, por exemplo, a APAV[42], UMAR[43],

37 ROCHA-TRINDADE, Maria Beatriz – Sociologia das Migrações. Lisboa: Universidade Aberta de Lisboa, 1995, p. 33.

38 TOGNI, Paula (coord.); RAPOSO, Paulo – Fluxos Matrimonais Transnacionais entre Brasileiras e Portugueses: Género e Imigração. Estudos do Observatório da Migração do Alto Comissariado para as Migrações, n.º 38, Lisboa, 2009, p. 15.

39 Artigo 113.º do Código de Processo Penal e artigo 29.º da Lei n.º 112/2009.

40 A queixa pode ser apresentada em qualquer posto da PSP ou GNR, se bem que existem espaços que podem oferecer um atendimento especializado às vítimas de violência doméstica compostos quer por agentes de autoridade, quer por técnicos com habilitações para apoiar aquelas vítimas. Entre estes locais destaca-se o "Espaço Júlia – RIAV (Resposta Integrada de Apoio à Vítima)" situado junto ao Hospital Santo António dos Capuchos na cidade de Lisboa e a "Casa da Maria" localizada na sede da PSP de Oeiras.

41 Disponível em: https://queixaselectronicas.mai.gov.pt (consultado em 07/05/2019).

42 Disponível em: https://apav.pt/ (consultado em 07/05/2019).

43 Disponível em: http://www.umarfeminismos.org/ (consultado em 07/05/2019).

AMCV[44]) ou apoiam imigrantes (como é o caso da Rede CLAIM – Centros Locais de Apoio à Integração de Migrantes)[45].

Na eventualidade da vítima não apresentar queixa e a partir do momento que uma pessoa ou uma entidade tome conhecimento do crime praticado, tem o dever de denunciar a situação às autoridades competentes acima elencadas, dado que estamos perante um crime de natureza pública[46]. Ainda que haja aquele ónus de denúncia, tem sido *praxis* dos serviços especializados no apoio às vítimas de violência doméstica gerir o prazo de 6 meses, ao fim do qual prescreve o direito à queixa, no sentido de denunciar no momento em que já se tenha implementado uma estratégia de proteção da vítima, evitando-se que o conhecimento da queixa por parte do agente do crime coloque a vítima numa situação de maior perigo do que aquela em que estava antes da respectiva participação.

Após a referida denúncia e desde que não se constatem fortes indícios daquela ser infundada, é atribuído à vítima pelas autoridades competentes o estatuto de vítima.[47] Este estatuto "contém um conjunto de medidas que visam assegurar a proteção e a promoção dos direitos das vítimas da criminalidade"[48] e é reduzido a escrito, dado que no final da participação as autoridades competentes entregam à vítima um documento, que elenca os direitos e deveres que assistem à pessoa ofendida, juntamente com uma cópia do auto de notícia ou da apresentação da queixa[49].

O conjunto de direitos que assistem à vítima merecem um enquadramento legal que se subdivide em tutela policial, judicial e social, chamando-se de seguida à colação aqueles que sejam especificamente mais relevantes para a presente reflexão, embora hajam mais direitos que a protejam do que aqueles que de seguida serão explanados[50].

Assim e primeiro eleva-se o direito à informação que, por um lado, impõe às autoridades a obrigação de comunicação dos direitos que assistem às vítimas e os deveres que aquelas devem respeitar, bem como toda a dinâmica processual subsequente à participação. E por outro, estabelece que a comunicação deve ser prestada à vítima de modo a que possa com-

44 Disponível em: http://www.amcv.org.pt/ (consultado em 07/05/2019).
45 Contabilizam-se no presente cerca de 100 CLAIM espalhados por Portugal Continental e Insular.
46 A natureza pública do crime de violência doméstica decorre da alteração provocada ao Código Penal pela Lei n.º 59/2007 e é uma expressão de protecção máxima da dignidade da pessoa humana.
47 Artigo 14.º, n.º 1 da lei citada na nota de rodapé n.º 28.
48 Conferir nota de rodapé n.º 28.
49 Artigo 14.º, n.º 3 da lei citada na nota de rodapé n.º 28.
50 Assistem às vítimas de violência doméstica um leque variado de direitos, previstos na Lei n.º 112/2009, tais como: celeridade na mudança do tempo de trabalho ou na mobilidade interna, quer esteja ao serviço de uma entidade patronal privada, quer pública (artigo 41.º e artigo 42.º); justificação das faltas ao trabalho, sendo remunerada a ausência até 30 dias (artigo 43.º); apoio ao arrendamento ou na obtenção de fogo social (artigo 45º); transferência célere do abono de família para a vítima que tenha menores a seu cargo (artigo 47º); prioridade no acesso ao emprego e formação profissional (artigo 48.º); tratamento clínico e atendimento especializado pelo Serviço Nacional de Saúde (artigo 49.º); isenção de taxas moderadoras (artigo 50.º).

preender e ser compreendida. Desta última garantia decorre, essencialmente, o recurso à tradução (quer de documentos, quer de atos orais, mediante a utilização de tradutores ou intérpretes), à aplicação de termos acessíveis e, ainda, à possibilidade da vítima fazer-se acompanhar por outra pessoa em quem confie, que não tem de ser necessariamente um profissional (por exemplo, o advogado), para ajudar aquela a compreender melhor o decurso do processo, desde que tal não interfira com os interesses da ofendida ou com o desenvolvimento processual[51].

Apenas através destas garantias se pode derrubar um obstáculo enorme constituído, habitualmente, pela língua que os estrangeiros enfrentam em Portugal. Ainda que aqueles possam também ser oriundos dos países que têm como língua oficial a língua portuguesa, é importante destacar que a terminologia técnico-jurídica nem sempre se apresenta acessível à compreensão dos cidadãos.

Segundo, o acesso ao direito, que habitualmente se concretiza ora pela consulta jurídica, ora pelo patrocínio forense. Nesta última faceta, a vítima pode fazer-se acompanhar de advogado perante qualquer autoridade. O legislador estabeleceu, ainda, que a nomeação do mesmo advogado pode ocorrer para os diferentes processos que a vítima de violência doméstica tenha necessidade de instaurar, tais como o processo de divórcio, de regulação das responsabilidades parentais, de promoção e proteção de menores, de alimentos, entre outros, para além do processo-crime. Assim, se previnem as consequências secundárias ou colaterais que a vítima pode sofrer com a necessidade de contar em diferentes ocasiões a sua história de vida e as circunstâncias em que ocorreu o crime de violência doméstica, dado que essa factualidade poderá ser crucial para a instrução dos diferentes processos que a vítima pretenda instaurar[52]. Como apanágio de um direito fundamental, o acesso ao direito, em qualquer umas das referidas aceções, não pode ser limitado por razões de carência económica da vítima[53].

Terceiro, o direito à proteção garante à vítima medidas adequadas que visem afastar situações de revitimação, de represálias ou de forte perturbação da sua privacidade[54]. A concretização daquele direito manifesta-se de diferentes modos, dos quais se destacam: o evitamento de contato entre a vítima e o arguido em diligências judiciais que impliquem a presença de ambos[55]; a garantia que o depoimento da vítima em audiência pública seja

51 Artigo 15.º, da Lei n.º 112/2009, artigo 12.º da Lei n.º 130/2015 e artigos 64.º, n.º 1 alínea d), 92.º, n.º 2 e 166.º, n.º 1 do CPP.
52 Artigo 25.º, n.º 2, da Lei n.º 112/2009.
53 Artigo 20.º, n.º 1 e n.º 2 da CRP, e artigo 25.º da Lei n.º 112/2009.
54 Artigo 20º, n.º 1, da Lei n.º 112/2009 e artigo 15º, n.º 1, da Lei n.º 130/2015.
55 Artigo 20º, n.º 2, da Lei n.º 112/2009 e artigo 15º, n.º 2, da Lei n.º 130/2015.

realizado em termos que aquela não se sinta coagida[56]; a proteção da vítima mediante o serviço de proteção por teleassistência[57]; a possibilidade das vítimas, que pretendam sair da sua habitação permanente para pôr termo à violência doméstica e não disponham de uma habitação alternativa, seja própria, seja do círculo de pessoas familiares ou amigos que a apoiam, contarem com a "rede nacional de apoio às vítimas de violência doméstica", composta por estruturas de atendimento, acolhimentos de emergência e "casas abrigo"[58]. Este apoio é totalmente gratuito e pode ser accionado, inclusive, por uma simples chamada telefónica, nomeadamente para o número 144, que corresponde à Linha Nacional de Emergência Social (LNES)[59].

As estruturas de atendimento são compostas por "equipas técnicas que atendem, apoiam e encaminham as vítimas de violência doméstica" para os serviços ou autoridades que sejam adequados às necessidades da pessoa ofendida.

Os acolhimentos de emergência são habitações que alojam aquelas vítimas em situação de emergência, motivada esta sobretudo por ausência de uma habitação que garanta segurança à vítima e por receio desta de represálias do alegado agressor, por um período que pode estender-se até 15 dias ou, excecionalmente, até 30 dias.

As "casas abrigo" são residências que acolhem as vítimas de violência doméstica e respetivo agregado familiar que daquela dependam – sejam menores, sejam maiores com deficiência – até 6 meses ou, excecionalmente, até 1 ano. Este apoio visa garantir um acompanhamento que comece por assegurar estabilidade e segurança ao agregado e, seguidamente, permita aquela família edificar a sua autonomização em condições de segurança que afastem a reincidência da violência.

56 Artigo 20º, n.º 3, da Lei n.º 112/2009.

57 Artigo 20º, n.º 4, da Lei n.º 112/2009. O serviço de teleassistência foi introduzido no nosso ordenamento jurídico pela Portaria n.º 220-A/2010, de 16 de Abril, que já sofreu uma alteração imposta pela Portaria n.º 63/2011, de 3 de Fevereiro, e "assenta num sistema tecnológico constituído por um conjunto de equipamentos, aplicações informáticas e sistemas de comunicação e infra-estruturas técnicas que permitem apoiar as vítimas com necessidades especiais de protecção. Este sistema funciona com base na utilização de tecnologias de comunicação móvel e telelocalização, assegurando à vítima uma resposta rápida e eficaz perante situações de perigo/risco e apoio emocional permanente, vinte e quatro horas por dia e 365 dias por ano." Aquele serviço encontra-se sob a alçada da Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (CIG). Cf. https://www.cig.gov.pt/teleassistencia-a-vitimas-de-violencia-domestica/.

