

Org. António Marques e Paulo Barcelos

**DIREITOS FUNDAMENTAIS  
E SOBERANIA NA EUROPA**  
HISTÓRIA E ATUALIDADE

*Biblioteca Colloquia*



IFILNOVA  
FCSH/NOVA





DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOBERANIA NA EUROPA  
HISTÓRIA E ATUALIDADE

*Título: Direitos Fundamentais e Soberania na Europa. História e Atualidade*

Copyright dos autores

Organização: António Marques e Paulo Barcelos

Edição: Instituto de Filosofia da Nova

Universidade Nova de Lisboa, 2014

Apoio: Fundação para a Ciência e a Tecnologia,  
Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior

Dezembro 2014

ISBN: 978-989-97073-3-7

Depósito legal: 384993/14

Printed by: Europress - Indústria Gráfica, Lda.

Direitos Fundamentais e Soberania na Europa  
História e Atualidade

Org. António Marques e Paulo Barcelos

IFILNOVA  
Universidade Nova de Lisboa  
Lisboa 2014



# ÍNDICE

## Introdução

Europa, soberania e direitos fundamentais <i>Paulo Barcelos</i>	11
--	----

## I. Direitos e soberania no plano doméstico e transnacional

Como contar a história dos Direitos Humanos na Europa Algumas questões metodológicas. <i>Cristina Nogueira da Silva</i>	27
---	----

Soberania: Conceito e Actualidade <i>Paulo Tunhas</i>	67
--	----

A linguagem dos direitos subjectivos no contexto da soberania <i>André Santos Campos</i>	99
--	----

Soberania e Reconhecimento: de alguns autores da modernidade a <i>The Concept of Law</i> de Hart <i>António Marques</i>	127
---	-----

Nótula sobre a noção de “direito natural” em <i>Direito Natural e História</i> de Leo Strauss <i>Rui Bertrand Romão</i>	139
--	-----

## II. Direitos fundamentais, identidade e constitucionalismo europeu

O papel da Carta para entender e ultrapassar a actual crise política na União Europeia <i>Regina Queiroz</i>	149
--	-----

A Carta dos Direitos Fundamentais e a Constitucionalização Europeia <i>Paulo Barcelos</i>	159
---	-----



Direitos Humanos para os Europeus... Que Europeus? A proteção das minorias na União Europeia <i>Ana Guardião</i>	193
--	-----

### **III. Cidadania e mecanismos comunitários de proteção de direitos**

O reenvio prejudicial de urgência no contexto do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça: rumo a uma soberania emergente? <i>Teresa Bravo</i>	219
---	-----

A tutela multinível dos direitos: Quantidade é sinónimo de qualidade? <i>Giovanni Damele e Francesco Pallante</i>	247
---	-----

Notas sobre o direito a uma decisão judicial em prazo razoável na União Europeia <i>Ricardo Pedro</i>	275
---	-----





## Europa, soberania e direitos fundamentais

Paulo Barcelos  
Instituto de Filosofia da Nova  
Universidade Nova de Lisboa

O conceito de soberania afirmou-se como uma das *grandes narrativas* fulcrais da modernidade, desempenhando um papel fundamental tanto na formação e consolidação dos estados-nação como no entendimento dos princípios orientadores do sistema moderno, vestefaliano, de relações internacionais. Na sua compreensão clássica, consoante formulado por Bodin e subseqüentemente radicalizado por Hobbes, o sistema internacional pressupõe a existência de uma autoridade suprema que governa de modo indisputado um dado território<sup>1</sup>. Esta aceção de soberania, apesar de constituir uma das noções fundacionais da gramática política moderna, foi, nos últimos séculos, alvo de repetido questionamento teórico, centrado particularmente no nexó e possibilidade de conjugação entre soberania e direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse contexto, alguns autores importantes defenderam, por exemplo, que o termo *soberania* fosse substituído pela autoridade popular, tornado dependente do direito internacional, ou simplesmente descartado.<sup>2</sup>

A instabilização do conceito de soberania – e da mundividência que dele deriva – tornou-se, porém, especialmente proeminente quando à sua contestação teórica se aliou a constatação empírica do conjunto de fenómenos compreendidos pelo termo globalização. Com efeito, tem-se assistido, nas últimas décadas, à intensificação de um conjunto de “disjunturas” entre o entendimento clássico da

---

<sup>1</sup> Hinsley, 1986.

<sup>2</sup> Respetivamente: de Jouvenel, 1957; Kelsen, 1960; e Maritain, 1951.

capacidade decisória e de mobilização de autoridade por parte dos estados-nação e as diversas “evasões de soberania” que estes têm sofrido.<sup>3</sup>

Entre essas disjunções impedindo uma gestão autárquica da política doméstica e internacional por parte de cada estado contam-se não só a transnacionalização das relações comerciais e de produção ou das ameaças à integridade das populações – decorrentes de fenômenos supra-territoriais como os desafios ambientais ou o terrorismo desterritorializado – mas igualmente a dispersão dos mecanismos de deliberação e decisão políticas, parcialmente transferidos para instâncias sub e supranacionais.<sup>4</sup> Com efeito, a emergência e fortalecimento do direito internacional, de organizações regionais ou de corporações e grupos de interesse transnacionais tem sancionado a transição da esfera da governança desde o estrito quadro doméstico para a constituição de “constelações pós-nacionais” de autoridade política.<sup>5</sup>

No que toca ao desenho das instituições e práticas normativas internacionais, o princípio de soberania tem sido, deste modo, não só posto em questão como reconfigurado na própria prática política. Ademais, também a nível da reflexão ética temos assistido à globalização tanto dos princípios de justiça habitualmente consignados à esfera doméstica como do plano onde habitualmente se enquadrava o exercício da cidadania. Estas alterações de escala do escopo de reflexão da filosofia moral e política têm-se manifestado na recente recuperação e atualização política recente do cosmopolitismo.

O termo cosmopolita remonta a uma tradição iniciada no pensamento cínico e estoico, designando um modelo de pertença, cidadania e obrigações éticas face à alteridade que transcende as afiliações particulares dos indivíduos às unidades políticas a que estão politicamente vinculados, sejam elas cidades, nações ou estados.<sup>6</sup> Em teoria política contemporânea, segunda a definição de Pogge<sup>7</sup>, este modelo de subjetividade comporta, independentemente da variedade de proposta apresentadas, um modo de entender as obrigações éticas de cada

---

<sup>3</sup> Falk, 1993.

<sup>4</sup> Held, 2006; Strange, 1996.

<sup>5</sup> Habermas, 1998.

<sup>6</sup> Douzinas, 2007.

<sup>7</sup> 2002, 175.

um face aos restantes caracterizado pelo individualismo, universalismo e generalidade. Desde já, as unidades básicas de consideração moral são os seres humanos, não os grupos que os subsumem. Além disso, esse estatuto estende-se a todos os indivíduos que povoam o globo. Finalmente, cada indivíduo é dotado de um certo grau de responsabilização face ao bem-estar dos demais, partilhe ou não com ele laços de família, vizinhança ou nacionalidade.

Estes pressupostos têm sido alvo, nas últimas duas décadas, de algumas propostas proeminentes de concretização teórica. Entre elas podem destacar-se três. Em primeiro lugar, o modelo de *estado mundial*, implicando a dissolução da soberania estatal e concentração federal das unidades políticas numa república universal que constitua um sistema unificado de autoridade.<sup>8</sup> Em seguida, a reflexão em torno da *democracia cosmopolita*, cuja figura de proa é David Held, propondo a democratização da globalização a partir da descentralização dos centros de autoridade por diferentes níveis de atuação, desde o local ao global. A subsidiariedade no sistema de governança mundial seria alcançada através de reformas, incluindo a criação de parlamentos, instâncias decisórias e judiciais aos níveis regional e internacional e a reforma do sistema das Nações Unidas.<sup>9</sup> Finalmente, as propostas partindo da emergência de uma *sociedade civil global*. Por este termo designa-se um espaço de deliberação e intermediação globais que acompanha o surgimento de instituições de tomada de decisões a múltiplos níveis, acima e abaixo do plano estatal, e o desenvolvimento de mecanismos de *governança sem governo*.<sup>10</sup>

Estes três modelos de cosmopolitismo político têm sido sujeitos, no entanto, a um conjunto importante de críticas, das quais duas são particularmente relevantes para este livro. Trata-se, primeiramente, da crítica comunitarista, sustentando que as condições de vivência subjetiva de cada Homem entram em contradição com um modelo de cidadania e assistência alicerçado numa pretensa neutralidade face a todos os indivíduos atomisticamente considerados. A essa *moralidade*

---

<sup>8</sup> Wendt, 2003; Cabrera, 2004.

<sup>9</sup> Held, 2006; Archibugi & Held, 1995.

<sup>10</sup> Kaldor, 2003; Rosenau & Czempiel, 1992; Slaughter, 2004.

*da impessoalidade liberal* autores como MacIntyre ou Miller<sup>11</sup> opõem uma *moralidade do patriotismo*, a única que, concedendo relevância moral ao feixe de relações que cada um desde a nascença estabelece com indivíduos particulares, é passível de subjazer às instituições sociais de uma democracia. A construção de uma estrutura política supranacional é, por conseguinte, incompatível com a constituição biográfica de cada indivíduo.

A segunda crítica prende-se com o déficit democrático tanto das organizações internacionais hodiernas como dos modelos prospetivos de governança mundial. As primeiras não só não dispõem de uma clara base social na qual assentem como são geralmente criadas a partir de uma lógica ‘do topo para a base’, cujo funcionamento hierárquico impede uma efetiva participação cidadã. Os segundos esbarram na implausibilidade de se conceber a totalidade da população mundial inserida numa única circunscrição, num demos unitário que servisse de poder constituinte aos mecanismos democráticos globais.<sup>12</sup>

O impasse no qual se situam os modelos contemporâneos de integração política cosmopolita concerne, pois, à dificuldade de se articularem os conceitos de cosmopolitismo, democracia e povo de forma a transcender o modelo político canónico da modernidade, que conjuga apenas os dois últimos termos na figura do estado-nação, encarado como único suporte passível de incorporar um regime democrático.<sup>13</sup>

Com efeito, se a esfera da governança transcende presentemente o estrito quadro doméstico, esvaziando os parlamentos e os governos nacionais de parte do seu escopo de ação tradicional, estes processos têm por corolário uma retração da capacidade popular de influência e escrutínio sobre as políticas públicas. O dilema que enfrenta a teoria da democracia supranacional é, pois, o de definir novos fóruns e processos de participação cidadã que atualizem os moldes tradicionais da soberania popular num contexto de déficit democrático tanto das organizações internacionais existentes como dos principais modelos de integração cosmopolita.

A União Europeia (UE) tem sido encarada como possível resolu-

---

<sup>11</sup> 2005; 1995.

<sup>12</sup> Cochran, 2002; Thaa, 2001.

<sup>13</sup> Manent, 2006.

ção desse dilema no continente europeu, como espaço onde se poderá aliar os valores universalistas da axiologia cosmopolita à concretização política de uma pólis supranacional, situada entre um modelo de governança global e uma estrutura regional proto-federal.

No que toca à caracterização da UE, o debate é já longo e antigo, tendo sido enquadrado a partir de tipologias como confederação versus federação, ou intergovernamentalismo versus supranacionalismo. De forma muito sumária, poder-se-á dizer que a União se situará talvez num ponto intermédio desses binómios. Por um lado, contém em si uma estrutura decisória ainda fortemente marcada pela negociação entre governos em fóruns intergovernamentais, sendo aqui notório o peso legislativo do Conselho. No entanto, se nos movermos de uma apreciação institucional para uma avaliação da força normativa do direito europeu face aos diferentes quadros legais nacionais, assim como da evolução ‘ativista’ do papel do Tribunal de Justiça da União Europeia na definição e proteção da supremacia e do efeito direto das normas comunitárias, concluiremos que, no que diz respeito à estrutura jurídica, a UE tem um cunho marcadamente federal.<sup>14</sup>

A UE não será, é certo, nem uma organização internacional clássica, nem uma reconstituição do estado à escala supranacional. Constitui sim, independentemente da posição no continuum de formas de governo que se lhe atribua, uma forma intermédia de os estados membros procurarem recapturar alguns dos poderes e da autonomia que têm sido escoados para agentes políticos e económicos transnacionais.<sup>15</sup>

Por outro lado, se a literatura cruzando o cosmopolitismo com a integração europeia é ainda incipiente, um número importante de autores tem sinalizado a UE como o primeiro exemplo de uma organização que poderá desativar as críticas apontadas ao défice democrático dos modelos de integração política e identidade cosmopolita.<sup>16</sup> Em primeiro lugar, pelo facto de a UE ativar um modelo identitário dual: não anulando o enraizamento de cada cidadão na sua comunidade nacional de pertença, complementa-o pela afiliação

---

<sup>14</sup> Sobre esta questão veja-se, por exemplo, Maduro, 2003 e Weiler, 1991.

<sup>15</sup> Lupel, 2005.

<sup>16</sup> Rumford, 2007.



supranacional à cidadania europeia.<sup>17</sup> Em segundo lugar, por se ter delineado um substrato identitário cívico que, se for suficientemente robusto de modo a servir de alicerce à categoria de cidadania, poderá instituir os cidadãos europeus em efetivo demos.<sup>18</sup> Com efeito, a definição dos contornos e consolidação de uma identidade europeia é comumente encarada como indispensável à superação do défice democrático da União.<sup>19</sup>

Nesse contexto, e na ausência de uma experiência histórica unificadora ou constituintes civilizacionais comuns<sup>20</sup>, as propostas têm coalescido em torno da ideia de *patriotismo constitucional*. Por este termo é designado um tipo particular de vínculo de concidadania. Por ser estritamente baseado nos laços cívicos entre indivíduos, opera uma deslocação do núcleo do comum reconhecimento entre cidadãos – este transita desde a tradicional similitude etno-histórica para a partilha de uma axiologia comum e o apego a um conjunto de princípios e procedimentos consubstanciados numa constituição.<sup>21</sup>

A interpretação deste patriotismo cívico e pós-nacional tem-se, todavia, confrontado com uma aporia que deve ser resolvida para que o modelo identitário seja operativo. Mesmo que os seus proponentes indiquem a necessidade de ancorá-lo numa cultura política partilhada, que efetivamente dote os cidadãos europeus de uma noção de *destino comum*, existe uma notória dificuldade em designar um conjunto de princípios ou interpretações dos direitos humanos estritamente europeus, que não sejam a replicação do discurso universalista do cosmopolitismo.<sup>22</sup>

Para além disso, faltam à União Europeia os constituintes simbólicos que levariam à identificação de um “momento constitucional” que pudesse ser identificado pela população europeia como o momento a partir do qual a União adquiriu o estatuto de unidade política.<sup>23</sup> A tentativa mais explícita de demarcar o princípio formal do constitucionalismo europeu – que já existe informalmente, pelo menos desde

---

<sup>17</sup> Beck, 2006; Delanty, 2000.

<sup>18</sup> Habermas, 2001.

<sup>19</sup> Weiler, Haltern & Mayer, 1995.

<sup>20</sup> Smith, 1991.

<sup>21</sup> Habermas 1998, 2001; Ferry 2000, Lacroix 2004

<sup>22</sup> Müller, 2007.

<sup>23</sup> Dobson & Follesdal, 2006; Weiler et al., 1995.

que foram judicialmente formuladas as doutrinas de “supremacia” e “efeito direto” do direito europeu face aos ordenamentos jurídicos domésticos dos estados membros – acabou por soçobrar com a rejeição dos referendos francês e holandês ao projeto de Constituição Europeia.

A carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDF) parece ter emergido como uma das soluções para dotar a UE desse *momento constitucional*, incitado neste caso pela definição do conjunto de princípios e proteções da liberdade individual dos cidadãos que comporiam o *ethos* europeu, o “suplemento de particularidade”<sup>24</sup> necessário para que a constituição de uma identidade supranacional de base cívica seja dotada de espessura suficiente para que os indivíduos nela compreendidos possam encarar-se como unidos por uma narrativa comum, reconhecendo-se como *demos*.<sup>25</sup>

A criação de uma CDF foi mandatada em 1999 pelo Conselho Europeu de Colónia, tendo sido formalmente proclamada a 7 de Dezembro de 2000 pelo Parlamento, Conselho e Comissão e dotada de poder jurídico vinculativo com o Tratado de Lisboa. Em 2009, com a entrada em vigor do novo tratado, a carta passou, desta forma, a ter um peso jurídico semelhante ao do direito primário da UE.

Desde o seu mandato de redação que a Carta foi encarada como veículo de aprofundamento do constitucionalismo europeu. O seu objetivo era, antes de mais, o de reunir as fontes dispersas das quais o Tribunal Europeu de Justiça se servia na sua jurisprudência sobre direitos fundamentais – que incluíam nomeadamente as tradições constitucionais dos estados membros, os tratados comunitários, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou as jurisprudências do Tribunal Europeu de Justiça e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – num único documento. Coligirem-se os diversos direitos aos quais a cidadania europeia concedia usufruto seria o modo de, como o indica o relatório do Conselho Europeu de Colónia, “tornar a sua importância primordial e relevância mais visíveis aos cidadãos da União”. A proteção dos direitos fundamentais era, por conseguinte, encarada como um “pré-requisito indispensável à legitimidade” da

---

<sup>24</sup> Müller, 2007.

<sup>25</sup> Veja-se, por exemplo, Reich, 2001; Craig, 2001; Dobson, 2006.

UE.<sup>26</sup>

O modo como os trabalhos da Convenção redatora decorreram, por outro lado, marca igualmente a especificidade do objeto resultante. Pela primeira vez em reuniões desta índole optou-se por uma composição multi-institucional da Convenção – reunindo representantes não só de cada país, mas igualmente da Comissão e Parlamento Europeus e dos parlamentos nacionais – e por um conjunto de reuniões maioritariamente abertas ao escrutínio público. Requereu-se, noutra iniciativa inédita, contributos de organizações da sociedade civil nos trabalhos da Convenção.<sup>27</sup>

Este método de trabalho, contrário à habitual opacidade das Conferências Intergovernamentais (o modelo de reunião aquando da revisão de tratados, marcado pelas reuniões privadas entre representantes dos estados membros e pela necessidade de decisões unânimes), constitui uma nova indicação do carácter ‘constitucional’ que se procurou imprimir à Carta dos Direitos Fundamentais.

O seu conteúdo, no entanto, indicia uma indecisão quanto ao modelo de constitucionalismo a adotar. Por um lado, tanto o *modus operandi* que presidiu à sua redação quanto a abrangência dos direitos que nela estão contidos – indo para além das áreas de competência comunitária, no sentido de um catálogo geral de direitos – parecem indicar uma vontade de instituir a CDF como documento charneira de um constitucionalismo europeu e fundação onde assentasse o projeto de integração política e identidade cidadã. Por outro lado, a Carta já desde o seu início viu serem-lhe restringidas as possibilidades de funcionar como instrumento constitucional pleno. Ao mandato inicial do Conselho de Colónia, restringindo as funções do documento a uma mera reprodução e consolidação dos direitos fundamentais já presentes na esfera da União e dos estados, somam-se as “disposições gerais” do texto da Carta (artigos 51º a 54º). Nelas se indica que o conteúdo da carta não só “não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União” como não pode aplicar-se genericamente aos atos dos estados membros perante os seus cidadãos, mas apenas

---

<sup>26</sup> Conclusions of the Presidency, Cologne European Council, 3 - 4 June 1999. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/summits/kol2\\_en.htm#an4](http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_en.htm#an4) (Consultado a 11/09/2015).

<sup>27</sup> Deloche-Gaudez, 2001.

quando estes aplicam o direito da União.

Esta “duplicidade dos discursos constitucionais da Carta”<sup>28</sup> poderá apenas ser clarificada a partir dos usos políticos e retóricos da CDF que dela fazem os estados e instituições europeias ao longo do tempo, assim como das remissões à Carta e interpretações da abrangência e implicações dos artigos, por parte da jurisprudência do Tribunal Europeu de Justiça.

Por ser um documento fundamental para se compreender quer o estatuto corrente da identidade europeia, quer as alterações que o constitucionalismo europeu tem operado no princípio de soberania estatal, a Carta dos Direitos Fundamentais – a sua genealogia filosófica e significado jurídico-político – foram alvo de um projeto de investigação desenvolvido em parceria entre o Instituto de Filosofia da Nova e o Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade da Universidade Nova de Lisboa. O projeto, financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia, tem por título “Soberania pós-nacional: a União Europeia rumo a uma identidade política” (PTDC/FIL-ETI/108287/2008).

A investigação dividiu-se em duas vertentes. A primeira desenvolveu uma análise da Carta com o propósito de reconstruir a imagem que se procurou veicular no que toca à identidade ético-legal da União Europeia. Analisaram-se quer os debates preparatórios ocorridos na Convenção Redatora da CDF e no seio das instituições comunitárias, quer a genealogia filosófica e política de alguns dos valores que lhe são ínsitos. A segunda, mais marcadamente jurídica, avaliou o estatuto legal do documento, assim como o seu impacto na jurisprudência europeia e nos sistemas nacionais de proteção dos direitos fundamentais.

As contribuições que compõem este livro são um espelho das diferentes linhas de pesquisa seguidas pelos investigadores do projeto. Emergiram, na sua maioria, de algumas das reuniões científicas organizadas nos últimos três anos. Em particular, alguns dos textos foram apresentados no colóquio “Debatendo a Carta - Aspectos jurídicos e políticos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia” (Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; 17 de

---

<sup>28</sup> Maduro, 2004, 73. Veja-se igualmente De Angelis & Barcelos, 2013.

dezembro de 2010); na conferência internacional “The Political Project of the European Union: Current State and Future Perspectives” (Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa; 8-10 de dezembro de 2011); e no colóquio “Direitos Fundamentais e Soberania na Europa. História e Atualidade” (Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 28-29 de Junho de 2013).

O livro está dividido em três partes temáticas. As primeiras três contribuições problematizam a constituição histórica e ontológica da linguagem dos direitos e do princípio da soberania. Abordam-se igualmente problemas e aporias na história e fundamentação dos direitos humanos. A segunda parte foca diretamente o estatuto dos direitos fundamentais no contexto da União Europeia. São abordados quer a evolução da estrutura de proteção dos direitos ligados à cidadania europeia, quer a perceção do seu papel como densificadores do constitucionalismo europeu. Em particular, é explorada a ligação do léxico e mecanismos de proteção dos direitos fundamentais com as possibilidades de se constituir a UE num espaço de identidade cívica partilhada, de tolerância e proteção de minorias, de justiça e solidariedade sociais. Finalmente, a última parte foca políticas e procedimentos comunitários ligados à proteção de direitos fundamentais, assim como a relação entre instâncias judiciais domésticas e supranacionais.

Uma das conclusões gerais que se pode extrair deste conjunto de contribuições será a de que a União Europeia representa não só um experimento de integração regional sem precedentes nas relações internacionais, como a organização existente que melhor permite pensar as mutações operadas na gramática política moderna. Conceitos como soberania, identidade, comunidade nacional, cidadania ou federalismo, ou modelos de entendimento da política internacional como o facto da anarquia ou o equilíbrio de poderes têm sido colocados em tensão desde a génese da integração europeia. Nesse sentido, a União coloca-se na posição de ser simultaneamente sismógrafo e indutor de abalos, uma parcela dos quais são objeto de inquirição nesta coleção de textos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Archibugi, Daniele & Held, David, eds. (1995), *Cosmopolitan Democracy: An Agenda for a New World Order*, Cambridge, Polity Press.
- Beck, Ulrich (2006), *Cosmopolitan Vision*, Cambridge: Polity Press.
- Cabrera, Luis (2004), *Political Theory of Global Justice: A Cosmopolitan Case for the World State*, London, Routledge.
- Cochran, Molly (2002) “A democratic critique of cosmopolitan democracy: pragmatism from the bottom-up”, *European Journal of International Relations*, 8(4), 517–548.
- Craig, Paul (2001), “Constitutions, Constitutionalism, and the European Union”, *European Law Journal*, 7(2), 2001, 125-150.
- de Jouvenel, Bertrand (1957), *Sovereignty: An Inquiry Into the Political Good*, Chicago, University of Chicago Press.
- Delanty, Gerard (2000), *Citizenship in a Global Age: Society, Culture, Politics*, Buckingham, Open University Press.
- Deloche-Gaudez, Florence (2002), “The Convention on a Charter of Fundamental Rights: A method for the future?”, *Groupement d'Études et de Recherche 'Notre Europe' Research and Policy Paper No. 15*.
- Disponível em: <http://www.notre-europe.eu/media/etud15-en.pdf> (Consultado a 11/09/2013).
- Dobson, Lynn and Follesdal, Andreas, eds. (2006), *Political Theory and the European Constitution*, London: Routledge.
- Dobson, Lynn (2006), *Supranational Citizenship*, Manchester, Manchester University Press.
- Douzinas, Costas (2007), *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Abingdon, Routledge-Cavendish.
- Falk, Richard (1999), *Explorations on the Edge of Time: The Prospects for World Order*, Philadelphia, Temple University Press.
- Ferry, Jean-Marc (2000), *La question de l'État européen*, Paris, Gallimard.
- Habermas, Jürgen (1998), *The Inclusion of the Other*, Cambridge, MIT Press.
- Habermas, Jürgen (2001), *The Postnational Constellation*, Cambridge, MIT Press.
- Held, David (2006), *Models of Democracy*, Cambridge, Polity Press.
- Hinsley, F. H. (1986), *Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press.

- Kaldor, Mary (2003), *Global Civil Society: An Answer to War*, Oxford, Polity.
- Kelsen, Hans (1960), "Sovereignty and International Law", *The Georgetown Law Journal*, 48(2), 627–40.
- Lacroix, Justine (2004), *L'Europe en procès. Quel patriotisme au-delà des nationalismes?*, Paris, Editions du Cerf.
- Lupel, Adam (2009), *Globalization and Popular Sovereignty: Democracy's Transnational Dilemma*, London, Routledge.
- MacIntyre, Alasdair (2003 [1984]), "Is Patriotism a Virtue?", in Matravers, Derek and Pike, Jonathan (eds.), *Debates in Contemporary Political Philosophy: An Anthology*, New York, Routledge, 286-300.
- Maduro, Miguel (2003), "Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action", in Walker, Neil (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 502-537.
- Manent, Pierre (2006), *La Raison des nations: Réflexions sur la démocratie en Europe*, Paris, Gallimard.
- Maritain, Jacques (1951), *Man and the State*, Chicago, University of Chicago Press.
- Miller, David (1995), *On Nationality*, Oxford, Oxford University Press.
- Müller, Jan-Werner (2007), *Constitutional Patriotism*, New Jersey, Princeton University Press.
- Pogge, Thomas (2002), *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge, Polity Press.
- Reich, Norbert (2001) "Union Citizenship - Metaphor or Source of Rights?", *European Law Journal*, 7(1), 4-23.
- Rosenau, James & Czempiel, Ernst Otto (1992), *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Rumford, Chris (2007), *Cosmopolitanism and Europe*, Liverpool, Liverpool University Press.
- Slaughter, Anne-Marie (2004), *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press.
- Strange, Susan (1996), *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Thaa, Winfried (2001), "Lean Citizenship: The Fading Away of the Political in Transnational Democracy", *European Journal of International Relations*, 7(4), 503-23.
- Weiler, J. H. H. (1991), "The Transformation of Europe", *Yale Law*

- Journal*, 100(8), 2405-2483.
- Weiler, J. H. H., Haltern, U. and Mayer, F., (1995) "European Democracy and its Critics; Five Uneasy Pieces", *EUI Working Paper*, 95/11.
- Weiler, J. H. H., Ulrich R. Haltern and Meyer, F. (1995), "European Democracy and Its Critique", *West European Politics*, 18:(3), 4-39.
- Wendt, Alexander (2003), "Why a World State is Inevitable?", *European Journal of International Relations*, 9(4), 491-542.





I.

DIREITOS E SOBERANIA NO PLANO DOMÉSTICO E TRANSNACIONAL



## Como contar a história dos Direitos Humanos na Europa Algumas questões metodológicas

Cristina Nogueira da Silva

Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade  
(CEDIS)

Universidade Nova de Lisboa

Este texto é o resultado de um conjunto de leituras sobre a história dos direitos humanos que foram motivadas pela investigação que tenho desenvolvido sobre a cidadania no Império português dos séculos XIX e XX e, em geral, sobre o estatuto e os direitos dos povos nativos dos territórios coloniais/ultramarinos europeus durante aqueles dois séculos. Muitas das opções e pontos de vista que aqui foram privilegiados relacionam-se com esta conexão, que orientou de forma determinante não apenas a seleção dos textos que se constituíram em fonte, e que não abrangem de forma exaustiva o extenso universo da literatura que tem sido produzida em torno da história dos direitos humanos, mas também a lente através da qual esses textos foram lidos: uma lente mais dirigida à identificação de problemas que a noção de direitos humanos coloca quando aplicada a épocas passadas do que à valorização de eventuais “sinais” da presença de noções próximas daquela no passado.

À anterior motivação acrescentou-se outra, não menos importante, associada ao contacto que tenho tido, em virtude do exercício da docência e da investigação na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, muitas vezes em parceria com outras Faculdades, com o trabalho de juristas, filósofos e de cientistas políticos que fazem investigação na área dos direitos humanos, bem como à observação do modo como estes muitas vezes dialogam com a história em geral,

e com a história dos direitos humanos, em particular<sup>1</sup>. Por exemplo, quando discutem o tema da fundamentação jusnaturalista dos direitos, quase sempre implícita quando se fala de direitos humanos, identificando-se ou demarcando-se das posições de autores que escreveram em tempos históricos e/ou lugares geográficos distintos e que, na maior parte dos casos por esse motivo, localizaram aqueles fundamentos em lugares também diferentes: Deus, a sua Vontade ou a sua Razão; a natureza humana, a sua Vontade ou Razão; a Razão cósmica; a “ordem natural das coisas” ou um “sentido moral inato”. Autores que, finalmente, identificaram de forma também diversa as entidades que compunham os direitos, ou dos quais eles derivavam: normas de natureza ética, valores jurídicos universais, direitos naturais ou, mais recentemente, direitos individuais<sup>2</sup>. Um historiador participará sempre com perplexidade neste diálogo. Porque a questão que a história coloca não será, pelo menos prioritariamente, e para dar um exemplo, a de saber se S. Tomás de Aquino, que escreveu no século XIII (1225-1274), estava mais próximo da verdade quando identificou Deus e a ordem inscrita na sua obra como fundamento do direito natural, mas antes a de tentar compreender porque é que S. Tomás (ou Cícero, ou Immanuel Kant ou Thomas Jefferson, para enumerar alguns dos autores mais referidos nos livros sobre a história dos Direitos Humanos), identificaram como válidos determinados fundamentos, e não outros. O exemplo da fundamentação dos direitos na “autoevidência”, como fizeram os autores americanos da Declaração da sua independência (1776), é talvez um dos mais interessantes para ilustrar essa diferente aproximação aos textos do passado<sup>3</sup>. A pergunta de um historiador não é aquela cuja resposta terá como objetivo saber se os direitos são, ou não são, autoevidentes. Na verdade, dificilmente se encontra um conceito mais anti-histórico do que o de “autoevidên-

---

<sup>1</sup> Recordo que este texto é, ele próprio, o resultado da investigação desenvolvida no âmbito de um projeto conjunto do Instituto de Filosofia da Nova, da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, e o Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS), da Faculdade de Direito da mesma universidade.