58 O diploma em vigor que regula aquelas estruturas de apoio às vítimas de violência doméstica é o Decreto Regulamentar n.º 2/2018, publicado em Diário da República, 1..ª série — N.º 17 — 24 de Janeiro de 2018.

59 A Resolução do Conselho de Ministros n.º 91/2001, publicada em Diário da República, 1..ª série B — N.º 181 — 6 de Agosto de 2001, aprovou o "Plano Nacional de Acção para a Inclusão". Deste plano fez parte a criação do LNES e foi naquela data estabelecida a meta de criar "casas abrigo" para as vítimas de violência doméstica. No guia prático do Instituto da Segurança Social é definido que a LNES "é um serviço público, gratuito, de âmbito nacional, com funcionamento contínuo e ininterrupto (24h por dia, todos os dias do ano), que tem como objetivo garantir resposta imediata a situações que necessitem de atuação emergente e urgente no âmbito da proteção social". Disponível em: http://www.seg-social.pt/documents/10152/27217/N38_LNES/652c361e-4460-419f-97fd--3dde5ddab962.

Quarto, o direito à restituição dos bens pertencentes à vítima, que se opera, por um lado, mediante a devolução célere dos objetos que lhe pertencem após a devida examinação no âmbito do processo penal[60]. E por outro, concretiza-se na possibilidade da vítima retirar da residência onde vivia com o alegado agressor os seus pertences pessoais e (quando possível) os bens móveis próprios, bem como os haveres dos menores ou maiores com deficiência que dependam da vítima. Para garantir a total segurança da vítima na recuperação dos referidos objetos, aquela pode-se fazer acompanhar das autoridades policiais[61].

Quinto, o direito à antecipação da indemnização[62], sem precludir o direito a ser ressarcida no âmbito do processo penal[63]. Embora a vítima de violência doméstica possa receber adiantadamente a indemnização concedida pelo Estado Português, mediante a prévia avaliação por parte da Comissão Nacional de Apoio às Vítimas de Crimes (CNAVC), pode ser compelida ao reembolso nas situações em que posteriormente venha a receber uma compensação económica para reparação, total ou parcial, dos danos sofridos[64].

A referida antecipação da indemnização ocorre quando for perpetuado o crime de violência doméstica contra uma pessoa e esta em virtude desse crime fique sujeita a uma situação de grave carência económica. Esta compensação económica[65] pode ascender até ao montante equivalente ao salário mínimo nacional e estender-se até 1 ano[66].

Por fim, os direitos conferidos à vítima residente fora de Portugal passam, essencialmente, por medidas concretas que evitem que a distância geográfica se revele um entrave ao andamento normal do processo, ainda que a natureza seja urgente nos processos-crime de violência doméstica. Entre aquelas medidas evidenciam-se as declarações para memória futura logo após a participação e o recurso à videoconferência para as diligências judiciais[67].

A vítima que reside noutro Estado da União Europeia pode, ainda, beneficiar de uma decisão de proteção europeia, que efetive as medidas de coação, injunções ou regras de conduta decretadas em sede de inquérito, ou, as penas principais ou acessórias proferidas na fase de julgamento[68].

60 Artigo 21.º, n.º 3, Lei n.º 112/2009 e artigo 16.º, n.º 3, da Lei n.º 130/2015.
61 Artigo 21.º, n.º 4, Lei n.º 112/2009.
62 A Lei n.º 104/2009, publicada em Diário da República, 1..ª série — N.º 178 — 14 de Setembro de 2009, aprovou "o regime de concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica". Por sua vez, a Portaria n.º 403/2012, publicada em Diário da República, 1..ª série — N.º 237 — 7 de Dezembro de 2012, aprovou "os modelos de requerimento para a concessão do adiantamento da indemnização por parte do Estado pelas vítimas de crimes violentos e de violência doméstica". De acordo com os referidos diplomas compete à CNAVC a análise e concessão das indemnizações. Cf. https://cpvc.mj.pt/.
63 Artigo 21.º, n.º 1, da Lei n.º 112/2009 e artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 130/2015.
64 Artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 104/2009
65 Artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 104/2009.
66 Artigo 6.º, n.º 2, da Lei n.º 104/2009.
67 Artigo 23.º, n.º 2, da Lei n.º 112/2009, e artigo 19.º, n.º 3, da Lei n.º 130/2015.
68 Artigo 23.º, n.º 1 e n.º 4, da Lei n.º 112/2009.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 122-148

IV. Violência doméstica e estrangeiros em situação irregular em Portugal

O crime de violência doméstica praticado em Portugal contra um estrangeiro é – na mesma medida em que fosse perpetuado contra um nacional, por força do princípio fundamental da equiparação[69] – um atentado à sua dignidade humana, integridade física e moral, à liberdade e autodeterminação sexual, e até à proteção familiar, devendo, por isso, gozar dos mesmos direitos que um cidadão nacional.

A possibilidade de um estrangeiro se encontrar em situação irregular não deve(ria) diminuir a tutela da sua pessoa e família, motivo pelo qual deve(ria) ter ao seu dispor os direitos que assistem a outra vítima de violência doméstica, seja esta um cidadão nacional, cidadão europeu ou cidadão estrangeiro, que neste último caso se encontre ou resida em Portugal com habilitação documental legalmente válida.

Sucede que a denúncia do crime junto das autoridades judiciárias competentes efetuada por um cidadão estrangeiro, cuja entrada ou permanência em Portugal seja irregular, desencadeia a notificação do mesmo para comparecer no SEF ou pode mesmo provocar a sua detenção imediata pelas autoridades policiais. Por conseguinte e respetivamente, o cidadão estrangeiro será convidado a abandonar voluntariamente o país[70] ou será expulso do território nacional[71].

Deste modo, a vítima estrangeira que esteja em situação irregular em Portugal pode ser envolvida em dois processos, nomeadamente um processo-crime associado à violência doméstica e um processo administrativo com vista ao seu afastamento compulsório do país.

A correlação entre estes dois processos pode gerar uma situação atípica uma vez que o afastamento do território português pode-se efetivar em momento prévio à conclusão do processo-crime.

Ainda que o desenvolvimento processual deste último tenha um caráter urgente, pode não se revelar tão célere quanto o processo administrativo, dado que, por um lado, o SEF pode notificar o cidadão estrangeiro para abandonar voluntariamente o país no prazo de 10 a 20 dias[72], e, por outro, o SEF pode ter o dever de apresentar, no prazo de 48 horas, o cidadão ao tribunal competente para validar a decisão de afastamento coercivo[73]. Embora esta

69 Artigo 15.º, n.º 1 da CRP.
70 Artigo 138º, n.º 1, da Lei n.º 23/2007. Conferir nota de rodapé n.º 33.
71 Artigos 134.º, 140.º, 146.º e 181.º da Lei n.º 23/2007. Conferir nota de rodapé n.º 33.
72 Conferir nota de rodapé n.º 70.
73 Artigo 146.º da Lei n.º 23/2007.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 122-148

última decisão seja suscetível de impugnação judicial, a lei apenas prevê que os efeitos da ação sejam meramente devolutivos[74].

São diversas as vozes doutrinárias que apelam à igualdade plena (salvo, as restrições plasmadas no artigo 15.º, n.º 2 da CRP, que atentam, sobretudo, à soberania nacional estar reservada a cidadãos nacionais) entre os cidadãos portugueses e os cidadãos estrangeiros, o que *a contrario sensu* pode ser entendido como uma refutação contra a eventual expulsão dos cidadãos estrangeiros vítimas de violência doméstica, nos moldes (acima descritos) em que a lei portuguesa permite que seja efetuada, independentemente da regularidade, ou não, da situação de permanência ou residência no Estado Português.

JORGE MIRANDA, neste sentido, defende que "o princípio geral do Direito português – na linha de uma bem ancorada e própria tradição – é de equiparação, de igualdade ou, talvez melhor, de extensão aos estrangeiros dos direitos conferidos aos portugueses. Mas a Constituição de 1976 vai mais longe, numa perspectiva universalista desconhecida das Constituições anteriores (...). Essa perspectiva universalista resulta da inserção dos direitos fundamentais no sentido decorrente da Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16.º, n. 2)"[75].

GOMES CANOTILHO pugna que "a equiparação dos cidadãos estrangeiros e dos apátridas aos cidadãos portugueses vale para todos os direitos, pelo que, além da tradicional paridade civil e dos clássicos direitos de liberdade, eles gozam também, em princípio, dos direitos de prestação, como, por exemplo, ao direito à saúde, ao ensino, à habitação, etc. (...) Os estrangeiros que não beneficiam de direitos sociais integrados nos sistemas sociais contributivos, beneficiam de prestações inerentes à garantia de um standard mínimo de existência, postulado pela dignidade da pessoa humana"[76].

OLÍVIA GOMES entende que "submeter alguém a um processo de retirada compulsória de um país por sua situação irregular de permanência, após denúncia das agressões que sofreu, sem observância de seus direitos fundamentais, desrespeitando a sua dignidade e integridade, é colocar no mesmo patamar o fato de não ter os documentos necessários à permanência no país e o delito de violência doméstica"[77].

74 Artigo 150.º da Lei n.º 23/2007. A impugnação judicial deve ser concretizada mediante a ação administrativa para impugnação de atos administrativos, prevista no artigo 37.º, n.º 1, alínea a) do CPTA. Sucede, porém, que a providência cautelar para a suspensão da eficácia de ato administrativo (prevista no artigo 112.º, n.º 2, alínea a) do CPTA) poderá salvaguardar melhor os interesses e direitos do cidadão estrangeiro dado a lei conferir caráter de urgência a este tipo de ação.

75 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição da República Portuguesa Anotada. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 132.

76 CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada...* , p. 357.

77 GOMES, Olívia Maria Cardoso – Violência Doméstica e Migrações – Estudo Comparado das Legislações Portuguesa, Brasileira e Espanhola sobre Violência Doméstica em Comunidades de Imigrantes. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 103.

A mesma autora defende que a irregularidade da situação de permanência ou residência em Portugal por parte de estrangeiros que sejam vítimas de violência doméstica pode ser colmatada com a hipótese de ser concedida uma autorização excecional de residência por razões humanitárias[78]. Ainda assim, eleva essa possibilidade sem grande entusiasmo dado que a referida autorização é atribuída pelo diretor nacional do SEF ou pelo membro do Governo responsável pela área da administração interna[79], de um modo discricionário e sem qualquer obediência a critérios legais ou sequer ao Ministério Público.

A referida discricionariedade tem sido reflectida em diversos arestos, inclusive do Supremo Tribunal Administrativo, que tem pugnado pela atuação da Administração Pública na concessão, ou não, de autorização excepcional de residência ser «apenas sindicável nos seus aspectos vinculados, designadamente os relativos à competência, à forma, aos pressupostos de facto e à adequação ao fim prosseguido e, quanto aos "limites internos" do exercício desse poder, designadamente o respeito pelos princípios da igualdade, justiça e imparcialidade.»[80]

Isto quer dizer que a reação – mediante a ação de impugnação judicial – ao indeferimento da concessão da autorização de residência excepcional, por razões humanitárias[81], a uma vítima de violência doméstica, terá que, no caso concreto, conter factos que concretizem ou corporizem bastante aquelas razões, dado que a jurisprudência tem defendido que somente erros grosseiros ou a aplicação manifestamente inadequada daquele critério podem possibilitar a inversão da decisão (administrativa) inicial de não concessão[82].

Perante isto torna-se evidente que a vítima de violência doméstica numa situação irregular em Portugal possui mais um motivo para sentir-se inibida de denunciar o crime às autoridades, para além das razões típicas que influenciam uma vítima não pretender participar o crime. Estas, de um modo lato, estão associadas à relação de "poder-controlo" criada pelo alegado agressor sobre a vítima, que fazem esta ficar numa situação de dependência ou carência (afectiva, económica ou laboral, social, familiar, *et caetera*), que tornam sérias e elevadas as dificuldades para a vítima concretizar a rutura conjugal.

É habitual entre as referidas razões de dependência encontrar-se a presença de filhos em comum, que motivam (sendo que, em muitas ocasiões, apresenta-se mesmo como a

78 Ob. cit. nota de rodapé n.º 77, p. 102.
79 Artigo 123.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2007. Conferir nota de rodapé n.º 33.
80 Conferir o Ac. do STA, proc. n.º 044852, de 07/02/2001 (consultado em 22/02/2019). Disponível em: http://www.dgsi.pt/.
81 Conferir o Ac. do STA, proc. n.º 0272/02, de 31/10/2002 (consultado em 22/02/2019). Disponível em: http://www.dgsi.pt/.
82 Conferir nota de rodapé n.º 80.

principal causa) a vítima a permanecer na relação com o alegado agressor ambicionando, ainda, uma família unida.

Ainda que esta intenção de permanência não configure a situação ideal para a vítima uma vez que mantém-se sujeita ao perigo de incorrer em mais danos, cuja tendência neste contexto pauta-se pela gravidade das condutas serem crescentes, pretende-se, agora, refletir em que medida a "fragilidade" da vítima estrangeira em situação irregular em Portugal –, caracterizada pelo seu afastamento do território poder verificar-se em momento prévio à apreciação judicial do crime de violência doméstica, – pode ser equilibrada pela sua intenção de permanecer junto da família.

Por outras palavras e de modo interrogativo: a protecção da vida familiar dos estrangeiros em situação irregular pode configurar um limite efectivo ao princípio da soberania territorial?

A protecção da vida familiar é uma incumbência do Estado e da sociedade[83], tendo em consideração que a família é apreciada como um elemento fundamental da sociedade[84].

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA ensinam que a família é uma "instituição jurídica necessária" porque trata-se de um "fenómeno da vida, e não, uma criação jurídica."[85] Mais defendem que "o direito à convivência" é a expressão mais frequente e preponderante da unidade familiar que carece da referida protecção, razão pela qual deverão haver normas que garantam a reunião ou impeçam a separação dos membros da família.[86]

A referida reunião ou não separação familiar deve ser garantida pelo Estado Português quer aos cidadãos nacionais, quer aos cidadãos estrangeiros, sendo que a estes últimos é garantido, ainda, por força dos ditames jurídicos decorrentes de tratados ou convenções internacionais e dos princípios constitucionais, o direito ao reagrupamento familiar.[87] Nesta esteira, a nossa Lei Fundamental prescreve o princípio do não afastamento dos filhos dos pais, desde que estes assumam os seus deveres para com os menores[88].

Acontece que os pais que não zelem pelo cumprimento daqueles deveres poderão ser afastados mediante, sempre, uma decisão judicial, evidenciando a soberania e autonomia do Estado em impor regras que poderão impedir a protecção da unidade familiar. Assim como e em prol do supremo interesse da criança, o Estado poderá através de uma decisão

83 Por força do artigo 18.º, n.º 3, da CRP, as entidades privadas devem respeitar os "*preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias*".
84 Artigo 67.º da CRP.
85 Ob. cit. nota de rodapé n.º 31, página 856.
86 Ob. cit. nota de rodapé n.º 31, páginas 857 e 858.
87 PINTO, Ana Luísa; CANOTILHO, Mariana – O Tratamento dos Estrangeiros e das Minorias na Jurisprudência Constitucional Portuguesa. In Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 231.
88 Artigo 36.º, n.º 6. da CRP.

judicial, mais do que limitar os convívios dos menores com os progenitores, inibir o exercício das responsabilidades parentais[89].

Contanto que o estrangeiro esteja regular em Portugal, o facto de ser pai ou mãe não garante o direito absoluto de permanecer no nosso território e evitar o afastamento decorrente da decisão administrativa ou judicial. Tanto assim é que a lei prevê como limite à expulsão a situação dos estrangeiros que "tenham filhos menores, nacionais de Estado terceiro, residentes em território português, relativamente aos quais assumam efetivamente responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação"[90]. *A contrario sensu*, depreende-se que aqueles progenitores que não cumpram os seus deveres parentais não gozarão do direito de permanência no Estado Português.

No entanto, o estrangeiro não pode gozar do referido limite legal à expulsão quando se encontre irregular em Portugal. Ainda que o afastamento de um estrangeiro irregular em Portugal o impeça de conviver com as crianças de quem seja progenitor e, de um modo lato, do exercício das responsabilidades parentais, aquela decisão administrativa não tem por objectivo impedir a união familiar, mas tão-somente aplicar uma consequência pela violação das normas que regulam a entrada e permanência no território. Em termos práticos, esta posição pode ser mais um argumento dissuasor para o estrangeiro vítima de violência doméstica optar pelo silêncio e garantir o contato com os filhos ou filhas, ao invés de participar o crime às autoridades e deixar de viver no que a doutrina define de terrorismo íntimo[91].

Posto isto, conclui-se que sobrepõe-se o princípio da soberania territorial ao princípio da protecção da vida familiar dos estrangeiros que estejam em situação irregular e, com isso, eleva-se a desprotecção do estrangeiro vítima de violência doméstica, que vê a sua dignidade humana ser esmagada pela ilegalidade documental, sem pesar que esta última pode até ser provocada no âmbito da relação de "poder-controlo" que subjuga a pessoa ofendida ao agente do crime.

Em Portugal, a protecção dos direitos fundamentais a estrangeiros que se encontrem documentalmente ilegais não pode resumir-se à participação do crime às autoridades e à (mera) expectativa que o processo-crime vai percorrer as fases processuais ordinárias sem garantia efectiva que o agente de crime seja, ou não, acusado, pronunciado ou condenado, enfraquecendo-se a tutela jurisdicional efectiva, que "para defesa dos direitos, liberdades e

89 Artigo 1913.º e ss. do Código Civil.
90 Artigo 135.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 23/2007.
91 JOHNSON, Michael – Violence and Abuse in Personal Relationships: Conflict, Terror, and Resistance in Intimate Partnerships. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 557-576.

garantias pessoais, (...) assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade".

Qualquer tentativa no sentido de suportar que o decurso do processo-crime não é inviabilizado pela irregularidade documental da vítima estrangeira – porque, por exemplo, pode a vítima prestar declarações para memória futura[92], que servirá de prova em audiência de julgamento, ou podem ser aplicadas medidas de coacção ao arguido que decretem a proibição de contactos – fica aquém quando a vítima vê restringidos os seus direitos fundamentais que, nestas circunstâncias, são concretizados em diversos apoios, tais como: habitacional (inclusive, "casas abrigo"[93]), económico (por exemplo, o rendimento social de inserção), profissional (por exemplo, prioridade em obter trabalho ou formação profissional), educacional (por exemplo, não ter acesso a formas de aprendizagem da língua portuguesa).

Urge, assim, uma alteração à nossa Lei que regula a "Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiro do Território Nacional" com vista a contemplar com efetividade a proteção dos estrangeiros que sejam vítimas de violência doméstica.

Para o efeito, o legislador nacional pode até seguir o exemplo do seu congénere espanhol, que impôs em 2009 pela "Ley Orgánica 2/2009", de 11 de Dezembro, uma alteração à "Ley Orgánica 4/2000", de 11 de Janeiro, sobre os direitos e liberdades dos estrangeiros em Espanha, prevendo no seu artigo 31.º, n.º 3, a concessão de uma autorização de residência temporária, por razões humanitárias, que possibilitem a colaboração com a justiça, o que seguramente assegura à vítima de violência doméstica a participação no processo-crime até à decisão final[94].

V. Considerações finais

Em plena era de globalização, a livre circulação de pessoas colide com as normas impostas por Portugal, demais Estados-membros da União Europeia e até pela própria União, que limitam o acesso ou repelem os estrangeiros daqueles territórios[95].

92 Conferir nota de rodapé n.º 67.

93 Artigo 40º, n.º 3, do Decreto Regulamentar n.º 2/2018 estatui que: "o alojamento compreende, ainda, a prestação de serviços básicos, nomeadamente alimentação, higiene, proteção e segurança."

94 A referida lei foi publicada no Boletín Oficial del Estado, n.º 299, em 12/12/2009, pág. 104986 a 105031 (consultado em 07/05/2019) . Disponível em: https://www.boe.es/boe/dias/2009/12/12/pdfs/BOE-A-2009-19949.pdf
O artigo 31.º, sob a epígrafe "Situación de residencia temporal", estatui no seu n.º 3 o seguinte:
La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado.