<sup>2</sup> Marín, 1989.

<sup>3</sup> Thomas Jefferson, senhor de escravos, escreveu, a propósito da Declaração da Independência Americana e dos direitos nela consagrados (a igualdade, a liberdade...): “Consideramos estas verdades autoevidentes”, v. Hunt, 2009, 17.

cia”, pois o que se apresenta como tal é sempre olhado como estando livre das contingências que decorrem de um qualquer lugar temporal ou geográfico. Não carece, por isso, de explicação histórica. A pergunta do historiador será, então, aquela cuja resposta lhe permitirá compreender porque foi a autoevidência um argumento válido no século XVIII, no contexto da Revolução americana. O mesmo argumento não seria o mais importante em outros contextos culturais<sup>4</sup>; nomeadamente em contextos menos marcados pela confiança na autonomia da Razão individual ou na sua universalidade, uma confiança que não pode desligar-se das formas científicas de saber que se desenvolveram nos séculos XVI e XVII, ou das condições psicológicas<sup>5</sup> e de poder<sup>6</sup> ocasionadas e/ou associadas a processos de individuação<sup>7</sup>. Dificilmente um pensador medieval, por exemplo, sustentaria uma verdade somente na autoevidência racional<sup>8</sup>.

A segunda pergunta que um historiador fará é a que Lynn Hunt também fez num dos seus capítulos sobre o argumento da autoevidência durante a Revolução americana: “como é que essas verdades se tornaram autoevidentes?”<sup>9</sup>. Foi a questões como estas que Orlando Patterson, alguns anos antes, se tinha já proposto responder, quando fez a história daquele que pareceu aos líderes americanos da revolução o mais autoevidente dos direitos, a liberdade<sup>10</sup>. A liberdade, na exposição deste autor, emergiu historicamente como uma ideia valorizada

---

<sup>4</sup> “After all, ‘self-evidence’ is not a status that every culture claims for its central beliefs: it is a status that Western culture applied to its central beliefs at a specific historical moment”, Moyn, 2012, 250.

<sup>5</sup> Hunt, 2009, 82 e ss.

<sup>6</sup> Foucault, 1975.

<sup>7</sup> Citamos aqui Michel Foucault porque o poder disciplinar, que ele situa na “modernidade”, participa e dependeu desse processo de individuação, de construção de um indivíduo que não existia em épocas anteriores; e Lynn Hunt, porque ela descreveu as circunstâncias psicológicas em que considera que essa individuação aconteceu. Na sua argumentação, essas circunstâncias permitem, simultaneamente, uma maior alteridade (física e psicológica) do indivíduo em relação aos outros. Esta, por sua vez, ao possibilitar uma identificação com esses outros como “iguais”, no século XVIII, reforçou a empatia entre os seres humanos, ajudando a que estes percecionassem os direitos como “autoevidentes”.

<sup>8</sup> Sobre o universo cultural de argumentação intelectual do mundo medieval v. a obra clássica de Villey (2003) e também, entre muitos outros, Colish, 1997.

<sup>9</sup> Hunt, 2009, 24.

<sup>10</sup> Patterson, 1991; 1995.

nas sociedades em que viviam escravos, nas quais ganhou força a percepção de que era positivo não estar sob o poder absoluto de outrem: “É com a emergência de escravos que a ideia da existência de um grupo de pessoas livres se torna significativa”, pois antes disso não fazia sentido designar um desses grupos como “livre”<sup>11</sup>. Liberdade e escravidão foram assim noções conexas, nas antigas sociedades escravagistas. Patterson chamou também a atenção para a multiplicidade de sentidos e de combinação de sentidos, muitas vezes contraditórios, que o conceito de liberdade foi assumindo nos vários contextos sócio e espaço-temporais que o receberam e transformaram, até adquirir um dos seus significados mais modernos, aquele que acabou por plasmar-se na primeira Constituição americana, mas apenas depois da Emenda que aboliu a escravidão, em 1865 (v. *infra*). Tentou também identificar as variáveis – intelectuais, mas sobretudo sociais e materiais – que explicam as transformações semânticas às quais o conceito de liberdade foi historicamente sujeito, nomeadamente durante os acontecimentos que se sucederam à revolução americana, em particular à guerra civil, bem como mostrar a coexistência temporal de diversas ideias históricas sobre a liberdade.

Para a elite aristocrática da sociedade grega, explica-nos, ser livre era prosseguir a dignidade e independência de uma vida nobre, o que requeria, idealmente, a escravização ou domínio de outras pessoas ou indivíduos, ou o que o autor designa por uma “sovereignal conception of freedom”, uma forma de entender a liberdade sobre a qual Hannah Arendt já tinha refletido a propósito do conceito de *vida boa* (*bios politikos*) em Aristóteles<sup>12</sup>. Já para os cidadãos de proveniência e ocupação rural ou urbana, a liberdade cívica era o mais importante. Para os ex-escravos ou estrangeiros, finalmente, o mais importante era a liberdade pessoal<sup>13</sup>. Depois, no contexto da sociedade medieval, a noção de liberdade como privilégio e poder foi reconstruída no mundo aristocrático, ao mesmo tempo que a liberdade como imunidade relativamente a determinados deveres e prestações e a limitações na liberdade de circulação e de comércio foi recuperada no contexto

---

<sup>11</sup> Patterson, 1995, 135.

<sup>12</sup> Arendt, 2006, 130-131.

<sup>13</sup> Patterson, 1995, 137.

burguês, ligada à ideia de liberdade pessoal negativa<sup>14</sup>. Uma “sovereignal conception of freedom” foi também a concepção dos colonos da América quando, na segunda metade do século XVII, reclamaram a preservação, em solo americano, das liberdades dos “freeborn englishmen”, um conjunto de poderes e imunidades garantidos pelo poder político, entre os quais se contava o direito político de decidir, em assembleias coloniais, sobre os destinos da colônia. Nomeadamente, o de poder decidir a favor da escravidão, pelo que desde a segunda metade do século XVII que colonos e companhias coloniais contrapunham aos *Acts* de sentido abolicionista do parlamento britânico os (inalienáveis) direitos de propriedade sobre os seus escravos, direitos cuja proteção a legislatura colonial garantia<sup>15</sup>.

A valorização da liberdade e da igualdade (entre brancos) na América foi ainda relacionada por Patterson com o reforço intencional do racismo, que se produziu por meio de sanções sociais e legais que separaram os dois grupos, de modo a evitar qualquer união insurrecional entre criados brancos e escravos; aí residindo, na opinião do autor, os fundamentos da mais radical das democracias do mundo moderno<sup>16</sup>. Associado a este fenómeno esteve sempre a convicção de que não havia inconsistência entre liberdade e escravidão, de que, como William J. Cooper sublinhou, «a celebração sulista da liberdade incluiu sempre a liberdade de preservar a escravidão»<sup>17</sup>. E, sendo assim, liberdade significou, também no momento revolucionário, a “liberdade para dominar os outros”. Só quando esse conceito perdeu ascendência, explicou ainda Patterson, é que o movimento abolicionista triunfou, tendo essa mudança sido potenciada no momento da Guerra Civil americana, acontecimento fundamental na transformação semântica que inverteu os sentidos associados ao vocábulo. Nessa altura, foi o próprio Presidente Lincoln a pronunciar-se sobre os diversos significados da palavra liberdade que estiveram em confronto durante a guerra civil:

---

<sup>14</sup> Patterson, 1995, 144.

<sup>15</sup> Marshall, 1996, 530-542; Armitage, Braddick, 2009; Greene, 2010.

<sup>16</sup> Patterson, 1995, 152-53: “a large slave labor force isolated by racism and strong solidarity among all classes of whites who felt a commonality of interests with the dominant slave-holding elite”.

<sup>17</sup> Patterson, 1995, 155.



“The world has never had a good definition of the word liberty, and the American people, just now, are much in want of one. We all declare for liberty; but in using the same word we do not all mean the same thing. With some the word liberty may mean for each man to do as he pleases with himself, and the product of his labor; while with others the same word may mean for some men to do as they please with other men, and the product of other men’s labor. Here are two, not only different, but incompatible things, called by the same name – liberty”<sup>18</sup>.

Além desta, outras histórias foram escritas, antes e depois da de Patterson, com o objetivo de compreender a pluralidade de definições históricas de liberdade e também de processos históricos que ajudam a explicar as mutações semânticas que o conceito sofreu. Mostrando, com isso, a complexidade que se esconde por detrás do argumento da auto-evidência<sup>19</sup>. Quase todos estes estudos se inscrevem ou dialogam de forma mais ou menos completa nas/com as metodologias propostas pela abordagem da “História dos conceitos” e/ou da “Cambridge School”, abordagens diferentes entre si mas orientadas, em conjunto e de forma complementar, pela noção da mutabilidade temporal dos conteúdos e vivências associados aos vocábulos usados pelos atores históricos, bem como pela noção do dinamismo semântico dos conceitos, moldados por contextos, acontecimentos, interesses, tentativas de responder aos problemas (políticos, morais, sociais) concretos que se colocaram historicamente, bem como ainda pelas tradições discursivas em que os conceitos se inscrevem, e pela valorização das suas receções, que tornam arriscada uma definição fixa dos mesmos, seja na diacronia, seja na sincronia<sup>20</sup>. Como todos reconheceram, sobre os

---

<sup>18</sup> Abraham Lincoln, cit. in Patterson, 1995, 172.

<sup>19</sup> Sem qualquer intenção de exaustividade, e selecionando somente as abordagens mais gerais, Jaume, 2000 ; Barberis, 1999; Davis, 1995; Grey e Pelczynski, 1984; Skinner, 1998. Podemos ainda fazer incursões mais antigas, em textos clássicos dos anos sessenta do século XX, como o de Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty* (1958-1969), ou o de Raymond Aron, *Essai sur les libertés* (1965), bem como os estudos citados em Richter, 1995, 9-25.

<sup>20</sup> Sobre as convergências e divergências entre a “School of Cambridge” de

mesmos conceitos coexistem, no mesmo tempo histórico, visões contrastantes e em competição<sup>21</sup>.

Outro desafio que se colocará sempre ao historiador que pretende fazer uma história dos direitos humanos, e que se relaciona estreitamente com os problemas metodológicos referidos nos parágrafos anteriores, é a de se posicionar face ao que Kevin Grant designou como uma “premissa teleológica segunda a qual a humanidade prosseguiu, desde tempos antigos, num caminho necessariamente direcionado para o reconhecimento dos direitos humanos”<sup>22</sup>. É uma premissa comum nos livros sobre História do direito, nos quais desempenha muitas vezes a função legitimadora de demonstrar o progresso do direito e a natureza necessária, linear, “escatológica” da história do pensamento jurídico<sup>25</sup>. No caso da história dos direitos humanos, a questão concreta que ela obriga a colocar é a de saber se essa história pode ser contada como um caminho único, que começou, por exemplo, no Código de Hamurabi, passou pelo pensamento estoico, na antiguidade, pelas teorias do direito natural medieval e modernas,

---

Quentin Skinner e J.G.A. Pocock e a anterior proposta, que se auto designou como “História dos Conceitos” ou “História conceptual”, por ter eleito os conceitos como a unidade de análise para escrever a história do pensamento político, e cuja teorização ficou associada a nomes alemães como o de Reinhart Koselleck, v. Richter, 1995, 124-142.

<sup>21</sup> Koselleck, 1990; 2002; Skinner, 2002; 1998, 104-106; Richter, 1995; Barberis, 1999; Sebastián, 2012. Numa tentativa de reformular as posições da “História dos conceitos” e da “School of Cambridge”, nas quais se inspirou, Barberis descreve de forma muito sugestiva a fórmula evolutiva dos conceitos: “[...]i concetti giuspolitici nascono ed evolvono come le specie naturali, addatandosi ai mutamenti dell’ambiente. Coloro i cali, nei diversi contesti storici, partecipano ai giochi dela politica o del diritto, compiono certo atti intenzionali, come deliberate mosse del gioco; tali atti intenzionali, pero, generano spesso effetti inintenzionali, né voluti né previsti dagli autori, fra i quali ocorre annoverare gli stessi concetti, sempre intesi come regole d’uso del linguaggio. Dunque, i concetti si formano e si affermano compatibilmente com le esigenze dell’ambiente, e sopravvivono solo a pato di adattarsi ai mutamenti di questo” (Barberis, 1999, 10). Já Javier Sebastián, na introdução ao volume da Revista *Ler História* citado na bibliografia, analisa alguns resultados de um projeto que está em curso, cujo objetivo é o de aplicar os métodos da história conceptual às sociedades ibero-atlânticas. Outro desses resultados, além deste número da revista foram os volumes que coordenou sobre o tema (Sebastián, 2009; 2012).

<sup>22</sup> Grant, 2007, 80.

<sup>25</sup> V. Hespanha, 2012, 14-30.

nas, pelas revoluções britânica (no século XVII), americana e francesa (no século XVIII), para atingir o seu zénite na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>24</sup>. Poderemos afirmar, com James Griffin, que o termo “[...] ‘direito natural’, no nosso sentido moderno, embora tenha surgido primeiramente nos finais da Idade Média, só se transformou num termo mais usado no século XVII e XVIII”<sup>25</sup>; ou que existe uma relação entre a ideia de humanidade presente nos textos da escolástica medieval, a que depois surge nas doutrinas modernas do direito natural e no Iluminismo, e a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos contemporâneo?<sup>26</sup>

Embora esta forma de abordar a história dos direitos humanos seja comum em textos recentes e, por vezes, recolha a seu favor sinais empíricos relevantes, ela tem sido muito questionada, do ponto de vista metodológico, pela identificação de anacronismos e dos equívocos que lhe estão quase sempre associados. Contar a história de um conceito, de uma palavra, de uma ideia, como se estes fossem o resultado de uma evolução progressiva, linear e multissecular, abstraindo de ruturas de sentido que aconteceram no percurso histórico, das suas receções e apropriações em contextos muito diversos, que os foram transformando, envolve vários riscos. O primeiro deles é o da transfiguração do passado, reduzido a uma antecipação incompleta/imperfeita, do presente<sup>27</sup>. O segundo risco, ainda mais sublinhado, é o do anacronismo. Como também salientou Kevin Grant em relação ao caso concreto dos direitos humanos, os estudos sobre a sua história que se inscrevem nesta opção metodológica “projetam no passado as conceções presentes sobre direitos humanos, fazendo enraizar um conjunto

---

<sup>24</sup> V. um exemplo próximo desta abordagem muito orientada pela procura de pontos de ligação entre alguns destes momentos históricos em Neier, 2012, pp. 26-27. Apesar de aludir a quase todo este percurso, a autora não o descreve como absolutamente linear, identificando uma rutura importante, que, na sua opinião, aconteceu no momento em que os direitos humanos adquiriram significado político, situando esse momento no século XVI, em Inglaterra. Mas também o privilegiar desse momento na história dos direitos humanos tem sido questionado ( “[...] The Bill of Rights (1688) was concerned with vindicating the ancient rights of Englishmen, not human rights”, Freeman, 2011, 25).