95 SOUSA, Constança Urbano de – Cidadania da Europeia à venda?. Observare – Universidade Autónoma de Lisboa, 2016. [Consultado em 07 de Maio de 2019]. Disponível em: http://janusonline.pt/images/anuario2015/1.6_ConstancaSousa_cidadaniaUE.pdf.

A partir deste pressuposto legal questiona-se na presente reflexão em que medida a proteção da vida familiar dos estrangeiros, que se vejam envolvidos numa situação de violência doméstica e estejam em situação irregular, pode ser um limite efetivo ao princípio da soberania territorial em matéria de direito dos estrangeiros?

É uma questão preocupante nos tempos atuais dado que a violência doméstica é um flagelo social que não tem fronteiras e pode atingir qualquer pessoa, independentemente da sua origem, cultura, língua, instrução, capacidade económica, profissão, religião, idade, orientação sexual, saúde, *et caetera*.

A inquietação eleva-se quando os dados apontam, por um lado, que em 2013 cerca de 35 por cento das mulheres no mundo tinham sido ofendidas física ou sexualmente pela pessoa com quem mantinham, ou não, um relacionamento habitual[96].

Por outro lado, os índices de femicídio verificados em Portugal mais elevados situaram-se em 2014, no qual se registaram a consumação de 43 homicídios contra mulheres[97]. Além de que, desde o ano 2004 até 2018, a taxa de femicídio situa-se numa impressionante média de 35 a 36 vítimas por ano.

E por fim, a violência doméstica em Portugal tem sido mais disseminada por e entre cidadãos portugueses do que estrangeiros. No entanto, estes últimos – e, em particular, as vítimas, que são o enfoque desta análise – podem estar sujeitos ao afastamento do território nacional caso estejam numa situação irregular, o que pode condicionar o desenvolvimento ou conclusão do processo-crime.

Para se apreender melhor as considerações deste estudo, importa ter presente a noção legal de violência doméstica e a caraterização da sua dinâmica.

Assim, convoca-se o conceito previsto na Convenção de Istambul, que no artigo 3º, alínea b), estatui que: «"violência doméstica" designa todos os actos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem no seio da família ou do lar ou entre os actuais ou ex-cônjuges ou parceiros, quer o infractor partilhe ou tenha partilhado, ou não, o mesmo domicílio que a vítima"».

Por sua vez, recorremos ao modelo de "Duluth"[98] para dar conta que estamos perante uma situação de violência doméstica quando a relação entre duas pessoas é pautada pela tentativa e consumação de uma ter o "poder-controlo" sobre a outra. E este "poder-controlo" é concretizado, de modo cíclico e repetido, mediante as seguintes fases: primeiro a fase da "lua-de-mel" ou da sedução; segundo, a fase da agressão ou da violência; terceira, a fase do arrependimento ou do perdão.

96 Conferir nota de rodapé n.º 2.
97 Conferir nota de rodapé n.º 4.
98 Conferir nota de rodapé n.º 20.

Em Portugal, verificando-se a existência daquele "poder-controlo" de um modo abusivo, pode-se preencher o crime de violência doméstica, punido e previsto no artigo 152.º do Código Penal[99], quer a vítima se trate de um cidadão nacional, quer estrangeiro.

Perante aquele crime, a vítima beneficia de um conjunto de direitos e garantias fundamentais, que, reitera-se, são idênticos para os cidadãos portugueses e estrangeiros, por força do princípio da equiparação previsto no artigo 15.º da CRP.

Entre os referidos direitos destacam-se pela relevância para este estudo os seguintes: o direito de apresentar queixa, sendo certo que, para o efeito, a vítima estrangeira pode em Portugal contar com o auxílio de entidades que apoiam vítimas de violência doméstica ou apoiam imigrantes[100]; o direito à informação, que no caso de a vítima ser estrangeira se pode resumir a que aquela possa compreender como se processa o processo-crime e possa ser compreendida[101]; o acesso ao direito, que se concretiza na vítima poder usufruir de uma consulta jurídica, para ser devidamente aconselhada ou orientada, e poder fazer-se acompanhar de advogado perante qualquer autoridade; o direito à proteção para garantir à vítima medidas adequadas que visem afastar situações de revitimação, de represálias ou de forte perturbação da sua privacidade[102]; o direito à restituição dos bens pertencentes à vítima e familiares, que estejam na sua dependência[103]; o direito à antecipação da indemnização, sem precludir o direito da vítima ser ressarcida pecuniariamente no âmbito do processo penal[104]; o direito da vítima prestar declarações para memória futura, logo após a participação, e o direito a recorrer à videoconferência para as diligências judiciais, de modo a evitar que a distância geográfica se revele um entrave ao andamento normal do processo-crime[105].

A eventualidade da vítima estrangeira encontrar-se em situação irregular não deve(ria) diminuir a tutela da sua pessoa e família, nem deve(ria) restringir os direitos que assistem a uma vítima de violência doméstica.

Acontece que a denúncia do crime junto das autoridades judiciárias competentes efetuada por um cidadão estrangeiro em situação irregular, desencadeia a notificação do mesmo para comparecer no SEF ou pode mesmo provocar a sua detenção imediata pelas autoridades policiais, o que por conseguinte pode, respetivamente, provocar que o mesmo seja convidado a abandonar voluntariamente o país ou seja expulso do território nacional[106].

99 Conferir nota de rodapé n.º 14.
100 Conferir notas de rodapé n.º 39 a 45.
101 Conferir nota de rodapé n.º 51.
102 Conferir nota de rodapé n.º 54.
103 Conferir nota de rodapé n.º 60.
104 Conferir notas de rodapé n.º 62 e 63.
105 Conferir nota de rodapé n.º 67.
106 Conferir notas de rodapé n.º 70 e 71.

Perante isto, a vítima estrangeira que esteja em situação irregular em Portugal pode ser envolvida em dois processos, um processo-crime associado à violência doméstica e outro processo administrativo com vista ao seu afastamento compulsório do país. E a relação entre aqueles processos pode gerar uma situação atípica uma vez que o afastamento do território português pode-se efetivar em momento prévio à conclusão do processo-crime.

"Submeter alguém a um processo de retirada compulsória de um país por sua situação irregular de permanência, após denúncia das agressões que sofreu, sem observância de seus direitos fundamentais, desrespeitando a sua dignidade e integridade, é" no entendimento de OLÍVIA GOMES "colocar no mesmo patamar o fato de não ter os documentos necessários à permanência no país e o delito de violência doméstica"[107].

Em face desta apreciação torna-se evidente que a vítima de violência doméstica, numa situação irregular em Portugal, possui mais um motivo para sentir-se inibida de denunciar o crime às autoridades, até porque havendo filhos em comum com o alegado agressor, a vítima pode sentir- se forçada a permanecer na relação ambicionando, ainda, uma família unida.

Ainda que aquela intenção da vítima não denunciar o crime e permanecer junto do alegado agressor para não ser afastada dos filhos em comum não configure a situação ideal, dado que mantém-se sujeita ao perigo de incorrer em mais danos, questiona-se em que medida a "fragilidade" da vítima estrangeira em situação irregular em Portugal –, caracterizada pelo seu afastamento do território poder verificar-se em momento prévio à apreciação judicial do crime de violência doméstica, – pode ser equilibrada pela sua intenção de permanecer junto da família sem estar a ser vitimizada.

A não separação familiar deve ser garantida pelo Estado Português quer aos cidadãos nacionais, quer aos cidadãos estrangeiros, sendo que a estes últimos é garantido, ainda, por força dos ditames jurídicos decorrentes de tratados ou convenções internacionais e dos princípios constitucionais, o direito ao reagrupamento familiar[108].

No entanto, o simples facto de um estrangeiro – que esteja regular em Portugal – ser pai ou mãe não lhe dá garantia absoluta de permanecer no nosso território e evitar o afastamento decorrente da decisão administrativa ou judicial. Tanto assim é que a lei prevê como limite à expulsão a situação dos estrangeiros que "tenham filhos menores, nacionais de Estado terceiro, residentes em território português, relativamente aos quais assumam efetivamente responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação"[109].

107 Conferir notas de rodapé n.º 77.
108 Conferir notas de rodapé n.º 87.
109 Conferir nota de rodapé n.º 90.

Porém, o estrangeiro não pode gozar do referido limite legal à expulsão quando se encontre irregular em Portugal. Ainda que o seu afastamento possa ser um impedimento ao convívio com as crianças de quem seja progenitor, aquela decisão administrativa não tem por objectivo impedir a união familiar, mas tão-somente aplicar uma consequência pela violação das normas que regulam a entrada e permanência no território.

Deste modo, conclui-se que o princípio da soberania territorial sobrepõe-se ao princípio da protecção da vida familiar dos estrangeiros que estejam em situação irregular e, por conseguinte, potencia-se a desprotecção do estrangeiro vítima de violência doméstica, que vê a sua dignidade humana ser esmagada pela ilegalidade documental, sem ter em conta que esta última pode até ser provocada no âmbito da relação de "poder-controlo" que vincula a pessoa ofendida ao agente do crime.

Torna-se, assim, necessário e urgente a alteração à lei portuguesa que regula a "*Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiro do Território Nacional*", e, para o efeito, o legislador nacional até pode seguir o exemplo do seu congénere espanhol[110], com vista a contemplar efetivamente a proteção dos estrangeiros que sejam vítimas de violência doméstica, afastando-se assim a redução dos seus direitos à participação do crime às autoridades e à (mera) expectativa que o processo-crime vai ser finalizado antes de ser concretizado o seu afastamento do território nacional por estarem em situação irregular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3.ª ed. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2015.

BRANDÃO, Nuno – Bem Jurídico e Direitos Fundamentais entre a Obrigação Estadual de Protecção e a Proibição do Excesso. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. 4..ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, Taipa de – Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

FERNANDES, Plácido Conde – Violência doméstica: novo quadro penal e processual penal. In Revista do CEJ. Lisboa. ISSN 1645-829X. N.º 8, 2004, p. 239-340.

GARCIA, M. Miguez; RIO, J. M. Castela – Código Penal Anotado. Lisboa: Almedina, 2015.

GOMES, Olívia Maria Cardoso – Violência Doméstica e Migrações – Estudo Comparado das Legislações Portuguesa, Brasileira e Espanhola sobre Violência Doméstica em Comunidades de Imigrantes. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

JOHNSON, Michael – Violence and Abuse in Personal Relationships: Conflict, Terror, and Resistance in Intimate Partnerships. New York: Cambridge University Press, 2006.

110 Conferir nota de rodapé n.º 94.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição da República Portuguesa Anotada. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NAÇÕES UNIDAS – World Population Prospects: The 2012 Revision, Volume II, Demographic Profiles. [Consultado em 07 de Maio de 2019]. Disponível em: https://population.un.org/wpp/Publications/Files/WPP2012_Volume-II-Demographic-Profiles.pdf

OLIVEIRA REIS, Catarina (Coord.); GOMES, Natália – Indicadores de Integração de Imigrantes: Relatório Estatístico Anual de 2016. Lisboa: Alto Comissariado para as Migrações, 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – Estimativas globais e regionais da violência contra as mulheres: prevalência e efeitos da violência conjugal e da violência sexual não conjugal na saúde. [Consultado em 07 de Maio de 2019]. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85239/9789241564625_eng.pdf?sequence=1

PINTO, Ana Luísa; CANOTILHO, Mariana – O Tratamento dos Estrangeiros e das Minorias na Jurisprudência Constitucional Portuguesa. In Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PORTUGAL – Sistema de Segurança Interna – Relatório Anual de Segurança Interna de 2013. [Consultado em 07 de Maio de 2019]. Disponível em: https://www.portugal .gov.pt/media/1391220/RASI%202013.pdf

PORTUGAL – Sistema de Segurança Interna – Relatório Anual de Segurança Interna de 2017. [Consultado em 07 de Maio de 2019]. Disponível em: https://www.portugal.gov.pt /download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=9f0d7743-7d45-40f3-8cf2-e448600f3af6

ROCHA-TRINDADE, Maria Beatriz – Sociologia das Migrações. Lisboa: Universidade Aberta de Lisboa, 1995.

SÁ GOMES, Catarina – O Crime de Maus Tratos Físicos e Psíquicos Infligidos ao Cônjuge ou ao Convivente em Condições Análogas às dos Cônjuges. Lisboa: AAFDL, 2004.

SOUSA, Constança Urbano de – Cidadania da Europeia à venda?. Observare – Universidade Autónoma de Lisboa, 2016. [Consultado em 07 de Maio de 2019]. Disponível em: http://janusonline.pt/images/anuario2015/1.6_ConstancaSousa_cidadaniaUE.pdf.

TOGNI, Paula (coord.); RAPOSO, Paulo – Fluxos Matrimonais Transnacionais entre Brasileiras e Portugueses: Género e Imigração. Estudos do Observatório da Migração do Alto Comissariado para as Migrações, n.º 38, Lisboa, 2009.

UMAR – Relatório do Observatório de Mulheres Assassinadas. [Consultado em 07 de Maio de 2019]. Disponível em: http://www.umarfeminismos.org/images/stories/noticias /OMA_FEMIC%C3%8DDIO_Relat%C3%B3rio_2018_em_18_02_2019.pdf

COMENTÁRIOS DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

COMMENTS ON LEGISLATION AND JURISPRUDENCE

Breve comentário à decisão arbitral proferida no Processo n.º 572/2018-T, do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD)

Brief comment on the arbitration decision made in Case No. 572/2018-T of the Administrative Arbitration Centre (CAAD)

PAULO NOGUEIRA DA COSTA[1]
pcosta@ual.pt

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XX · 1st January Janeiro – 30TH June Junho 2019 · pp. 150-152
URI: http://hdl.handle.net/11144/4295 DOI: http://doi.org/10.26619/2184-1845.XX.1.7

No passado dia 30 de abril, foi proferida uma decisão arbitral, em matéria de Imposto Sobre os Veículos (ISV) que mereceu a atenção da comunicação social e que tem suscitado particular interesse entre os cidadãos. Referimo-nos à sentença proferida no âmbito do Processo n.º 572/2018-T, do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD).

Em causa está um litígio entre um contribuinte e a Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) relativamente ao valor do ISV por esta liquidado, referente a um veículo ligeiro de passageiros usado, originariamente matriculado noutro Estado-Membro e introduzido em Portugal em 2018.

O contribuinte apresentou em 17 de setembro de 2018, na Alfândega competente, a Declaração Aduaneira de Veículo (DAV) para introdução no consumo do veículo ligeiro de passageiros, usado, movido a gasóleo, com matrícula definitiva atribuída na Alemanha em 17 de fevereiro de 2017.

A AT procedeu ao cálculo do ISV, aplicando a tabela referente aos veículos ligeiros de passageiros (Tabela A), pelo valor total de € 6.356,75. Deste valor, uma parte – €4.267,00 – diz respeito à componente cilindrada, e outra – €2.089,75 – à componente ambiental.

À parte relativa à componente cilindrada foi deduzida a importância correspondente a 20% dos €4.267,00, ou seja, €853,40, em virtude de ter sido tomado em linha de conta o número de anos do veículo (conforme resulta da tabela D contida no n.º 1, do artigo 11.º do Código do ISV aplicável aos veículos usados).

1 Professor Adjunto no Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa (ISCAL) e Investigador do Ratio Legis.

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 150-152

Quanto à parte do ISV incidente sobre a componente ambiental, não foi aplicada qualquer percentagem de dedução.

Nestes termos, o contribuinte foi notificado da liquidação de ISV no montante total de €5.503,35.

O contribuinte, apesar de ter pago a quantia corresponde ao imposto liquidado, não concordou com o respetivo valor, por entender que deveria ter sido também aplicada uma redução à componente ambiental, em função do número de anos do veículo, à semelhança do que sucedeu com a componente cilindrada. Por esta razão, o contribuinte apresentou no Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) um pedido de pronúncia arbitral, tendo em vista obter a declaração de ilegalidade parcial, e consequente anulação parcial, do referido ato de liquidação de ISV, bem como a restituição do imposto pago, acrescido de juros indemnizatórios.

No essencial, o contribuinte alegou que o artigo 11.º do Código do ISV (na redação dada pela Lei 42/2016, de 28 de dezembro), que fundamentou a liquidação de ISV, viola o disposto no artigo 110.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

O artigo 110.º do TFUE prevê que "[n]*enhum Estado-Membro fará incidir, direta ou indiretamente, sobre os produtos dos outros Estados-Membros imposições internas, qualquer que seja a sua natureza, superiores às que incidam, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais similares*".

Segundo o contribuinte, a norma contida no artigo 11.º do Código do ISV permite que a Autoridade Tributária cobre ISV sobre veículos importados com base num valor superior ao valor real dos mesmos, onerando os contribuintes com uma tributação superior àquela que incide sobre veículos usados similares disponíveis no mercado nacional.

A AT contestou, defendendo, em síntese, que "*em nome da unidade e da coerência do modelo de tributação automóvel vigente em Portugal, forçoso se torna concluir que a não aplicação da totalidade da componente ambiental aos veículos usados violaria os princípios supra-referidos, tornando-se fonte de graves injustiças, já que beneficiaria claramente os veículos usados em detrimento dos novos, sem que para tal se encontrem razões válidas*", sublinhando que "*a componente ambiental não deve, pois, ser objecto de qualquer redução, pois representa o custo de impacte ambiental, não devendo (...) ser entendida como contrária ao espírito do artigo 110.º do TFUE pois tem como objectivo orientar os consumidores para uma maior selectividade na compra dos automóveis, em função do seu grau poluidor (...)*".

A discussão em torno da compatibilidade do ISV português com o Direito da União Europeia não é nova. Disso exemplo é o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) proferido em 16 de junho de 2016, no âmbito do processo C-200/15, e no qual Portugal foi condenado por não cumprir as obrigações que lhe incumbiam por força do artigo 110.º

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 150-152

do TFUE[2]. Neste acórdão estava em causa uma anterior versão do artigo 11.º do Código do ISV. A verdade é que, após as alterações introduzidas, volta a ser discutida, nos tribunais nacionais, a questão da alegada incompatibilidade entre a norma contida no artigo 11.º do Código do ISV e o Artigo 110.º do TFUE.

Esta problemática reflete a importância do Direito da União Europeia em matéria jurídico-fiscal e mostra o relevo dos tribunais nacionais (incluindo os tribunais arbitrais) na aplicação do Direito da União Europeia, que assim assumem as vestes de verdadeiros tribunais da União Europeia.

No caso vertente, o tribunal arbitral concluiu que a norma contida no artigo 11.º do Código do ISV não está em conformidade com o Direito da União Europeia, designadamente com o disposto no artigo 110.º do TFUE, pelo que decidiu anular parcialmente o ato tributário de ISV impugnado e, consequentemente, determinar o reembolso ao contribuinte do montante de €417,80 correspondente a ISV indevidamente pago, acrescido de juros indemnizatórios.

Esta decisão arbitral pode levar outros contribuintes a impugnar as liquidações de ISV, facto que gerou a reação do Governo, que, através do Gabinete do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, emitiu uma "Nota à comunicação social" sobre esta matéria em 27 de maio de 2019 (recorde-se que a decisão arbitral é de 30 de abril).

Entre outros argumentos, o Governo sustenta, na referida Nota, que "[o] *modelo atual de apuramento do ISV sobre os veículos usados e comprados noutros Estados-Membros da União Europeia é plenamente justificado e está em linha com o artigo 110.º do TFUE, uma vez que, se os veículos novos pagam a totalidade do imposto correspondente à componente ambiental, com base nas respetivas emissões de CO2, por maioria de razão também os veículos usados devem suportar o pagamento da totalidade dessa componente ambiental (sem desconto associado à desvalorização comercial da viatura), tendo em conta que os malefícios causados ao ambiente não são inferiores aos dos veículos novos para o mesmo escalão de emissões de CO2*"[3].

O Governo chama ainda a atenção para o facto de a decisão arbitral não ter transitado em julgado, e de ter determinado à AT "*que utilize todos os meios processuais legalmente previstos para contestar qualquer decisão judicial ou arbitral que, em contradição com aqueles argumentos e compromissos, determine a anulação, ainda que parcial, de liquidações de ISV, com fundamento na (alegada) incompatibilidade do artigo 11.º do Código do ISV com o artigo 110.º do TFUE*".