<sup>25</sup> Griffin, 2008, 9.

<sup>26</sup> Martinez, 2012, 135.

<sup>27</sup> Sobre esta reflexão aplicada ao tema da história dos direitos humanos v. Olwen, 1995, 3-5; Moyn, 2010, 6; 11-12.

heterogéneo de ideias numa única genealogia política”<sup>28</sup>. O pressuposto implícito, de que existem conceitos (geralmente, os “nossos”) universais e transtemporais, cujas manifestações na história o historiador está como que obrigado a encontrar e a descrever, também obedece, em muitos casos, nas introduções históricas dos livros jurídicos, a um desígnio legitimador muito comum, o de demonstrar a antiguidade ou a intemporalidade das categorias e conceitos jurídicos<sup>29</sup>. A estes riscos Kevin Grant acrescenta outros, com eles relacionados, mas mais comuns nos textos que se propõem estudar a origem e o desenvolvimento da ideia de direitos humanos: i) a identificação de um impulso de universalidade em reivindicações de direitos feitas por e/ou para grupos particulares de pessoas que os reivindicam para si próprias; nas quais, portanto, aquele impulso esteve ausente. É o que sucede muitas vezes quando se interpretam as finalidades das revoltas de escravos, nomeadamente nos séculos XVIII-XIX (v. *infra*); ii) o uso da terminologia dos direitos humanos para descrever a ação de personagens do passado que não usaram essa linguagem para definir os seus principais objetivos ou descrever as suas conquistas<sup>30</sup>. É o que sucede, novamente, de forma clássica, na interpretação dos objetivos que subjaziam às campanhas contra a escravidão e o tráfico de escravos no século XVIII e dos textos que as acompanharam. Só muito tardiamente estes textos recorreram à linguagem dos direitos humanos. Essa linguagem foi, para dar um exemplo, um recurso argumentativo forte na jurisprudência das Comissões mistas que julgavam os navios negreiros acusados de tráfico ilegal, já no contexto das medidas abolicionistas do século XIX<sup>31</sup>. Mas, mesmo nesse contexto, não se pôs em causa a ideia de Império e, portanto, a da normalidade jurídica das situações de domínio colonial, incompatíveis com a noção atual de direitos humanos<sup>32</sup>.

Deste conjunto de problemas decorrem precauções metodológicas centrais que, independentemente da tese da qual se parta – a do passado longínquo da noção de direitos humanos ou a da sua origem

---

<sup>28</sup> Grant, 2007, 81-82.

<sup>29</sup> Hespanha, 2012, 14 e ss.

<sup>30</sup> Grant, 2007, 81-82.

<sup>31</sup> Martinez, 2012.

<sup>32</sup> Moyn, 2010, 38 e ss; Grant, 81-82.

muito recente – devem orientar sempre a investigação sobre a sua história. Em primeiro lugar, o levantamento exaustivo do vocabulário usado pelos agentes históricos. Depois, um inquérito sistemático ao significado histórico das palavras que mobilizaram, ao sentido diferente que foram adquirindo em momentos históricos diversos, à sua polissemia e às lutas em torno da definição de conceitos chave como o de liberdade, igualdade e até o de direitos. Finalmente, a identificação da natureza mais particular ou mais universal da reclamação de direitos, nos momentos em que ela foi historicamente produzida.

Falar de direitos humanos tem tido quase sempre como pressuposto a existência de um direito anterior ao direito positivo. Esse direito poderá ser designado como “direito natural”, um conceito antigo, comum a discursos provenientes de contextos históricos muito diversos. A questão que se pode colocar é então, no que ao “direito natural” diz respeito, a de saber se existe uma continuidade entre o conceito mais antigo de direitos naturais e o conceito mais recente de direitos humanos. No seu conhecido texto, publicado em 2003 na revista *Political Theory*, Anthony Pagden estabeleceu uma relação muito direta entre a ideia de direito natural no mundo antigo e no pensamento medieval e moderno e o conceito atual de direitos humanos<sup>53</sup>. A tese do autor é a de uma longa tradição do “direito natural”, cujo denominador comum foi a ideia de que os seres humanos têm direitos que decorrem imediatamente do fato de serem humanos e que permanecem atuantes mesmo após a sua organização em comunidade política. Pagden identificou uma rutura neste percurso, que fez coincidir com a ligação, operada durante a revolução francesa e o liberalismo oitocentista, entre direitos humanos e cidadania. Nesse momento, a ideia de que “só os membros da Nação podem ter direitos” rompeu com a noção dos direitos *a priori* da humanidade, dos “direitos naturais”. Mas esta noção é, diz-nos ainda Pagden, posteriormente recuperada, no pós guerra, recuperação que se concretizou na Declaração dos Direitos do Homem de 1948, a qual descreve, fazendo suas as palavras de Michael Ignatieff, como um “regresso da tradição europeia à sua herança do direito natural”<sup>54</sup>.

A ideia de regresso a uma tradição nunca comporta, como é conhe-

---

<sup>53</sup> Pagden, 2003, 174.

<sup>54</sup> Pagden, 2003, 191.

cido, a sua reposição. Em vez disso, supõe sempre uma sua reinvenção. Por esse motivo, esta visão tem sido objeto de críticas contundentes, nas quais se denuncia a sua tendência para valorizar continuidades em processos onde as ruturas, ou a integração criativa de elementos antigos em contextos novos, foram preponderantes. Um dos olhares mais radicalmente críticos desta visão pode encontrar-se na obra de Samuel Moyn<sup>55</sup>. Neste seu livro o autor aproximou-se da visão de Pagden, ao concordar que a noção de direitos humanos cunhada pelas revoluções liberais pouco tem que ver com as formas contemporâneas de cosmopolitismo (e, acrescentaria Pagden, com as antigas), porque, naquela altura, a noção de direitos do homem esteve estreitamente relacionada com a construção, via revolucionária, da noção de soberania nacional. E não com a proteção da “humanidade”:

“The «rights of men» were about a whole people incorporating itself in a state, not a few foreign people criticizing another state for its wrongdoings[...] This profound relationship between the annunciation of rights and the fast-moving «contagion of sovereignty» of the century that followed cannot be left out of the history of rights: indeed it is the central feature of that history until very recently. If so, *it is far more fruitful to examine how human rights arose mainly because of the collapse of the model of revolutionary rights rather than through its continuation or revival*”<sup>56</sup>

Este raciocínio aplica-se, por exemplo, ao caso sempre referido da obra de Immanuel Kant, pois também nos seus escritos cosmopolitas os Estados-nação eram o lugar onde os direitos se aplicariam<sup>57</sup>. Houve, no pensamento político revolucionário, algo de próximo da ideia de que os direitos eram superiores ao próprio Estado, de que havia um conflito latente entre direitos naturais e a lei emanada do legislador<sup>58</sup>. Mas, como também sublinhou Moyn, essa tensão não

---

<sup>55</sup> Moyn, 2010.

<sup>56</sup> Moyn, 2010, 26, *subl. meus*.

<sup>57</sup> Moyn, 2012, 257.

<sup>58</sup> Veja-se o exemplo de Condorcet e outros autores franceses em Baker, 1994a, 167-68 e, para dar um exemplo português, o de Silvestre Pinheiro Ferreira, em Silva, 2009, 149-154 e Silva, 2012.

deu origem à emergência de mecanismos de proteção judicial destes direitos. A mesma afirmação tem sido feita pelo historiador francês Lucian Jaume, quando recorda, referindo-se concretamente aos Direitos do Homem da Declaração de 1789, que eles não se impunham à lei estadual, pela “ausência de qualquer forma de justiça constitucional”<sup>39</sup>, além de ser consensual na literatura sobre história do Estado de Direito. Esse legiscentrismo explica o fraco valor jurídico que as declarações de direitos tiveram na ordem jurídica liberal, e até o seu tendencial desaparecimento ao longo do século XIX<sup>40</sup>.

A comunhão de pontos de vista entre Anthony Pagden e Samuel Moyn termina, no entanto, aqui, pois o último considera que também as formas antigas de cosmopolitismo não têm conexão com as formas contemporâneas, invalidando a ideia de uma “tradição dos direitos naturais” interrompida pelas revoluções oitocentistas e recuperada no pós guerra, e distanciando-se também do que considera ser uma sobrevalorização daquela tradição na explicação da origem da cultura contemporânea dos direitos humanos<sup>41</sup>. São vários os momentos da sua obra em que expressa esta crítica, nomeadamente a propósito do cosmopolitismo estoico (à qual Pagden faz recuar a genealogia dos direitos humanos), pois “[...] nem o cosmopolitismo dos estóicos nem a conceção [romana] de humanidade são remotamente similares nas suas implicações à noção atual de Direitos Humanos. As práticas sociais de exclusão encorajadas ou toleradas pela cultura romana, nomeadamente em relação aos estrangeiros, mulheres e escravos, comprovam essa distância [...]”<sup>42</sup>, podendo ainda acrescentar-se que o conteúdo atual dos direitos humanos integra aspetos da vida mate-

---

<sup>39</sup> Jaume, 2000, 29-30.

<sup>40</sup> Mesmo assim, seria interessante investigar de forma sistemática se e de que forma os juristas – que, pelo menos na Europa do Sul, mantiveram, em boa medida, o poder de “dizer o direito” que lhes era reconhecido no Antigo Regime, como tem mostrado a mais recente historiografia (Garriga, Lorente, 2007; Garriga, 2011; Hespanha, 2004) – usaram os direitos do homem como argumento, na jurisprudência de recurso, por exemplo. Embora o mais provável seja a natureza maioritariamente conservadora dessa jurisprudência, e não uma generalizada apropriação emancipadora do argumento dos direitos do homem pelos juristas.

<sup>41</sup> Moyn, 2010, 21.

<sup>42</sup> Moyn, 2010, 15.

rial aos quais os filósofos estoicos eram completamente indiferentes<sup>45</sup>. Samuel Moyn procede do mesmo modo crítico em relação a um hipotético valor matricial da noção tomista de direito natural, pois a lei natural teorizada em S. Tomás de Aquino “[...]era apreendida como algo de objetivo, à qual os indivíduos deviam obedecer na medida em que eram parte da orden natural ordenada por Deus [...]”, passando também pelas concepções hobbesianas, já mais conectadas com a ideia de soberania<sup>44</sup>. Na obra de Hobbes, como é conhecido, a ideia de direito natural (que consistia somente no direito que cada um tinha, no *estado de natureza*, a fazer tudo o que considerasse útil e necessário à sua sobrevivência) foi neutralizada pela criação da soberania, momento em que os contratantes desistem desse direito e se fazem representar num soberano que o limitará, quase sem restrições, em nome da paz social<sup>45</sup>. Esta mesma ideia está presente nas doutrinas de muitos autores contratualistas que consideramos teorizadores modernos dos direitos naturais, dificultando a hipótese de situar as suas obras, pelo menos de forma linear, numa genealogia da ideia de direitos humanos.

Parece-nos, para terminar mais este exemplo dos problemas metodológicos que ocorrem quando se tenta contar a história dos direitos humanos, que o próprio Anthony Padgen oferece alguns elementos que enfraquecem a sua tese da continuidade. Assim, por exemplo, no seu texto sobre a ideia histórica de Europa<sup>46</sup>, já tinha afirmado que a ideia europeia da existência de uma ordem jurídica anterior que limitava o âmbito de ação dos governantes recuava à Antiguidade Clássica. Mas, logo a seguir, confirmando as propostas interpretativas de uma sólida tradição historiográfica do Sul da Europa<sup>47</sup> reconheceu que esta ordem jurídica tinha como conteúdo, na cultura jurídica europeia medieval e moderna, entidades muito diversas do atual conceito de direitos humanos<sup>48</sup>. Reconheceu também o fraco impacto

---

<sup>45</sup> Freeman, 2011, 18.

<sup>44</sup> Moyn, 2010, 21-22.

<sup>45</sup> Silva, 2009a.

<sup>46</sup> Pagden, 2002.

<sup>47</sup> Grossi, 1997; Hespanha, 2012; Fioraventi, 2002.

<sup>48</sup> “Esta ordem jurídica era, é certo, olhada como tendo derivado de Deus e imanente à natureza, e não como uma ordem dependente da vontade legislativa da maioria, e por esse motivo era infinitamente maleável[...]”, Pagden, 2002, 4-5



daquelas ideias do ponto de vista do que hoje seria olhado como os direitos do indivíduo:

“The history of social life, and the realities of most (if not all) European states since the collapse of the Roman Empire, might suggest that such conceptions of the sources of authority had very little enduring significance. Freedom, even under the law, was the freedom only of the few (it excluded in most cases most women and children). The existence of slavery was accepted as part of nature, and even the emphasis of Christianity on the equality of all human beings in Christ (if not in society) did little to change this (...). The possibility of self determination on the part of the vast majority of the population was further constricted by systems of land tenure and indenture, and by semisacred hierarchies based on kin and patrimonial succession[...].”<sup>49</sup>.

Outro problema que se coloca na linha de investigação que estou a tentar seguir é o de pensar acerca da utensilagem mental requerida para que se possam conceptualizar indivíduos portadores de direitos e projetar esse pensamento à escala da humanidade<sup>50</sup>. A noção de direitos humanos implica, desde logo, um conjunto de perceções que não estão presentes em outras épocas históricas da cultura europeia. Uma delas é a perceção de que existem indivíduos autónomos, fortemente dotados de fins próprios e que podem ser suporte de direitos. Essa perceção também não é transtemporal. Há contextos históricos em que a existência de indivíduos depende da referência à comunidade, a esta cabendo sempre o primado (à família, à cidade, à República Christiana, à Nação) e desta decorrendo os respetivos direitos e, fundamentalmente, deveres e obrigações dos indivíduos. A perceção de

---

(trad. minha).

<sup>49</sup> Pagden, 2002, 5.

<sup>50</sup> Recorremos ao conceito de “utensilagem mental” tal como Roger Chartier o descreve, uma noção que “permite indicar que as formas de pensar de uma época dependem dos “utensílios mentais” (o vocabulário, os conceitos, as representações) próprios dessa época”, utensílios que delimitam o universo do pensável (Chartier, 1986, 374). Conceito também discutido em Revel, 1986; e Burke, 1992, entre muitos outros.

que as pessoas são, em primeiro lugar, sujeitos de direitos subjetivos, é recente, desde logo porque o processo de individuação que favoreceu essa residência dos direitos no indivíduo abstrato, ao qual já me referi antes, também é recente. Em épocas anteriores, a noção mais comum foi aquela em que os direitos eram detidos e exercidos pelos indivíduos mas enquanto membros de um grupo social ou de uma comunidade política, e não enquanto membros da humanidade. O que indicia estarmos em presença de representações diversas e longínquas relativamente à ideia de indivíduo e de direitos humanos do mundo contemporâneo. Na Grécia antiga, por exemplo, a grande referência era a cidade/comunidade. E não o indivíduo ou a humanidade<sup>51</sup>. Desde os anos sessenta que os historiadores do direito têm a convicção de que o direito romano desconhecia o conceito de direitos subjetivos<sup>52</sup>. No mundo medieval, a palavra direitos dizia respeito a direitos concretos de pessoas particulares e, sobretudo, de comunidades ou grupos sociais, e não a direitos humanos. Como se referiu anteriormente, os direitos naturais eram sobretudo pensados como obrigações que decorriam da ordem natural da sociedade, querida por Deus, e não da natureza humana individual. Ainda que os historiadores discutam sobre a maior ou menor abertura da escolástica medieval franciscana (e até a tomista) à ideia de direitos como faculdade ou poder de agir dos indivíduos, bem como ao seu impacto na filosofia medieval<sup>53</sup> e alguns levem muito longe a ideia de uma continuidade entre a noção de lei natural dos juristas e filósofos medievais e a emergência da ideia de direitos subjetivos/direitos humanos<sup>54</sup>. Apesar de esta ser uma discussão em curso, parece ser ainda prevalecente a ideia de que como a ordem natural da sociedade, no mundo medieval e moderno, tinha o seu fundamento na desigualdade, legitimadora de uma visão hierárquica dos lugares sociais de cada indivíduo, a sua autonomia e os seus direitos abstratos, enquanto garantes da sua “capacidade de agir”, não

---

<sup>51</sup> Ezrahi, 2010.