Esta é, pois, uma questão jurídico-tributária relevante, para continuarmos a acompanhar com o maior interesse nos próximos tempos.

2 Acórdão disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=180331 &pageIndex=0&doclang= PT&mode=lst&dir= &occ=first&part=1&cid=7654124>, consultado em 06/06/2019.

3 Disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=32977ed3-3153-42b2-8bc1-623d694592a0>, consultado em 06/06/2019.

O novo quadro legal da Propriedade Industrial em Portugal

The new legal framework of Industrial Property in Portugal

LUÍSA FILIPE FREITAS[1]
luisafreitas@jpg-associados.com

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XX · 1st January Janeiro – 30TH June Junho 2019 · pp. 153-157
URI: http://hdl.handle.net/11144/4296 DOI: http://doi.org/10.26619/2184-1845.XX.1.8

A Propriedade Industrial desempenha um papel determinante para o crescimento económico, surgindo como um elemento regulador numa economia de mercado em que necessariamente se estabelecem relações de concorrência, assegurando a proteção dos investimentos realizados pelas empresas em atividades de investigação e desenvolvimento (I&D) e criando as condições necessárias ao desenvolvimento tecnológico, à competitividade das economias e à promoção da inovação.

Consciente deste desiderato, o XXI Governo Constitucional aprovou, através do Decreto-Lei n.º 110/2018 de 10 de dezembro, o novo Código da Propriedade Industrial, revogando o anterior que vigorava desde 2003, transpondo para o ordenamento jurídico interno a Diretiva (EU) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de dezembro de 2015 que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas e a Diretiva (EU) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais.

Nesta senda, o regime de marcas sofreu importantes alterações, sendo de destacar a desnecessidade de representação gráfica, devendo as marcas ser representadas por forma a que seja possível determinar o seu objeto de proteção de um modo claro e preciso. Com o novo Código foi introduzido o regime de invocação da falta de uso sério como meio de defesa em processos de oposição e de recusa provisória, possibilidade que fica excluída no decurso de processos de oposição apresentados antes da entrada em vigor do mesmo.

1 Mestranda em Direito das Empresas e do Trabalho no ISCTE-IUL Business School. Advogada.

Também a nível de duração da marca se constatam alterações, passando o prazo de dez anos a contar-se a partir da data de apresentação do pedido e não da sua concessão (cfr. artigo 247.º do novo Código da Propriedade Industrial).

Outra novidade importante prende-se com alteração do pedido de marca após a sua publicação, a qual só será admitida para limitar a lista de produtos ou serviços ou para corrigir o nome ou a morada indicados no requerimento, erros de expressão ou de transcrição, ou erros manifestos e desde que a alteração não afete substancialmente a marca ou não alargue a lista de produtos ou serviços (cfr. artigo 228.º do novo Código da Propriedade Industrial).

Relativamente às marcas cujo pedido de registo foi efetuado de má-fé, constituindo, quando invocado por um interessado, fundamento de recusa, estas encontram-se agora sujeitas ao regime da nulidade, como resulta do artigo 259.º n.º 1 do novo Código da Propriedade Industrial.

Por último, de referir ainda neste âmbito que o novo Código da Propriedade Industrial vem clarificar o regime jurídico das marcas coletivas e das marcas de certificação ou garantia.

Procedendo como se referiu supra à transposição da Diretiva (EU) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais, no novo Código da Propriedade Industrial aprovado pelo diploma em análise foi concedida uma tutela acrescida aos segredos comerciais. Esta matéria passa a estar autonomizada do regime da concorrência desleal no Título III, do Capítulo 2 do Código, sob a epígrafe "Proteção dos segredos comerciais".

Neste sentido o novo Código vem prever os requisitos cumulativos necessários preencher para que a informação possa ser entendida como segredo comercial e, nessa medida, protegida como tal. Em suma, como resulta do artigo 313.º n.º 1, a informação tem de ser secreta, ter valor comercial pelo facto de ser secreta e ter sido objeto de diligências razoáveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de a manter secreta.

A violação de segredo comercial protegido constitui um ilícito contraordenacional, tendo-se optado pela não criminalização da mesma, como decorre do artigo 331.º do novo Código da Propriedade Industrial.

Outra novidade consiste na preservação da confidencialidade dos segredos comerciais em processos judiciais, prevista no artigo 352.º do novo Código da Propriedade Industrial.

De referir que as disposições referentes à matéria de proteção de segredos comerciais entraram em vigor no dia 1 de janeiro de 2019.

Como resulta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 110/2018 de 10 de dezembro, o referido diploma veio ainda simplificar e clarificar os procedimentos administrativos relativos à

atribuição, manutenção e cessação de vigência dos direitos de propriedade industrial previstos no Código da Propriedade Industrial e introduzir mecanismos que permitem fortalecer o sistema de proteção dos direitos e imprimir maior eficácia à repressão das infrações.

Neste sentido, assistimos a um conjunto alargado de alterações noutros domínios além das marcas e dos segredos comerciais, como a área das infrações aos direitos de propriedade industrial, das patentes e dos modelos de utilidade.

Na área das infrações aos direitos de propriedade industrial cumpre-nos destacar, relativamente aos ilícitos criminais, a previsão como ilícito criminal da violação do exclusivo do logotipo (vg. artigo 323.º do novo Código da Propriedade Industrial), bem como a criação de novos tipos de crimes por violação de marca, de que é exemplo a importação, exportação, distribuição, colocação no mercado ou armazenamento com essas finalidades de produtos com marcas contrafeitas ou imitadas, agora plasmado na alínea d) do artigo 320.º do novo Código da Propriedade Industrial.

No âmbito dos ilícitos contraordenacionais, um especial enfoque para a previsão de um novo tipo de ilícito de violação de segredo comercial protegido (vide artigo 331.º do novo Código da Propriedade Industrial).

Relativamente ao exercício do direito de queixa, continuando o procedimento por crimes previstos no Código da Propriedade Industrial a depender de queixa, o novo diploma vem esclarecer no seu artigo 328.º que o órgão de polícia criminal ou a entidade policial que tiver conhecimento de factos que possam constituir crimes previstos neste Código deve informar, no prazo de 10 dias, o titular do direito de queixa dos factos de que teve conhecimento e dos objetos apreendidos, informando-o ainda sobre o prazo para o exercício do direito de queixa.

Outra novidade importante neste âmbito está relacionada com os custos de armazenagem e de destruição dos artigos apreendidos, os quais deixam de estar na esfera do titular do direito violado, passando a ser considerados encargos do processo, sendo a responsabilidade pelo seu pagamento apurada nos termos previstos na lei processual penal (vide artigo 361.º do novo Código da Propriedade Industrial).

Merecem um especial enfoque as alterações introduzidas no domínio das patentes, designadamente no que se refere aos pedidos provisórios de patente, cujo prazo de pesquisa efetuada pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) a pedido do requerente é reduzido de doze para dez meses, o que representa uma melhoria considerável atento o prazo de doze meses prescrito como prazo máximo para a sua conversão em pedido definitivo de patente (vide artigo 63.º do novo Código da Propriedade Industrial). Outra novidade a destacar é a limitação plasmada no n.º 3 do artigo 72.º do novo Código da Propriedade Industrial no âmbito das alterações do pedido de patente, o qual não poderá ser alterado de tal forma que contenha matéria técnica que exceda o seu conteúdo à data de pedido.

No âmbito dos direitos conferidos pela patente, no novo quadro legal a norma do artigo 102.º n.º 3 vem prever o direito de impedir a violação indireta da patente, i.e., de impedir a terceiros a oferta ou a disponibilização a qualquer pessoa que não tenha o direito de explorar a invenção patenteada dos meios para executá-la.

De referir ainda que, no que respeita à titularidade das invenções realizadas em consequência de atividades de investigação por trabalhadores ou colaboradores e de desenvolvimento no seio de uma pessoa coletiva pública, o novo Código da Propriedade Industrial passa a prever no seu artigo 59.º que as mesmas pertencem à pessoa coletiva pública, a qual poderá, porém, transmitir a titularidade ao inventor, podendo reservar-se o direito de ficar titular de uma licença de exploração não exclusiva, intransmissível e gratuita. Em todo o caso, o inventor terá o direito de participar nos benefícios económicos auferidos pela pessoa coletiva pública na exploração ou na cessão dos direitos de patente.

Na área dos modelos de utilidade cumpre-nos sublinhar o facto de com o novo Código da Propriedade Industrial deixar de ser possível a apresentação de pedidos de modelo de utilidade sem exame substantivo. Efetivamente, no quadro legal anterior o Instituto Nacional da Propriedade Industrial apenas promovia o exame da invenção a pedido do requerente ou de qualquer interessado. Atualmente a promoção do exame da invenção é obrigatória, como resulta do artigo 132.º n.º 1 do novo Código da Propriedade Industrial. De referir que esta alteração não se aplica aos pedidos de modelo de utilidade sem exame que tenham sido apresentados antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 110/2018 de 10 dezembro. Não obstante, sempre que o titular do modelo de utilidade que tenha sido concedido sem exame pretenda exercer os direitos que o mesmo confere arbitral ou judicialmente, é obrigado a requerer previamente junto do INPI a realização de exame[2].

Além das alterações ao Código da Propriedade Industrial, o Decreto-Lei n.º 110/2018 de 10 de dezembro veio introduzir alterações à Lei da Organização do Sistema Judiciário[3]. Neste âmbito assistimos a uma diminuição do leque de matérias da competência do Tribunal da Propriedade Intelectual, passando para a esfera do INPI a decisão a proferir sobre a declaração de nulidade e de anulação de registos de desenhos ou modelos, de marcas, de logótipos, de denominação de origem, de indicações geográficas e de recompensas, com a ressalva de que tal pedido não tenha sido deduzido em reconvenção (matéria que se mantém da competência do Tribunal da Propriedade Intelectual)[4]. Esta alteração consta igualmente do novo Código da Propriedade Industrial no seu artigo 34.º e entra em vigor no dia 1 de julho

2 Neste sentido o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 110/2018 de 10 de dezembro.
3 Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto na redação dada pela Lei n.º 19/2019, de 19 de fevereiro.
4 Cfr. artigo 111.º n.º 1 alínea c) da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 110/2018 de 10 de dezembro ora em análise e artigo 34.º n.º 2 do novo Código de Propriedade Industrial.

de 2019, sendo certo porém que as disposições anteriormente vigentes se continuam a aplicar aos prazos para pedidos de anulabilidade que estejam a correr àquela data e às ações de nulidade e anulação já intentadas no Tribunal da Propriedade Intelectual[5].