<sup>52</sup> Villey, 1964.

<sup>53</sup> Villey, 1964; Clavero, 1986, 36 e ss.; Fioravanti, 1995, 19-20; Grossi, 1997; Hespanha, 1995, 35-50; Costa, 1999; Brett, 2000; Hespanha, 2010, 54-50; Clavero, 1986, 36 e ss.

<sup>54</sup> Tierney, 2002. S. Adam Seagrave criticou fortemente a tese de Tierney, na qual, segundo aquele escreve, “[...] modern rights are something like mature or adult medieval rights [...]” (Seagrave, 2011, 310).

eram concetualizados,<sup>55</sup> pelo menos nos termos em que o foram posteriormente. A própria interpretação clássica da obra lockeana como obra que levou longe a ideia de indivíduo como sujeito autónomo de direitos naturais *a priori* (a vida, liberdade, propriedade), independentemente de posteriores vínculos (e obrigações) sociais, tem sido matizada por outras visões mais “comunitaristas” dos seus textos, onde a sua preocupação com o bem comum da sociedade tem sido sublinhada<sup>56</sup>. O mesmo tipo de revisão tem favorecido a reinterpretção de outros autores classicamente associados a aceções mais modernas de direitos naturais e de direitos individuais, como Samuel Pufendorf ou Hugo Grotius (1597-1645), cujo retomar das noções cristãs de direitos e deveres tem sido também sublinhado<sup>57</sup>.

Finalmente, mesmo no século XIX, o indivíduo e os seus direitos, como atrás se referiu, existiram sobretudo por referência à sua pertença à comunidade nacional, apesar de estar já conceptualizada a ideia de autonomia e liberdade individual como um direito subjetivo. A ambivalência da primeira Declaração continental, uma Declaração dos Direitos do Homem *e do Cidadão*, é o exemplo mais conhecido. Mas podemos encontrar outros, e nomeadamente as constituições portuguesas do século XIX, que nunca chegaram a referir os “direitos do homem”. Na primeira, autonomizaram-se os direitos individuais no título I. No entanto, não foram designados, no seu texto definitivo, nem como “Direitos individuais do Cidadão” (de acordo com o que estava nas Bases daquela constituição<sup>58</sup>), nem como “Dos direitos e deveres individuais do Cidadão” (como se propôs no projeto da mesma constituição<sup>59</sup>). Em vez dessas fórmulas, o que a primeira assembleia constituinte portuguesa decidiu foi que o título I da Constituição se designaria «Dos direitos e deveres individuais dos *Portugueses*» (sublinhados nossos). Ficando claro, portanto, que era enquanto membros da Nação portuguesa que os indivíduos exerceriam e veriam garanti-

---

<sup>55</sup> Hespanha, 2012, 104.

<sup>56</sup> Hampsher-Monk, 2003; Freeman, 2011, 24.

<sup>57</sup> Patterson, 1995, 159.

<sup>58</sup> V. Dippel, 2011, 29, ou em *Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa* (igual a [http://www.fd.unl.pt/Default\\_1024.asp](http://www.fd.unl.pt/Default_1024.asp), ‘Biblioteca Digital’). Todos os textos constitucionais aqui citados foram-no com base na consulta da coletânea organizada por Horst Dippel.

<sup>59</sup> Dippel, 2010, 35.

dos os seus direitos. O facto de não se ter reconhecido a cidadania aos escravos, uma parte importante da população que na altura residia em território português na Europa, América e África, significou, por isso, que eles ficariam excluídos da maior parte dos direitos. Podendo, por isso, permanecer escravos, embora todos os juristas portugueses da época considerassem que eram seres humanos e, portanto, pessoas jurídicas<sup>60</sup>.

Sendo os direitos humanos direitos reconhecidos a todos os indivíduos em virtude da sua condição de seres humanos, outra noção associada ao conceito é a noção universal de humanidade. Contudo, esta percepção de que existe uma Humanidade também não se apresenta com a mesma força em todos os momentos da histórica ocidental. No direito romano antigo, os indivíduos podiam reclamar por direitos (*iura*) previstos na lei (nas “ações de lei”), mas na sua condição de cidadãos de Roma, e não enquanto seres humanos<sup>61</sup>. Anthony Pagden também identificou a percepção que os romanos tinham de que somente aqueles que regulavam a sua vida privada pelo direito civil romano eram, por definição, “humanos”:

“The civil law itself, which had been created by human reason[...] out of an understanding of the natural law, was the human law, the *lex humanus*. Those who lived y it were, by definition, ‘humans’; *those who did not, were not*. But as it was also the Roman people who were responsible for the creation of the law, there was a sense in which only the Romans could be described as human. [...]. Those who were rational, and thus in deep sense human, were those who lived within the limits of the empire, a set of associations which allowed the Roman jurists, and their medieval commentators, to contrast the ‘reason of empire’ (*ratio imperii*) with the empire of reason (*rationalis imperium*)”<sup>62</sup>.

Mas se abandonarmos o mundo do direito e olharmos para as con-

---

<sup>60</sup> Silva, 2009, 239-236. V. também *infra* sobre escravidão no primeiro constitucionalismo americano e francês.

<sup>61</sup> Pagden, 2003, 174.

<sup>62</sup> Pagden, 1995, 20, subl. meus.

dições materiais e sociais da existência, também elas nos podem fornecer pistas acerca da maior ou menor percepção da existência de uma humanidade em momentos históricos diversos.

Num texto onde se questionou sobre a natureza do sentimento de compaixão humana, Carlo Ginzburg descreveu o modo como essa virtude foi historicamente pensada (por Aristóteles, David Hume, Denis Diderot) como dependente de condições (físicas, históricas, etc.), e não como “natural”. Nestas reflexões foi comum a noção de que a maior ou menor distância física (no espaço e no tempo) é um fator que contribui para fortalecer ou enfraquecer a ideia de humanidade, premissa que nos permite colocar hipóteses sobre a variação histórica do conceito de humanidade e dos sentimentos de empatia em relação à universalidade dos seres humanos. Contextos históricos nos quais as distâncias espaço-temporais eram maiores (pela ausência de meios tecnológicos e comunicacionais que permitissem presenciar factos que ocorrem em espaços e tempos distantes) foram contextos onde a percepção de uma humanidade comum e o desenvolvimento de sentimentos empáticos articulados com essa noção foram mais difíceis. Da mesma forma, também a maior ou menor distância social entre as pessoas, que variou igualmente em diferentes contextos históricos, tem influência sobre o maior ou menor raio de ação dos sentimentos empáticos suscetíveis de se desenvolver entre elas. As reflexões de Alexis de Tocqueville (1805-1859), que demonstrou uma sensibilidade notável relativamente ao que de novo estava a acontecer no tempo em que viveu e, simultaneamente, um conhecimento vivencial do que eram as “sociedades antigas”, que ele designou por sociedades aristocráticas, são, a esse propósito, sugestivas, motivo pelo qual recorro agora ao que escreveu sobre este tema em *Da Democracia na América*. Neste texto, um dos mais emblemáticos do início do século XIX, Tocqueville explica-nos porque é que os homens das sociedades aristocráticas estavam tão ligados entre si que não se autopercecionavam como indivíduos. Mas, por outro lado, estavam tão distantes de outros homens, em virtude das barreiras sociais e geográficas que os separavam, que também não concebiam a humanidade. Por um lado, o conceito de humanidade era enfraquecido pela natureza hierárquica e horizontal da sociedade medieval e de Antigo Regime:

“Chez un peuple aristocratique, chaque caste a ses opinions, ses

sentiments, ses droits, ses moeurs, son existence à part. Ainsi, les hommes qui la composent ne ressemblent point à tous les autres; ils n'ont point la même manière de penser ni de sentir, et c'est à peine s'ils croient faire partir de la même humanité[...]. Quoique le serf ne s'intéressât pas naturellement au sort des nobles, il ne s'en croyait pas moins obligé de se dévouer pour celui d'entre eux qui était son chef; et, bien que le noble se crût d'une autre nature que les serfs, il jugeait néanmoins que son devoir et son honneur le contraignaient à défendre, au péril de sa propre vie, ceux qui vivaient sur ses domaines.

Il est évident que ces obligations mutuelles ne naissent pas du droit naturel, mais du droit politique, et que la société obtenait plus que l'humanité seul n'eût pu faire. Ce n'était pas à l'homme qu'on se croyait tenu de prêter appui; c'était au vassal ou au seigneur. Les institutions féodales rendaient très sensible aux maux de certains hommes, non point aux misères de l'espèce humaine. Elles donnaient de la générosité aux moeurs plutôt que de la douceur, et, bien qu'elles suggérassent de grands dévouements, elles ne faisaient pas naître de véritables sympathies; car il n'y a de sympathies réelles qu'entre gens semblables; et, dans les siècles aristocratiques, on ne voit ses semblables que dans les membres de sa caste.

Lorsque les chroniqueurs du Moyen Age, qui tous, par leur naissance ou leurs habitudes, appartenaient à l'aristocratie, rapportent la fin tragique d'un noble, ce sont des douleurs infinies; tandis qu'ils racontent tout l'une haleine et sans sourciller le massacre et les tortures des gens du peuple<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> V. Tocqueville, 1986, 539-540. “Num povo aristocrático, cada casta tem as suas opiniões, os seus sentimentos, direitos e costumes próprios, uma existência à parte em relação às restantes [...]; não partilham a mesma maneira de pensar e de sentir e a custo julgam pertencer à mesma humanidade [...]. Se bem que o servo não se interessasse naturalmente pela condição dos nobres, não se julgava por isso menos obrigado a dedicar-se àquele que era o seu amo, e o nobre, muito embora se considerasse de uma natureza diferente da dos seus servos, entendia que o seu dever e a sua honra o obrigavam a defender, arriscando a própria vida, aqueles que viviam nos seus domínios. É evidente que estas obrigações mútuas não provinham do direito natural, mas sim do direito político, e que se inspiravam mais nos princípios em que se baseava a

Por outro lado, esta forma de viver os laços sociais enfraquecia tanto a ideia mais estritamente individualista de pessoa, diluída na comunidade, quanto a ideia de humanidade:

“Les classes étant fort distinctes et immobiles dans le sein d’un peuple aristocratique, chacune d’elles devient pour celui qui en fait partie une sorte de petite patrie, plus visible et plus chère que la grande[...].

Les hommes qui vivent dans les siècles aristocratiques sont donc presque toujours liés d’une manière étroite à quelque chose qui est placé en dehors d’eux, et ils sont souvent disposés à s’oublier eux-mêmes. Il est vrai que, dans ces mêmes siècles, la notion générale du semblable est obscure, et qu’on ne songe guère à s’y dévouer pour la cause de l’humanité; mais on se sacrifie souvent à certaines hommes”<sup>64</sup>.

Estes relatos de Alexis de Tocqueville permitem compreender melhor a tese desenvolvida na obra de Lynn Hunt, ao chamar a

---

sociedade do que em princípios humanitários. Não era ao homem em si que se considerava dever prestar ajuda, mas sim ao vassalo ou senhor. As instituições feudais desenvolviam a sensibilidade em relação aos males que afligiam certos homens, não em relação às misérias da espécie humana em geral. Tornavam os costumes mais generosos do que brandos e, apesar de inspirarem grandes dedicações, não despertavam verdadeiras simpatias, pois estas só podem surgir entre pessoas semelhantes e, nos séculos aristocráticos, só se conhece como semelhantes os que pertencem à mesma casta. Quando os cronistas da Idade Média que, pelo seu nascimento ou pelos seus hábitos, pertenciam todos à aristocracia, nos dão conta do fim trágico de um nobre, pintam-no com dores infinitas, mas quando relatam o massacre e as torturas das gentes do povo, fazem-nos rápida e desevolvemente” (Tocqueville, 2001, 670).

<sup>64</sup> V. Tocqueville, 1986, 497. “Sendo as classes muito distintas e imóveis no seio de um povo aristocrático, cada uma delas torna-se para qualquer dos seus membros uma espécie de pequena pátria, mais visível e mais querida do que a pátria maior [...]. Consequentemente, os homens que vivem nestas épocas estão quase sempre estreitamente ligados a qualquer coisa ou a alguém fora da sua própria esfera e, portanto, esquecem-se muitas vezes de si próprios. É um facto que, nestas épocas, a noção de semelhante é obscura e que ninguém identifica a defesa do seu semelhante com a dedicação à causa da humanidade; mas, por outro lado, é frequente o sacrifício por outros homens”, v. Tocqueville, 2001, p. 592.

atenção para o modo como a diluição de barreiras sociais, ocasionada pela leitura de romances e outros textos de natureza humanista, em meados do século XVIII, favoreceu a expansão de uma “sensibilidade empática” (ou “simpatia”, palavra mais usada na época) de âmbito social cada vez mais alargado. Esta expansão, na opinião da autora, constituiu, entre outros que identifica, um fortíssimo fator psicológico potenciador da emergência da ideia de direitos humanos<sup>65</sup>.

Saber que factos históricos ajudaram a identificar o conjunto dos seres humanos como “humanidade universal” é, portanto, uma outra questão que se coloca quando se pensa a história da noção de direitos humanos. A hipótese que irei explorar é a de que o encontro entre humanidades diversas, no contexto dos Impérios, foi importante para a emergência de reflexões acerca dos direitos à escala da humanidade, mas sem que essa reflexão se tenha aproximado do atual pensamento sobre os direitos humanos. Aquela relação (entre império e direitos humanos) foi também identificada por Anthony Pagden, quando reconheceu que o entendimento moderno dos direitos naturais, no século XVII, baseado no postulado de que todos os seres humanos possuíam direitos em virtude da sua humanidade, se desenvolveu no contexto das tentativas desenvolvidas na Europa para legitimar os seus impérios ultramarinos. Situando aí a discussão da Escola de Salamanca, bem como a obra de Hugo Grotius e de John Locke e, já no século XVIII, a de Emerich de Vattel (1714-1767). A síntese que fez sobre as categorias de direitos naturais teorizadas por estes autores ilustra aquela relação, mas parece, uma vez mais, entrar em tensão com a sua tese da relação destes “direitos naturais” com uma tradição do pensamento acerca dos direitos humanos na Europa. Entre essas categorias contavam-se: i) o direito de guerra preventiva; ii) o direito de ocupação de terras vagas (“the right to use ‘vacant’ lands”); iii) o direito de punir os que não cumpriam com as obrigações decorrentes da lei natural<sup>66</sup>; finalmente, iv) o direito de circular livremente (“free passage”), com o qual se relacionou, na obra de Vitoria, o direito

---

<sup>65</sup> Lynn, 2007.