Por outro lado, o diploma em análise veio prever como sendo da competência do Tribunal da Propriedade Intelectual conhecer das ações em que a causa de pedir verse sobre a prática de infração de segredos comerciais em matéria de propriedade industrial[6], autonomizando esta dos atos de concorrência desleal. O que ademais resulta da redação do novo Código de Propriedade Industrial que, como se referiu supra, vem criar no Título III, Capítulo 2, um quadro normativo específico para a proteção dos segredos comerciais.

O Decreto-Lei n.º 110/2018 de 10 de dezembro vem ainda revogar o regime da arbitragem necessária, instituído pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, para a composição de litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos, estabelecer neste domínio o carácter voluntário da arbitragem. Destarte, mantendo-se a necessidade de o titular de direitos de propriedade industrial agir no prazo de 30 dias a contar da publicitação pelo INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, IP do pedido de autorização ou registo de introdução no mercado, desde 9 de janeiro de 2019[7] este passou a poder optar por seguir a via arbitral mediante acordo da contraparte, ou judicial junto do Tribunal da Propriedade Intelectual.

Por último, de destacar, ainda nesta sede, a inclusão no preceito em análise da possibilidade de no processo arbitral ser invocada e reconhecida a invalidade da patente com meros efeitos interpartes. Esta alteração veio ao encontro da decisão do Tribunal Constitucional que, no acórdão n.º 251/2017, de 7 de julho[8], julgou inconstitucional a norma interpretativamente extraível do artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro e artigos 35.º n.º 1 e 101.º n.º 2 do Código da Propriedade Industrial à data em vigor, no sentido de não admitir a defesa, por exceção, mediante invocação de tal invalidade, por violação do princípio da proibição de indefesa plasmado no artigo 20.º Constituição da República Portuguesa conjugado com o seu artigo 18.º, n.º 2, prejudicando de modo desproporcionado o direito à defesa do requerente do pedido de autorização de introdução no mercado.

5 Cfr. artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 110/2018 de 10 de dezembro.
6 Cfr. artigo 111.º n.º 1 alínea j) da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 110/2018 de 10 de dezembro ora em análise.
7 Data em que as alterações à Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro entraram em vigor, de acordo com o artigo 16.º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 110/2018 de 30 de dezembro.
8 Processo n.º 297/16, em que foi Relator a Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, diploma consultado em http://www.tribunalconstitucional.pt a 17 de julho de 2019.

RECENSÕES
REVIEWS

Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade, Pedro Trovão do Rosário, Luciene Dal Ri e Denise Hammerschmidt (coords.). Curitiba: Juruá, 2019, ISBN 978-853-628-552-8

ALEX SANDER XAVIER PIRES*
asxpires@gmail.com

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XX · 1st January Janeiro – 30TH June Junho 2019 · pp. 159-163
URI: http://hdl.handle.net/11144/4297 DOI: http://doi.org/10.26619/2184-1845.XX.1.01

A obra coletiva, *Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade*, coordenada pelos Professores Doutores Luciene Dal Ri, Pedro Trovão do Rosário e Denise Hammerschmidt, é fruto da contribuição de dezessete co-autores em representação de dezoito conceituadas universidades das quais efluíram seis Programas de Doutoramento, portugueses (Universidade Autónoma de Lisboa e Universidade de Coimbra) e brasileiros (Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro Universitário Guanambi, Universidade Federal de Santa Catarina, e Universidade do Vale do Itajaí), e dois Centros de Investigação em Direito, o Ratio Legis/UAL e UNIVALI/SC com a participação do Centro Universitário Católica de Santa Catarina.

Para além das relações interinstitucionais que devem orbitar a produção acadêmico-científica em nível de qualidade e excelência das investigações, a obra teve uma importância maior ao pôr em causa a estabilidade do Direito Constitucional, em Portugal e no Brasil, em tempos de reconstrução de institutos e teorias diante dos novos fenômenos econômicos, sociais, políticos, e jurídicos trazidos pelo alinhamento das relações humanas imposto pela derrocada das fronteiras físicas em prol da concepção de uma "aldeia global".

A iniciar pelo Prefácio, o Doutor Carlos Ayres Britto e a Mestranda Nara Ayres de Britto, sistematizam a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sob a leitura da democracia enquanto princípio supremo em constante reconstrução ao longo dos trinta anos de vigência da atual ordem constitucional brasileira.

O Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, no texto "Constitucionalismos e democracias um paradoxo?", analisa o referendo constitucional no âmbito da tensão entre o constitucionalismo e a democracia numa relação moderada pelo princípio da soberania popular concebido em três vertentes: a titularidade do poder político em nome do povo, a Constituição como

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 159-163

instrumento de desvelamento da vontade popular, por um lado, e como norma determinante da forma de escolha dos representantes, por outro.

O Professor Doutor Jónatas E. M. Machado, no texto "O princípio anticorrupção na Constituição brasileira de 1988 – a corrupção como inimigo número um", ao reconhecer a matriz constitucional do princípio anticorrupção posto ao lado dos princípios do respeito pelos direitos fundamentais, da república, da democracia, da separação de poderes, e do estado de direito, discute as inúmeras possibilidades de sua aplicação restritas a contenção da corrupção enquanto vilã da ordem constitucional por obstar a proteção do bem comum e o acesso aos direitos e interesses prometidos constitucionalmente à população.

O Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires, no texto "Ativismo judicial e judicialização da política: contributo propositivo no âmbito dos trinta anos da Constituição Federal do Brasil", sistematiza a mudança do paradigma atuário do Poder Judiciário no âmbito das constituições democráticas do pós-guerras mundiais que experimentaram a inversão da justificação da soberania a passar, em grau de prevalência, da nacional para a popular cuja evidência no dever público de garantia de acesso a direitos constitucionais desafiou uma maior atuação dos órgãos jurisdicionais o que deflagrou o fenômeno do ativismo judicial, num primeiro momento, e da judicialização da política, em seguida.

A Professora Doutora Luciene Dal Ri, no texto "A recepção do costume em Direito Internacional entre Portugal e Brasil: característica de um constitucionalismo lusófono?", põe em causa a recepção do costume internacional enquanto traço característico de um constitucionalismo lusófono unidirecional, para ponderar sobre a existência de "caminhos de divergência" entre os sistemas jurídicos que admitem, ao menos, um "certo diálogo".

O Doutorando Luiz Carlos Avila Junior, no texto "Constituição material e a mutação pelos costumes de natureza constitucional", demonstra que a realidade social é o que move as constituições tidas por materiais num ambiente de preceitos axiológicos e/ou metaéticos concebidos numa perspectiva de dignidade da pessoa humana, de sorte que os "costumes de natureza constitucional" ganham importância no contexto da mutação constitucional.

O Doutorando Carlos Eduardo Figueiredo, no texto "A crise do Estado Democrático e a gestão dos supérfluos", debate a instabilidade institucional dos Estados Democráticos à luz da globalização, da formação de uma nova "classe de indesejáveis" e da formação de um modelo atuarial de matriz criminal que leva ao encarceramento em massa.

O Doutorando Fernando de Paula G. Ferreira, no texto "O princípio anticorrupção como proteção dos direitos fundamentais no Brasil e em Portugal – um ensaio sobre a dignidade da pessoa humana",

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 159-163

numa leitura jusfilosófica traz à discussão o fenômeno da corrupção institucionalizada, no Brasil e em Portugal, enquanto elemento impeditivo a plena satisfação da dignidade humana, em que o princípio antitético da anticorrupção serviria de elemento de contenção aos desvios de conduta.

A Professora Doutora Denise Hammerschmidt, no texto "Emprego de métodos de identificação criminal por perfis genéticos de suspeitos e criminosos no modelo constitucional brasileiro e português, em face dos direitos fundamentais e da judicialização da política", apresenta elementos para demonstrar a eventual compatibilidade constitucional especialmente com os princípios da dignidade humana, a presunção de inocência, a liberdade a não-autoincriminação, e o direito da intimidade genética, do Banco de Dados de Perfis Genéticos.

O Professor Doutor Claudio Carneiro, no texto "A jurisprudência de crise e justiça social perante as cortes constitucionais do Brasil e de Portugal", demonstra a importância da fixação das matrizes teórico-argumentativas das decisões de um tribunal constitucional no sentido de preservar a segurança jurídica e garantir a estabilidade constitucional em momentos de crise – especialmente a econômico-financeira –, no sentido de concretização dos direitos fundamentais.

O Professor Doutor Gustavo Swain Kfouri, no texto "A possível superação do modelo liberal de representação política através da realização do modelo do Estado de Partidos no Brasil", põe em causa a representatividade democrática por partidos políticos pelo viés personalista dos mandatários eleitos sugerindo a reconfiguração da Democracia Partidária à luz do modelo de Estado de Partidos.

O Professor Doutor J. S. Fagundes Cunha e a Professora Doutora Erika Zanoni, no texto "Ensaios de uma cosmovisão teleológica para elaboração de uma legislação específica da TAA (Terapia Assistida por Animais)", apresentam o modelo de terapia assistida por animais ponderando sobre a necessidade de regulamentação específica sobre o tema que inclua a proteção dos animais em nível de estresse, angústia e medo, bem como a prestação de informações em nível sanitário e de zoonoses.

O Professor Doutor Gilberto Giacoia, no texto "Vida, na visão da Constituição e dos Direitos Fundamentais", reflete sobre a existência do ser no âmbito da sempre tensa leitura entre vida e morte, o que sugere seja invertido o paradigma de análise da fundamentação meramente social da existência da ordem jurídica para acepção da vida em sociedade articulada pela ideia de justiça num âmbito multidisciplinar entre os métodos jurídico, teológico e filosófico, tendo na dignidade humana a moderação do discurso.