<sup>66</sup> Francisco de Vitoria e Francisco Suárez, diz-nos Anthony Pagden, iram no combate aos sacrifícios humanos e à antropofagia, costumes que consideravam concretizarem um estado de guerra dos governantes índios contra os seus súbditos, uma das justificações para a ocupação espanhola da América



natural de amizade (“partnership”) e de comunicação (*naturalis societas et communicationes*). De acordo com este último, os seres humanos eram obrigados, pela lei natural, a viver em estado de amizade, dela decorrendo a obrigação que os índios tinham de amar os espanhóis, não colocando obstáculos à sua passagem<sup>67</sup>. A fundamentação da ocupação das terras do continente americano com base no direito natural de apropriação de terras vagas e a demonstração de que era esse o estatuto das terras americanas foi também intensamente pensado nas obras de Grotius e Locke, que reconheceram aos europeus o exercício legítimo do direito natural de apropriação não consentida da terra, impossível numa sociedade politicamente organizada, mas autorizada pelo “estado natureza” em que viviam as populações índias, bem como pelo que consideravam ser o mau uso que estas faziam das terras que habitavam. Outro direito que ali se atribuiu aos europeus foi de conquista, em caso de resistência<sup>68</sup>. Parte desta argumentação foi posteriormente invalidada na obra de Kant, que insistiu na diferença entre o “direito de visita” e o direito (ilegítimo) de conquista e que defendeu o direito que os “povos selvagens” tinham à superfície da terra<sup>69</sup>. A mesma argumentação foi também afastada como fundamentação do Império por alguns publicistas dos séculos XVIII e XIX, nomeadamente por meio do reconhecimento do princípio da reciprocidade e dos direitos do “primeiro ocupante”, independentemente do uso que estes fizessem da terra que ocupavam. Foi esse o entendimento de Silvestre Pinheiro Ferreira, quando procurou uma resposta à questão de saber “Como deverá proceder uma nação civilizada a respeito de um país ocupado por selvagens?”<sup>70</sup>. Antes dele, Georg Friedrich von Martens (1756-1821) já tinha escrito que “[...] sendo o direito de propriedade o mesmo para todos os homens, independentemente da sua religião e costumes, a lei natural não autoriza os povos cristãos a atribuírem-se territórios já efetivamente ocupados pelos selvagens contra a vontade destes”<sup>71</sup>. Mas aqueles argumentos foram recebidos na literatura colonial oitocentista, que os apropriou de forma funcional à

---

<sup>67</sup> Pagden, 2003, 178 -186; para uma interpretação muito mais crítica relativamente aos direitos naturais da Escola de Salamanca v. Anghie, 1999.

<sup>68</sup> Tully, 1994; Keen, 2002; síntese em Silva, 2009, 72-77.

<sup>69</sup> Muthu, 2003.

<sup>70</sup> Silva, 2012.

<sup>71</sup> Martens, 1831, 117.

presença europeia em África<sup>72</sup>. E o facto de terem sido construídos, desde o seu início, em contextos de expansão violenta e até de guerra, bem como a sua natureza imperialista, permite-nos colocar, uma vez mais, o problema da sua relação histórica com o atual entendimento do que são os direitos humanos.

Outro momento identificado como momento forte na construção da ideia de direitos humanos foi o *Iluminismo* e as revoluções a ele associadas, no contexto das quais foram aprovadas as primeiras Declarações de Direitos. Vimos já, em parágrafos anteriores, o contexto estatocêntrico em que estas declarações surgiram, afastando-as de uma perspetiva cosmopolita. A este contexto podemos juntar outros elementos que tornam ainda mais questionável o seu valor matricial na constituição de uma cultura dos direitos humanos. Um deles reside no facto de a Declaração de Independência americana, como a Declaração francesa, terem convivido com uma instituição impossível no atual universo semântico do conceito de direitos humanos, a escravidão. A revolução americana conservou-a no interior do próprio território, facto conhecido a que já aqui se fez referência. A revolução francesa manteve-a, durante muitos anos, no seu território ultramarino.

No momento em que discutiram se devia ou não votar-se uma Declaração dos Direitos do Homem que declarasse os homens livres e iguais, antes de se votar uma Constituição para a França, muitos deputados entenderam que tal Declaração era oportuna na América, uma sociedade igualitária e “sem passado”, mas perigosa em França, onde eram de temer os efeitos subversivos de uma declaração abstrata e *a priori*, impossível de concretizar<sup>73</sup>. Arriscava-se a possibilidade de esses seres humanos virem a reivindicar uma igualdade de direitos que a revolução não lhes iria oferecer<sup>74</sup>. O que, de facto, sucedeu, mostrando desde cedo a pouca centralidade que os direitos desses seres humanos (escravos, ex-escravos, mulheres, criados) mereceram nesse primeiro momento em que se discutiam os direitos do homem. Nestas discussões, além de se ter omitido a radical desigualdade envolvida na relação entre senhores americanos e os seus escravos, revelavam-se

---

<sup>72</sup> Costa, 2001, 484 e ss. e Costa, 2005; Nuzzo, 2012.

<sup>73</sup> Baker, 1994, 65-65; Gauchet, 1988, 686.

<sup>74</sup> Baker, 1994, 262, 268.

alguns equívocos relativamente ao significado que a revolução tinha tido em solo americano. Em perfeita consonância com a cultura jurídica dos colonos americanos á qual me referi a propósito da história do conceito de liberdade, a revolução autorrepresentou-se não como um momento sem passado mas como um momento de recuperação de direitos históricos dos *englishmen* – como o da posse de escravos, ou o de apenas se votar impostos em assembleias representativas –, direitos que se considerava estarem ameaçados pelos poderes constituídos e, sobretudo, por um legislador que agia ilegitimamente. Assim, se, nos primeiros momentos da revolução americana, os dispositivos doutrinários jusnaturalistas foram funcionalizados aos objetivos revolucionários, logo a seguir os direitos naturais misturaram-se e confundiram-se com os direitos históricos da *common law* britânica, garantidos pela jurisprudência constitucional, mas apenas aos ingleses. E não, como a invocação dos direitos naturais podia deixar subentender, a toda a humanidade<sup>75</sup>. Esta tradição explica que, no Congresso de 1784-85, o número de escravos tenha sido determinante no cálculo do número de deputados de cada Estado no Congresso Nacional, fazendo-se equivaler cada escravo a três quintos de um habitante livre<sup>76</sup>. Posteriormente, também a Declaração de Independência americana omitiu a natureza escravagista da sociedade que fundava, não se pronunciando sobre ela. A procura de uma solução foi adiada pela União e entregue a cada um dos Estados, que o resolveram nas respetivas Constituições. Em muitas destas, apesar de se referir os “direitos do homem”, distinguiu-se entre homens livres e não livres, excluindo-se os últimos da nacionalidade e da cidadania<sup>77</sup>. A libertação de todos

---

<sup>75</sup> V. Fioravanti, 1997, 84. E, no entanto, no século XVII, alguns dos que eram contrários à escravidão na América já tinham olhado para a liberdade a partir da teoria dos direitos naturais, e não a partir da tradição jurisprudencial inglesa, que de facto favorecia a escravidão (Greene, 2010, 50-76). Lynn Hunt também procurou estabelecer uma diferença mais substancial entre o Bill of Rights de 1688, onde não se declarava a igualdade, a universalidade ou o carácter natural dos direitos, e a Declaração da Independência, onde esses valores foram declarados (Hunt, 1997, 19). Por isso me parece sugestiva a ideia de “mistura” entre estas duas tradições que, provavelmente, entraram num conflito produtivo durante o processo revolucionário e, pelo menos, até à Guerra Civil Americana.

<sup>76</sup> Dippel, 2007, 166.

<sup>77</sup> O constitucionalismo norte-americano tinha consagrado esta distinção, havendo nas suas constituições estaduais, mas não na federal, muitas referências

os escravos nos EUA só viria a ser constitucionalmente consagrada na 13ª emenda à Constituição americana, em 1865. Apenas nesse momento, na sequência da guerra civil, é que, voltando à história do conceito de liberdade com que iniciei este texto, a “noção antiga de liberdade como poder pessoal direto sobre os outros [foi afastada] do campo semântico da liberdade”<sup>78</sup>.

Em França a escravidão só foi abolida num contexto de radicalização política, em 1794, tendo sido restabelecida por Napoleão em 1802 e definitivamente abolida em 1848. Esta cronologia mostra que a primeira Declaração dos Direitos do Homem francesa coexistiu com a escravidão e, durante algum tempo, com a negação revolucionária dos direitos políticos aos homens livres de cor (como também às mulheres e a muitos outros grupos de várias formas excluídos, de que aqui não nos ocuparemos mas que estão já muito estudados<sup>79</sup>). Era portanto possível conceptualizar, ao mesmo tempo, os direitos do homem e a exclusão, nomeadamente numa das suas versões mais radicais, a da escravização. Como descreve Laurent Dubois, logo a seguir à Revolução, colocaram-se, no que a estes assuntos diz respeito, questões contraditórias na Assembleia Nacional. O artigo 1 da Declaração, que proclamava que os homens nasciam livres e iguais em direitos “não sendo permitidas distinções sociais que não as que se fundam no bem comum”, colocou a questão de saber se a escravização de seres humanos se fundava no “bem comum”. Já o artigo 17 declarava que o direito de propriedade era sagrado e inviolável, o que colocou o problema de saber qual dos direitos devia ter prioridade, se o direito do escravo à liberdade/igualdade ou o direito do senhor à proprieda-

---

a homens livres: por exemplo, na Constituição do Estado da Carolina Setentrional (1776) a Declaração dos Direitos continha inúmeros artigos de aplicação restrita ao “homem livre” (arts 12 e 13); a Constituição da Carolina Meridional (1778) restringia a aplicação dos preceitos eleitorais ao “homem branco e livre”, artigo 13. v. *Colleção de Constituições antigas e modernas, com o projecto de outras seguidas de um exame comparativo de todas elas* (por 2 bacharéis), Lisboa, Tip. Rollandiana, 1820-1822, vol. IV, pp. 172, 209-210.

<sup>78</sup> Patterson, 1995, 172.

<sup>79</sup> V. extratos dessas discussões, em Hunt, 1996. A enumeração dos estudos originados por estas discussões é de tal modo extensa que não faria sentido sistematizá-las neste momento

de<sup>80</sup>. Desta discussão resultou a subtração do espaço colonial francês à vigência das Constituições francesas de 1791 e de 1793, apesar de ambas terem reconhecido o princípio da representação política dos territórios ultramarinos. A primeira daquelas Constituições subtraiu-os explicitamente da vigência da Constituição, determinando que “As colônias e as possessões francesas na Ásia, África e na América, posto que façam parte do Império Francês, não estão compreendidas na presente Constituição”, artigo 8)<sup>81</sup>. Debates desta natureza repetiram-se em todas as assembleias constituintes dos países que, no momento de elaborarem as suas constituições, exerciam soberania em territórios na América ou em África. Todas as constituições espanholas e portuguesas do século XIX reconheceram, de formas diferentes, a escravidão, o mesmo sucedendo com as constituições brasileiras<sup>82</sup>. Em todas o direito de propriedade justificou a escravidão por mais algumas décadas. Assim, a Carta brasileira de 1824, tal como a Carta Constitucional portuguesa de 1826, resultado quase direto da primeira, não referiram a existência de escravos nos territórios respectivos, mas na doutrina brasileira da época era comum a opinião de que a escravidão estava assegurada pelo artigo 179 que garantia, na Constituição brasileira, o direito de propriedade em toda a sua plenitude<sup>83</sup>. Havia, evidentemente, leituras diferentes. Os parágrafos das Constituições que garantiam a propriedade podiam ser objeto de leituras alternativas, favoráveis ao fim da escravidão. Caetano Soares, um jurista brasileiro dos anos 1850, apelou à exceção prevista no artigo 179 da Constituição brasileira – que, como na Carta portuguesa, admitia a expropriação mediante indemnização, quando estivesse em causa o bem público – para defender a alforria forçada. O bem público que o justificava era, na ótica do jurista, a “extinção gradual da própria escravidão”<sup>84</sup>. Em Portugal, Sá da Bandeira socorreu-se do artigo 145 da Carta Constitucional, onde se garantiam direitos civis

---

<sup>80</sup> Dubois, 2004, 104.

<sup>81</sup> Cit. em *Les Constitutions de la France depuis 1789* (org. Jacques Godechot), Paris, Garnier-Flammarion, 1970, 67. Depois, a Constituição do Ano I foi omissa no que ao problema da escravidão dizia respeito, o mesmo sucedendo com a Constituição de 1793 (Benot, 1989, 167).

<sup>82</sup> Fradera, 2008; Silva, 2009; 2010; Berbel, Marquese, Parron, 2010.

<sup>83</sup> Pena, 2001, 256-57.

<sup>84</sup> Pena, 2001, 63.

como a liberdade, para argumentar a favor da inconstitucionalidade da escravidão e do trabalho forçado em África<sup>85</sup>. Mas não se convocou, nestes discursos, a linguagem dos direitos humanos. Falou-se, em vez disso, em propriedade legítima e, portanto, para os que queriam abolir a escravidão, em indenizações. Mesmo em Inglaterra, onde a escravidão foi muito precocemente abolida (o tráfico em 1807, a escravidão em 1833), a emancipação dos escravos envolveu a indenização dos senhores, sinal de que se reconhecia a legitimidade daquele tipo de propriedade. Em Portugal, onde o tráfico foi abolido em 1836 e a escravidão em 1869, a natureza gradual do processo abolicionista foi relacionada pelo seu mais importante protagonista, o Marquês de Sá da Bandeira, com a dificuldade que o Estado português teve em garantir o montante necessário para indenizar os senhores de escravos<sup>86</sup>.

Outro problema que se colocou durante os primeiros meses do processo revolucionário francês foi o de determinar o número de deputados ao Parlamento que deviam ser eleitos no Ultramar francês e, associado a ele, o da concessão dos direitos políticos aos designados “negros livres” e “homens livres de cor” (“hommes de couleur”, “gens de couleur”). Este debate deu origem ao reconhecimento da representação parlamentar das colónias, concretizada na eleição de deputados em S. Domingos, Guadalupe e Martinica. Mas o problema dos direitos políticos dos negros livres e “gens de couleur” ficou sem solução. Em Março de 1790 a Assembleia Nacional votou uma lei admitindo que se constituíssem assembleias coloniais “livremente eleitas pelos cidadãos”. Reconhecia-se, assim, as assembleias coloniais já constituídas, então dominadas por colonos, mas sem nada se especificar sobre quem seriam os cidadãos que livremente as elegeriam. Estas assembleias, por sua vez, reivindicaram para si “o direito de estatuir sobre o seu regime interno” convocando para isso os princípios revolucionários que favoreciam o alargamento da participação política, nomeadamente na Declaração dos Direitos, mas incluindo nesse regime a legislação sobre o estatuto das pessoas, o que lhes permitia conservar a escravidão e a menorização jurídica das populações de

---

<sup>85</sup> Sá da Bandeira, 1873, 13-14.

<sup>86</sup> Marques, 2008.

origem africana livres nas colónias<sup>87</sup>. Tal opção deu origem a um conjunto importante de petições e reclamações enviadas por “hommes de couleur”, chamando a atenção para a natureza vaga da expressão “cidadão” e lamentando que o decreto não os incluísse explicitamente, por meio de uma fórmula como “todas a pessoas livres, sem exceção”<sup>88</sup>. Só depois de muitos debates, e impulsionada pelas revoltas das populações escravizadas e do ex-escravos nas colónias, pela pressão dos representantes dos seus interesses na metrópole e por atos de rebelião perpetrados por “gens de couleur”, é que a Assembleia clarificou a sua posição, num decreto que, a 15 de Maio de 1791, concedeu o direito de voto aos homens de cor livres cujos pais fossem ambos livres. A política seguida nesse decreto foi continuada, depois de alguns episódios novamente ambíguos<sup>89</sup>, pelo decreto de 4 de Abril de 1792, que reconheceu a cidadania às pessoas livres de cor, e pelo de 23 de Agosto de 1792, no qual se previa que “todos os cidadãos livres, de qualquer cor e de qualquer estado, à exceção daqueles que se encontram num estado de domesticidade” pudessem votar para formar a Convenção Nacional<sup>90</sup>. Depois, já durante a primeira República, e também sob pressão dos acontecimentos ocorridos nos territórios coloniais, foi aprovada a primeira abolição da escravidão, a 4 de Fevereiro de 1794<sup>91</sup>. A Constituição de 1795, finalmente, considerou as colónias como parte integrante da Republica francesa, em situação de absoluta igualdade relativamente a todos os seus outros departamentos<sup>92</sup>, tendo sido esse o momento em que ao “universalismo territorial” se juntou o que Pierre Rosanvallon designou por “universalismo racial”<sup>93</sup>. Este desfecho, que não era óbvio quando se deu início ao processo revolucionário, permite-nos pensar que as tensões geradas pelos debates e as lutas que ocorreram em torno da definição dos direitos podem ter contribuído

---

<sup>87</sup> Geggus, 1989.

<sup>88</sup> Dubois, 2004, 102.

<sup>89</sup> Benot, 1989, 158; Geggus, 1989, 1301 e ss.).

<sup>90</sup> Dubois, 2004, 104.

<sup>91</sup> “A escravatura dos negros em todas as colónias é abolida; por consequência, todos os homens, sem distinção de cor, domiciliados nas colónias, são cidadãos franceses e gozarão de todos os direitos garantidos pela Constituição”.

<sup>92</sup> “As colónias francesas são partes integrantes da República, e ficam sujeitas à mesma lei constitucional”, artigo 6, Lewis, 1962, 134 e *Colleção de Constituições antigas e modernas [...]*, vol. I, p. 43.

<sup>93</sup> Rosanvallon, 1992, 425.

para que estes adquirissem um sentido universal que não tinham à partida – facto que, de resto, os adversários da aprovação dessa declaração tinham previsto, como se viu. O processo revolucionário foi ele próprio transformador do sentido das palavras usadas pelos seus protagonistas<sup>94</sup>, ou factor de aceleração nas mudanças linguísticas<sup>95</sup>, podendo toda a reflexão suscitada pela convivência entre escravidão e princípios teóricos universalistas contribuir para a mudança nos raciocínios e percepções sobre os direitos. Ou, dizendo de outro modo, o facto de os direitos do homem terem sido declarados e constitucionalizados deu origem a um número interminável de questões e de ações que mudaram o seu significado e ampliaram o seu âmbito. Nomeadamente, de ações protagonizadas por aqueles que deles estavam inicialmente excluídos. Como salientou, de novo, Dubois, escravos e homens livres de cor das Antilhas souberam apropriar-se, durante a Revolução, “[...] da linguagem dos direitos para dar um conteúdo novo e imprevisível à ideia de cidadania, expandindo a imaginação da cultura política republicana” e conseguindo, com isso, a “radicalização da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão [...]”<sup>96</sup>. Tal não significa, contudo, que a sua linguagem fosse a dos direitos humanos, ou sequer uma sua antecipação. David Geggus, que reconheceu a centralidade da revolução haitiana de 1791 na abolição da escravidão nas colónias francesas, sublinhou a natureza limitada, não universalista, dos objetivos dessa revolução, bem como o caráter autoritário dos seus líderes e o regime político a que deu origem, recordando ainda que aquela foi uma revolução cuja Declaração de Independência não fez qualquer referência aos direitos<sup>97</sup>. É ainda opinião deste autor, inscrevendo-se numa discussão historiográfica que está em curso, sobre o maior ou menor papel das revoltas escravas na abolição da escravidão, que foram “[...] os burgueses brancos, e não os escravos rebeldes, a expandir o conteúdo ideológico da revolução ao ponto de ele implicar a liberdade para todos”<sup>98</sup>.

Do ponto de vista que aqui nos ocupa, não tanto o facto particu-

---

<sup>94</sup> Edelstein, 2012.

<sup>95</sup> Richter, 1995, 17.

<sup>96</sup> Dubois, 2004, 172; 167-68, Cooper, Stoler, 1997, 2.

<sup>97</sup> Geggus, 2012, 166.

<sup>98</sup> Geggus, 2012, 165; sobre esta discussão v. também Israel vs. Edelstein (2102); e, em Portugal, Marques, 2006 e 2010.



lar da abolição, mas o seu lugar na história dos direitos humanos, o que podemos dizer, para concluir, é que a conjuntura abolicionista foi uma conjuntura precária, pois rapidamente a “ordem escravagista” foi substituída, nos espaços imperiais europeus, por uma “ordem colonial” cuja excecionalidade – reconhecida na Constituição francesa de 1848, que, no mesmo ano em que a escravidão foi abolida, consagrou a necessidade de serem os territórios coloniais regidos por “leis particulares” –, preservou, sob outras formas, uma política de limitação dos direitos das populações anteriormente escravizadas e de outras, nomeadamente através da regulamentação do seu trabalho<sup>99</sup>, o mesmo sucedendo em todos os outros Impérios europeus, que igualmente constitucionalizaram a excecionalidade dos territórios coloniais<sup>100</sup>. Foi também a partir dessa altura que a concessão de plenos direitos políticos à totalidade das populações das colónias voltou a dar origem, em França e em outros países, a novas discussões. Até ali a supremacia política dos europeus não tinha estado ameaçada, porque os homens de cor livres eram pouco numerosos e a maioria tinha poucas probabilidades de vir a ser eleitor, em virtude do regime censitário e capacitário. Mas a partir de 1848 já não seria assim nas colónias francesas, nomeadamente por causa do sufrágio universal, que a constituição desse ano instituiu, como também da abolição da escravidão e da maior extensão do Império, resultante das políticas expansionistas em África<sup>101</sup>. Estes três fatores introduziram alterações importantes na relação eleitoral da população de origem metropolitana e nativa, motivo pelo qual as soluções universalistas não se aplicaram aos territórios ocupados pela França ao longo do século XIX, nomeadamente na Argélia, onde a exclusão passou a basear-se na multiplicação de categorias jurídicas ambíguas, como as de “franceses não cidadãos”, “indígenas não cidadãos”, “súbditos franceses”, cidadãos assimilados. Tudo categorias que configuravam formas coloniais de cidadania (e de não cidadania) que foram uma presença em todos os Impérios europeus contemporâneos<sup>102</sup>. Em Portugal, no ano

---

<sup>99</sup> Chantal, 1998, 22-38.

<sup>100</sup> Burbank, Cooper, 2010 ; Silva, 2009 ; Fradera, 2005; Cooper, Rebecca, 2000.

<sup>101</sup> Cohen, 1981, 230 e ss.

<sup>102</sup> V., para França, Portugal e outros contextos onde ocorreram processos semelhantes, Silva, 2009 e Silva 2010a e Fradera 1999 e 2008, e bibliografia aí citada.

de 1906, Marnoco e Sousa, então professor da recém-criada disciplina de *Administração Colonial* na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1901), lamentava que Portugal imitasse a França no momento de decidir sobre os direitos das colónias e dos seus habitantes nativos, pois tal implicava a opção, que considerava absurda, de fazer transportar os direitos do homem “para além dos mares”. A descrição simplificadora que faz do que fora a política revolucionária francesa no respeitante a esses territórios sugere que a crítica positivista e antiliberal dos inícios do século XX à revolução (e à ideia de que existissem direitos universalizáveis), teve o seu papel na construção da ideia nada rigorosa de que a revolução francesa tinha declarado direitos humanos universais:

“A política de assimilação tem sido seguida pelas nações da raça latina como herdeiras do génio assimilador de Roma. Portugal, Espanha e França são as nações que representam esta política [...]. Efetivamente, a revolução francesa proclamou a igualdade de todos os cidadãos, considerou os direitos proclamados por ela como pertencendo a todos os homens, sem distinção de raça e latitude. A consequência natural e lógica era tratar os habitantes das colónias como os da metrópole, transportando para além dos mares os direitos do homem [...]”<sup>105</sup>.

O afastamento de parte da humanidade dos territórios coloniais da cidadania, que se fez em íntima conexão com discursos como o que acabei de citar, significou, numa cultura jurídica que, como se mostrou, era legicêntrica, a sua maior ou menor remissão para um universo próximo da ausência de direitos<sup>104</sup>. E isto sem que em algum momento a sua situação fosse contestada, durante quase todo o período de vigência do colonialismo europeu, em nome dos direitos humanos. Estes factos parecem confirmar a hipótese que se colocou ao longo deste texto, de que nem a noção de Direitos do homem foi uma noção central na cultura revolucionária e liberal dos séculos XVIII-XIX, apesar de ter sido um conceito discutido e de ter ganho aí, em certos momentos, sentidos muito universalistas, nem a inclu-

---

<sup>105</sup> Marnoco e Sousa, 1906, 110

<sup>104</sup> Fioravanti, 1995; Silva, 2009, 149-152.

são de todos os seres humanos na categoria “Homem” foi evidente para uma grande parte dos que nela entrevistaram. O que se passou a seguir, na Europa, aponta no mesmo sentido. Talvez as palavras de Samuel Moyn, que sublinhei a certa altura deste texto (*human rights arose mainly because of the collapse of the model of revolutionary rights rather than thought its continuation or revival*) sejam excessivas, pois foi muito precoce a ideia de que os direitos declarados tinham uma vocação expansiva, ainda que seja difícil avaliar a natureza mais, ou menos, retórica desta invocação. Mas parece-me rigorosa a ideia, que perpassa todo o seu livro, que as primeiras Declarações dos Direitos do Homem que se escreveram na Europa não constituíram nem a continuação nem o início de uma cultura substantiva dos direitos humanos.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anghie, Antony (1999), “Francisco Vitoria and the Colonial Origins of International Law” in Eve Darian-Smith and Peter Fitzpatrick (eds.), *Laws of the Postcolonial*, Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- Arendt, Hannah (2006), *Entre o Passado e o Futuro, Oito Exercícios sobre o pensamento Político*, Lisboa, Relógio de Água.
- Armitage, David, Braddick, Michael J. (eds.) (2009), *The British Atlantic World, 1500-1800*, Basingstoke, Palgrave Mcmillan, 2ª edição.
- Aron, Raymond (1965), *Essai sur les libertes*, Paris, Calmann-Lévy.
- Baker, Keith Michael (1994), *Inventing the French Revolution*, Cambridge, Cambridge University Press.
- \_\_\_\_\_ (1994a), “The Idea of a Declaration of Rigts” in *The French idea of freedom: the Old regime and the Declaration of Rights of 1789* ed. Dale Van Kley Stanford, Stanford University Press.
- Barberis, Mauro (1999), *Libertà*, Bologna, Il Mulino.
- Benot, Yves (1989), *La Révolution française et la fin des colonies*, Paris, Éditions La Découverte.
- Berbel, Márcia, Marquese, Rafael, Parron, Tâmis (2010), *Escravidão e Política: Brasil e Cuba, c. 1790-1850*, São Paulo, Editora Hucitec.
- Berlin, Isaiah (2002), “Two Concepts of Liberty” in *Liberty* ed. Henry Hardy, Oxford, Oxford University Press, (1º ed. 1958-1969).

- Blackburn, Robin (2012), "Slavery, emancipation and human rights" in Tunstall, Kate E., *Self Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*, London and New York, New Delly, Sidney, Bloomsbury.
- Bourke, Joanna (2011), *What it means to be human: reflections from 1791 to the Present*, London, Virago Press.
- Brett, Annabel S. (2000), *Liberty, right and nature: individual rights in later scholastic*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Burbank, Jane, Cooper, Frederick (2008), "Empire, droits et citoyenneté, de 212 à 1946" in *Annales HSS*, 63 année, n° 3.
- Burke, Peter (1992), *O Mundo como Teatro: Estudos de Antropologia histórica*, Lisboa, Difel.
- Chantal, George (org.) (1998), *L'Abolition de l'esclavage. Un combat pour les droits de l'homme*, Paris, Éditions Complexe.
- Chartier, Roger (1986), "Intellectuelle (Histoire)" in *Dictionnaire des Sciences Historiques* dir. André Burguière, Paris.
- Clavero, Bartolomé (1986), *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos.
- Cohen, William B. (1981), *Français et Africains, Les Noirs dans le regard des Blancs, 1530-1880*, Paris, Ed. Gallimard.
- Colish, Márcia L. (1997), *Medieval Foudations of the Western Intelectual Tradition, 400-1400*, New Haven, Yale University Press.
- Cooper, Frederick, Thomas C. Holt e Rebecca J. Scott (2000), *Beyond Slavery: explorations of race, labour, and citizenship in postemancipation societies*, Chapel Hill, NC, University of North Carolina Press.
- Cooper, Frederik, Stoler, Ann Laura (eds.) (1997), *Tensions of empire: colonial cultures in a bourgeois world*, Berkeley, University of California Press.
- Costa, Pietro (1999), *Civitas. Storia dela Cittadinanza in Europe. Dalla Civiltà Comunale at Settecento*, Bari, Laterza, Vol. I.
- \_\_\_\_\_ (2001), *Civitas. Storia dela Cittadinanza in Europe. Dalla Civiltà Comunale at Settecento*, Bari, Laterza, Vol. III.
- \_\_\_\_\_ (2005), *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana* in *Quaderni Fiorentini*, 33-34.
- Dippel, Horst (2007), *História do Constitucionalismo Moderno, Novas Perspectivas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

- Dippel, Horst (ed.) (2010), *Constitutions of the World From the Late 18th Century to the Middle of the 19th Century*, Vol 13: "Constitutional Documents of Portugal and Spain, 1808-1845", ed. António Pedro Barbas Homem, Jorge Silva Santos e Clara Álvarez Alonzo, Berlin/New York, De Gruyter.
- Dubois, Laurent (2004), *A colony of citizens: revolution and slave emancipation in the French Caribbean: 1787-1804*, Virginia, University of North Carolina Press, H1-289.
- Davis, R. W. (1995), ed., *The Origins of Modern Freedom in the West*, Stanford, Stanford University Press.
- Edelstein, Dan (2012), "A response to Jonathan Israel" in Tunstall, Kate E., *Self Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*, London and New York, New Delly, Sidney, Bloomsbury.
- Ezrahi, Yaron (2010), "Liberty" in Anthony Grafton, Glenn W. Most and Salvatore Settis, *The classical tradition*, Harvard, Harvard University Press.
- Fioravanti, Maurizio (1995), *Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne, le Libertà fondamentali*, Torino, G. Giappichelli Editore.
- \_\_\_\_\_ (2002), "Stato e costituzione" in Maurizio Fioravanti (org.), *Lo Stato Moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Bari, Laterza.
- Fradera, Josep (1999), *Gobernar Colónias*, Barcelona, Ediciones Península.
- \_\_\_\_\_ (2005), *Colonias para después de un Império*, Barcelona, edicions Belaterra.
- \_\_\_\_\_ (2008), "Esclavage et la logique constitutionnelle des empire" in *Annales ESS*, nº 3.
- Freeman, Michael (2011), *Human Rights. An Interdisciplinary Approach*, Malden, Polity Press.
- Foucault, Michel (1975), *Surveiller et punir; Naissance de la prison*, Paris, Gallimard.
- Garriga, Carlos (2011), "*Cabeza moderna, cuerpo gótico*. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico" in *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 81.
- Garriga, Carlos, Lorente, Marta (coords.) (2007), *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gauchet, Marcel (1998), "Droits de L'Homme" in Furet, François, Ozouf, Mona (orgs.), *Dictionnaire Critique de la Révolution Française*, Paris, Flammarion.