A Professora Doutora Viviane Bortolini Giacomazzi, no texto "Cidadania e o reco-

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 159-163

nhecimento de minorias étnico-sociais: sob perspectiva das cortes constitucionais", questiona a eficácia voluntária dos direitos fundamentais quanto a função de inclusão das minorias ético-sociais à luz da efetivação da ideologia de universalização dos direitos humanos; e, pondera, em contraposição, se a dita eficácia somente seria possível por atuação direta das cortes constitucionais, em especial o Supremo Tribunal Federal do Brasil.

A Professora Mestra Roseli de Fátima Bialeski Bozza e o Professor Doutor Fábio da Silva Bozza, no texto "O Direito Humano fundamental ao desenvolvimento no contexto da globalização econômica", ponderam a necessidade do direito fundamental ao desenvolvimento, na era da globalização econômica, ser lido pelo viés social em primazia ao viés econômico, o que desvelaria a necessidade de se assentar um constitucionalismo cosmopolita que favorecesse a promoção dos direitos humanos fundamentais, no sentido de favorecimento do diálogo entre as normas internacionais de direitos humanos e as normas constitucionais internas de cada país.

O Professor Doutor Tarcisio Germano de Lemos Filho, no texto "A circulação de decisões estrangeiras, a partir do Código de Processo Civil brasileiro de 2015. A experiência portuguesa e europeia como paradigma ao aperfeiçoamento do modelo nacional", analisa, à luz da ordem processual civil incluída em 2015, a inovações procedimentais e a mudança do paradigma atuário jurisdicional sobre a efetividade das sentenças judiciais entre Estados soberanos distintos e em respeito à cooperação internacional, o que o faz em atenção aos modelos português e da União Europeia.

A Professora Doutora Maria Goretti dal Bosco e a Professora Doutora Carla Liliane Waldow Esquivel, no texto "Direito Humano à água: políticas públicas e garantia de alimentação adequada no Brasil", analisam o tratamento dispensado à água na seara dos direitos humanos com repercussão no direito do indivíduo a tê-la no âmbito da alimentação adequada, especialmente no tratamento dado pelo governo brasileiro àqueles de menor poder aquisitivo.

A Professora Doutora Érika Louise Bastos Calazans, no texto "Uma análise comparada sobre a titularidade dos direitos e deveres fundamentais dos migrantes na Constituição Brasileira e Portuguesa e seus reflexos na legislação de migração", propõe a análise comparativa entre os direitos e garantias fundamentais previstos nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, quanto às disposições normativas e a leitura principiológica destinadas à migração, o que o faz partindo da visão constitucional de cada Estado para, em seguida, adentrar a legislação específica.

Ao término da leitura, o atento leitor percebe que os autores, longe de proporem verdades, trazem ao debate fenômenos da contemporaneidade com nítido interesse científico e acadêmico para o Direito Cons-

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 159-163

titucional, tanto português como brasileiro, de sorte que incumbe, a cada um de nós, construtores das ordens, jurídica, social, política e econômica, o dever de ponderar os argumentos e construirmos uma ordem constitucional hábil a garantir o acesso aos direitos constitucionais de uma forma mais eficaz e equânime, especialmente os direitos fundamentais.

Agradece-se, assim, os autores pela oportunidade de reflexão e ponderação de fenômenos tão caros a contemporaneidade que exigem ser debatidos e esclarecidos, o que se lhes faz nominalmente: Carlos Ayres Britto, Nara Ayres de Britto, Pedro Trovão do Rosário, Jónatas E. M. Machado, Alex Sander Xavier Pires, Luciene Dal Ri, Luiz Carlos Avila Junior, Carlos Eduardo Figueiredo, Fernando de Paula G. Ferreira, Denise Hammerschmidt, Claudio Carneiro, Gustavo Swain Kfouri, J. S. Fagundes Cunha, Erika Zanoni, Gilberto Giacoia, Viviane Bortolini Giacomazzi, Roseli de Fátima Bialeski Bozza, Fábio da Silva Bozza, Tarcisio Germano de Lemos Filho, Maria Goretti dal Bosco, Carla Liliane Waldow Esquivel, e Érika Louise Bastos Calazans.

* Pós-Doutor em Direito (Portugal), Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (Argentina), Doutor em Ciência Política (Brasil). Fundador do Projeto Pensar a Justiça. Professor universitário – Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Investigador no Centro de Investigação Ratio Legis/UAL. Secretário-Geral do ECII – Ethical & Compliance International Institute. Colaborador no Centro de Investigação CEDIS/UNL. Advogado.

The relevance of migration for the 2030 Agenda for Sustainable Development: The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, Constança Urbano de Sousa (ed.). Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2019, ISBN 978-989-8191-95-3

LUÍS MOITA*
lmoita@autonoma.pt

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XX · 1st January Janeiro – 30TH June Junho 2019 · pp. 164-166
URI: http://hdl.handle.net/11144/4298 DOI: http://doi.org/10.26619/2184-1845.XX.1.02

Em 1 de Outubro de 2018, por iniciativa conjunta do centro de investigação em Direito, Ratio Legis, e do centro de investigação em Relações Internacionais, OBSERVARE, da Universidade Autónoma de Lisboa, realizou-se um Seminário de âmbito internacional sobre o tema das migrações, com o apoio do Instituto Camões e da Fundação para a Ciência e a Tecnologia. A alma deste importante encontro científico foi a Professora Constança Urbano de Sousa, uma autoridade em assuntos jurídicos e com notável experiência internacional neste domínio, ligada a ambos os centros em causa. Ela própria promoveu a edição de um livro que concentra os conteúdos da Conferência, um belo volume intitulado The Relevance of Migration for the 2030 Agenda for Sustainable Development, com o subtítulo *The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*. Tal enunciado exprime ele próprio um programa. Um programa de flagrante actualidade. Um importante documento, conhecido como Pacto Global, fora aprovado pelas Nações Unidas no mês de Julho e, poucas semanas depois desta conferência em Lisboa, seria formalmente adoptado por 164 países na Cimeira de Marraquexe.

Por feliz coincidência, o Seminário contou com três intervenções, transcritas na edição em livro, de proeminentes portugueses colocados em lugares de elevada responsabilidade: o Presidente da República, Marcelo Rebelo de Sousa, o Ministro dos Negócios Estrangeiros, Augusto Santos Silva, e o Director Geral da OIM, António Vitorino. Tal referência, longe de pretender aludir a uma espécie de carácter oficioso se não mesmo oficial da iniciativa, visa tão-somente apontar para o facto de esses altos responsáveis estarem solidários com uma visão humanizante e politicamente irrepreensível da questão migratória. O primeiro, Marcelo Rebelo de Sousa, salienta o desafio cultural, político, económico e

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 164-166

social, mas sobretudo ético, que o problema envolve. O segundo, Augusto Santos Silva, destaca a responsabilidade do mundo académico e a necessária solidez das abordagens científicas. O terceiro, António Vitorino, abre com um prefácio onde expõe os grandes temas do Compacto Global. Essas intervenções de pendor político estão em consonância com os estudos científicos e as análises sociais que a obra integra, seja em perspectiva jurídica, seja na vertente sociológica.

Estamos perante um processo onde se joga uma dimensão decisiva da governação global. Num tempo, justamente, em que as migrações se globalizaram, elas constituem um fenómeno de enorme envergadura, mas carenciado de regulação assumida pela comunidade internacional. Ora a Cimeira de Marraquexe constituiu um momento privilegiado que assinala mais um marco no caminho para a gestão da globalidade. Assim como a ECO 92, a Cimeira da Terra, no Rio de Janeiro, em 1992, representou uma etapa fundamental na consciência colectiva, no caso em torno da questão ecológica, talvez o pacto de Marraquexe em 2018, apesar de não ser juridicamente vinculativo, adquira idêntico significado para as práticas colectivas no domínio das migrações, considerando-as nas suas multiformes dimensões (individuais e colectivas, laborais e económicas, sociais e legais, geopolíticas e de segurança). Por alguma razão as migrações são desejavelmente qualificadas como seguras, ordeiras e regulares. Estes temas são desenvolvidos no livro em apreço numa perspectiva ampla, fruto de enriquecedores contributos vindos de diversas latitudes, como boa prática do dialogo inter-universitário.

Ao tratar estes assuntos, parece evidente que o Seminário internacional superou a habitual visão securitária do fenómeno migratório – as migrações percepcionadas essencialmente como ameaça – em nome de uma visão que parte da centralidade dos direitos humanos, de acordo com a tradição milenar que nos vincula ao acolhimento de estrangeiros e refugiados. Pode parecer um detalhe de menor importância, mas a verdade é que essa mudança de focagem significa uma alteração substancial na compreensão dos factos e na orientação das políticas.

Inevitavelmente o debate teria de considerar a problemática migratória no quadro europeu, não constituísse esse processo um penoso factor de crise no nosso Continente: Estados divididos, com políticas contraditórias, populações confusas, aproveitamentos demagógicos das difíceis situações vividas. Pior ainda, acordos imorais com países terceiros, transferindo para eles o odioso da contenção dos fluxos humanos. Não foi só com a Turquia onde, a troco de euros, se retiveram multidões de refugiados. É também com as mais que suspeitas milícias líbias que europeus negoceiam o impedimento do acesso através do deserto africano, de tal maneira que a fronteira sul da Europa já não é tanto

GALILEU · e-ISSN 2184-1845 · Volume XX · Issue Fascículo 1 · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2019 · pp. 164-166

delimitada pelo Mediterrâneo, linha de terríveis tragédias, como agora pelo Sara, nova fronteira securitária onde sucumbem novas vítimas.

Pelo menos quatro dos capítulos do livro estão centrados na óptica das políticas europeias. Num espaço de livre circulação de pessoas, mercadorias e capitais, criam-se barreiras insuportáveis aos fluxos humanos de migrantes e refugiados. Com a agravante de que o principal problema reside nos sistemas de representação colectiva. Quer dizer: em boa parte, a suposta "invasão" de estrangeiros que ameaça as nossas sociedades é literalmente uma construção mental, um processo cognitivo explorado pelas propagandas nacionalistas. Sendo assim um produto cultural, deve ser sujeito a crítica e reinterpretado de maneira adequada, o que será função dos meios intelectuais e responsabilidade das Universidades.

* Professor universitário – Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Investigador no OBSERVARE – Observatório de Relações Exteriores (Universidade Autónoma de Lisboa).