- Geggus, David (1989), “Racial Equality, Slavery, and Colonial Secession during the Constituent Assembly” in *The American Historical Review*, Vol. 94, nº 5.
- \_\_\_\_\_ (2012), “Rights, resistance and emancipation: A response to Robin Blackburn”, in Tunstall, Kate E., *Self Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*, London and New York, New Delly, Sidney, Bloomsbury.
- Ginzburg, Carlo (1995), “Killing a Chinese Mandarin: the Moral Implications of Distance” in Olwen Hufton (ed.), *Historical Changes and human Rights*, Basic Books.
- Greene, Jack P. (2010), “Liberty and Slavery, The transfer of British Liberty to the West Indies, 1627-1865” in Jack P. Greene (ed.), *Exclusionary Empire, English Liberty Overseas, 1600-1900*, Cambridge, C.U.P., nº 795.
- Grey, John, Pelczynski, Z. (orgs.) (1984), *Conceptions of Liberty in Political Philosophy*, London, Athlone.
- Griffin, James (2008), *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Grossi, Paolo (1997), *L'ordine Giuridico Medievale*, Roma, Laterza.
- Hampsher-Monk, Iain (2005), “Evidence and Inference in the History of Political Thought, The Case of Locke’s Theory of Property”, in William Twining and Iain Hampsher-Monk, *Evidence and Inference in History and Law, interdisciplinary Dialogues*, Evanston, Illinois, Northwestern University Press.
- Hespanha, António Manuel (1995), *História de Portugal Moderno, político e institucional*, Lisboa, Universidade Aberta.
- \_\_\_\_\_ (2003), “Marginalia sobre história do poder” in *Thémis*, Ano IV, nº 6.
- \_\_\_\_\_ (2004), *Guiando a mão invisível. Direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina.
- \_\_\_\_\_ (2010), *Imbecilias: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*, São Paulo, Annablume.
- \_\_\_\_\_ (2012), *Cultura Jurídica Europeia, Síntese de um Milénio*, Lisboa, Almedina.
- Hunt, Lynn (1996), *The French Revolution and Human rights: a brief history*, Boston/New York, Bedford Books.
- \_\_\_\_\_ (2009), *A Invenção dos Direitos Humanos, uma História*, São Paulo, Editora Schwarcz.

- Israel, Jonathan (2012), “Philosophy, religion and the controversy about basic human rights in 1789” in Tunstall, Kate E., *Self Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*, London and New York, New Delly, Sidney, Bloomsbury.
- Jaume, Lucien (2000), *La liberté et la Loi, les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Fayard.
- Keene, Edward (2002), *Beyond the Anarchical Society; Grotius, Colonialism and Order in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Kevin Grant (2007), “Human Rights and Sovereign Abolitions of Slavery, c. 1880-1956”, in Kevin Grant, Philippa Levine e Frank Trentmann (orgs.), *Beyond Sovereignty. Britain, Empire and Transnationalism C. 1880-1950*, Basingstone, Palgrave/Macmillan.
- Koselleck, Reinhart (1990), *Le Future Passé: contribution à la sémantique des temps historiques*, (traduit de l’allemand par Jochen Hoock et Marie-Claire Hoock), Paris, Éd. de l’École des Hautes Études en Sciences Sociales.
- (2002), *The practice of Conceptual History: timing history, spacing concepts* (translated by Todd Samuel Presner and Others), Stanford, Stanford University Press.
- Lewis, Martin Deming (1962), “One Hundred Million Frenchmen: the «Assimilation» Theory in French Colonial Policy”, in *Comparative Studies in Society and History*, vol. IV, n° 2, Jan.
- Luigi Nuzzo (2012), *Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann.
- Marín, Rafael Hernández (1989), *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos.
- Marnoco e Souza, José Ferreira (1906), *Administração Colonial, Preleções feitas ao curso do 4º ano jurídico do ano de 1906-1907*, Coimbra, Tipografia França Amado
- Marques, João Pedro (2006), *Revoltas Escravas. Mistificações e mal-entendidos*, Guerra e Paz Editores.
- (2008), *Sá da Bandeira e o fim da escravidão*, Lisboa, ICS.
- Marshall, P. J. (1996), “Parliament and property rights in the late eighteenth-century British Empire” in John Brewer and Susan Staves (eds.), *Early Modern Conceptions of Property*, London and New York, Routledge.

- Martens, G.F. de (1831), *Précis du Droit des Gens Moderne de L'Europe Fondé sur Les Traités et l'Usage[...]*, Paris, Aillaud, (1<sup>a</sup> ed.: 1788), t. I.
- Martinez, Jenny S. (2012), *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Moyn, Samuel (2012), "Afterword. The self-evidence of human rights" in Tunstall, Kate E., *Self Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*, London and New York, New Delly, Sidney, Bloomsbury, 2012.
- Olwen Hufton (ed.) (1995), *Historical Changes and human Rights*, Basic Books.
- Pagden, Anthony (2002), "Introduction" in Anthony Pagden, ed., *The Idea of Europe, From Antiquity to the European Union*, Cambridge University Press.
- (2003), "Human Rights and Europe's Imperial Legacy" in *Political Theory*, VI. 31, N<sup>o</sup> 2.
- (1995), *Lords of All the World. Ideologies of Empire in Spain, Britain and France c. 1500-c. 1800*, New Haven/London, Yale University Press
- Patterson, Orlando (1991), *Freedom in the Making of Western Culture*, New York, Basic Books.
- (1995), "Freedom, Slavery, and the modern construction of rights" in Olwen Hufton (ed.), *Historical Changes and human Rights*, Basic Books.
- Pena, Eduardo Spiller (2001), *Pagens da Casa Imperial, Jurisconsultos, Escravidão e a Lei de 1871*, Campinas: Editora da Unicamp.
- Revel, Jacques (1986), "Outillage Mental" in *Dictionnaire des Sciences Historiques* dir. André Burguière, Paris.
- Richter, Melvin (1995), *The History of Political and Social Concepts, A Critical Introduction* New York/Oxford, Oxford University Press.
- Rosanvallon, Pierre (1992), *Le Sacre du Citoyen, Histoire du Suffrage Universel en France*, Paris, Gallimard.
- Sá da Bandeira, Marquês de (1873), *O Trabalho Rural Africano e a Administração Colonial*, Lisboa, Imprensa Nacional.
- Sankar Muthu (2003), *Enlightenment against Empire*, Princeton and Oxford, Princeton University Press.
- Seagrave, S. Adam (2011), "How Old Are Modern Rights? On the Lockean Roots of Contemporary Human Rights Discourse", *Journal Of the History of Ideas*, Vol. 72, N<sup>o</sup> 2, 305-327.



- Sebastián. Javier Fernández (coord.) (2012), *La aurora de la libertad: los primeros liberalismos en el mundo iberoamericano*, Madrid, Marcial Pons.
- Sebastián. Javier Fernández (dir.) (2009), *Diccionario político y social del mundo iberoamericano*, Madrid, C.E.C.
- Sebastián. Javier Fernández (2008), “Apresentação – Notas sobre História Conceptual e sua aplicação ao espaço ibero-americano” in *Ler História*, nº 55.
- Silva, Cristina Nogueira da (2009), *Constitucionalismo e Império. A cidadania no Ultramar português*, Coimbra, Almedina.
- \_\_\_\_\_ (2009a), “Conceitos oitocentistas de cidadania. Liberalismo e igualdade” in *Análise Social*, Vol. XLIV (192).
- \_\_\_\_\_ (2010), “Escravidão e Direitos Fundamentais no século XIX” in *Africana Studia, Revista Internacional de Estudos Africanos*, nº 14.
- \_\_\_\_\_ (2010a), “Representação Política e Cidadania no Império” in Fernando Catroga e Pedro Tavares de Almeida (coords.), *Res Publica: Cidadania e Representação Política em Portugal, 1820-1926*, Lisboa, Biblioteca Nacional de Portugal/Assembleia da República.
- \_\_\_\_\_ (2012), “Libertad, Derechos Naturales y ‘multiculturalismo’ en el pensamiento de Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846)” in Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/Editorial Dykinson.
- Skinner, Quentin (1998), *Liberty before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press.
- \_\_\_\_\_ (2002), *Visions of Politics*, Vol. I: “Regarding Method”, Cambridge, Cambridge University Press.
- Tierney, Brian (2002), “Natural Law and Natural Rights – Old Problems and Recent Approaches” in *The Review of Politics*, Vol. 64, Nº 3, pp. 386-406.
- Tocqueville, Alexis de (1986), *De La Démocratie en Amérique*, Paris, Éditions Robert Laffont, (1ª ed.: 1835 e 1840).
- \_\_\_\_\_ (1996), *De la démocratie en Amérique souvenirs l’ancien régime et la révolution* (introd. e notes Jean-Claude Lamberti, Françoise Mélonio), Paris, Laffont.
- \_\_\_\_\_ (2001), *Da Democracia na América*, Cascais, Principia (1ª ed.: 1835 e 1840).

- Tully, James (1994), "Rediscovering America: The two treatises and Aboriginal Rights" in G.A.J. Rogers (ed.), *Locke's Philosophy, Content and Context*, Oxford, Clarendon Press.
- Tunstall, Kate E. (2012), *Self Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*, London and New York, New Delly, Sidney, Bloomsbury.
- Villey, Michel (1964), «La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam» in *Archives de Philosophie du Droit*, 9, pp. 97-127.
- (2003), *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, Paris, Presses Universitaires de France, (1<sup>a</sup> ed: 1968).



## Soberania: Conceito e Actualidade

Paulo Tunhas

Instituto de Filosofia

Faculdade de Letras da Universidade do Porto

“A Soberania é a Alma da Comunidade Política; quando ela abandona o Corpo, os membros deixam de receber dela o seu movimento”<sup>1</sup>; transformam-se, na ausência dessa “Alma Artificial”<sup>2</sup>, na “Carcaça de um homem”<sup>3</sup>. Estas palavras de Hobbes, naquele que é presumivelmente o maior livro jamais escrito sobre a natureza da soberania, o *Leviathan*, descrevem eloquentemente a relação da soberania com o corpo político: ela é a condição da vida deste. Sem a soberania, sem a sua alma, o corpo político transforma-se num cadáver. O objectivo do texto que se segue é duplo. Primeiro, recapitular alguns dos elementos conceptuais essenciais da soberania, procurando insistir na permanência, ao longo do tempo, de um certo número de determinações essenciais do conceito, para lá da diversidade dos contextos filosóficos e históricos da sua teorização. Segundo, e passando agora para a actualidade, auscultar os modos como, tanto do ponto de vista teórico como do ponto de vista prático, o conceito de soberania é criticado e posto em causa. A haver uma moral da história, ela seria a da dificuldade em pensar o corpo político sem continuarmos a recorrer à noção de soberania.

### 1. Conceito

A primeira coisa a dizer, uma coisa óbvia, é que o conceito de

---

<sup>1</sup> *Leviathan*, Cap. XXI (Hobbes, 1981, 272).

<sup>2</sup> *Leviathan*, Introdução (Hobbes, 1981, 81).

<sup>3</sup> *Leviathan*, Cap. XXIX (Hobbes, 1981, 375).

soberania se articula com os conceitos de autoridade e de poder, mas não se confunde com eles<sup>4</sup>. Poder e autoridade não são objecto de uma construção histórica idêntica, ou sequer paralela, à da soberania e, como notam os historiadores desta, existem perfeitamente em sociedades onde a soberania não existe<sup>5</sup>. É legítimo admitir, como F. H. Hinsley, que só se pode falar de soberania quando estamos em presença de comunidades políticas que possuem um Estado autónomo por relação à sociedade mas que com ela se articula<sup>6</sup>. Pode-se ainda acrescentar, na esteira de Kelsen, que o seu estatuto é forçosamente normativo (o que implica que é opcional), distintamente do poder físico<sup>7</sup>. E que – é um aspecto particularmente importante – possui uma dupla faceta, externa e interna: o soberano relaciona-se, como entidade independente, com outros soberanos, também eles entidades independentes, ao mesmo tempo que possui, no plano interno, supremacia sobre a sociedade que representa<sup>8</sup>. Estas duas facetas, convém acrescentar, encontram-se intimamente ligadas: a diminuição de uma acarreta a diminuição da outra. Assim, a diminuição da soberania externa – da soberania empírica e factual, porque, veremos, a soberania, no estrito plano conceptual, é absoluta, e não é susceptível de mais ou menos – traz consigo uma degradação da relação entre os representados e os representantes (entre a sociedade e o soberano)<sup>9</sup>, isto é, uma diminuição da soberania interna<sup>10</sup>. (Voltarei adiante a esta

---

<sup>4</sup> Sobre a relação entre soberania, autoridade e poder, cf. Jackson, 2007, 14 sgts, e as entradas “Authority”, “Power” e “Sovereignty” em Scruton, 2007. Sobre o conceito de autoridade em particular, cf. Morgado, 2010. E, sobre o conceito de poder, Power, o velho livro de Bertrand Russell, vale sempre a pena ser lido (Russell, 2010).

<sup>5</sup> Bartelson, 1995; Hinsley, 1966; Jackson, 2007.

<sup>6</sup> Hinsley, 1966, Cap. 1.

<sup>7</sup> Kelsen, 2005, 383.

<sup>8</sup> Jackson, 2007, 10-14; Scruton, 2007, “Sovereignty”.

<sup>9</sup> A evolução do conceito de soberania e a do conceito de representação são, sob certos aspectos, paralelas. De resto, o maior filósofo da soberania, Hobbes, é igualmente o maior filósofo da representação. Pode-se ainda acrescentar que a relação necessária entre soberania e representação é um elemento fundamental para distinguir a soberania da autoridade: a autoridade não supõe a representação. O soberano não é apenas a autoridade máxima: ele *representa*. Deixarei no entanto de lado a questão da representação no que se segue. Cf., para esta questão, Aurélio, 2009. Cf. tb. Gil e Tunhas, 2003, Cap. IV.

<sup>10</sup> Hobbes já o havia notado, na sua forma mais extrema: quando o soberano

questão.)

Um exemplo. Uma das teorizações mais radicais do Estado-soberano – aquela que suscitou, como notou F. H. Hinsley, as mais vivas críticas a este<sup>11</sup> – foi a de Hegel. A terceira secção (“O Estado”) da terceira parte (“A Moralidade Objectiva”, ou “A Eiticidade”, como se queira traduzir *Sittlichkeit*) dos *Princípios da filosofia do direito*, aquela que conclui a obra, é sumamente instrutiva acerca dessa radicalidade. Hegel distingue as duas facetas do Estado-soberano: a sua faceta interna (“O Direito Político Interno”, ## 260-320) e a sua faceta externa (“A Soberania Dirigida ao Exterior”, ## 321-329); esta última prolonga-se de duas maneiras: “O Direito Internacional” (## 330-340) e “A História Universal” (## 341-360). O que há de mais importante a salientar no esquema hegeliano é: primeiro, o modo como cada Estado, na sua particularidade, realiza absolutamente as determinações próprias de um povo – “Espírito enraizado no mundo” (nota ao # 270), ele “é uma lei que penetra toda a vida desse povo, os costumes e a consciência dos indivíduos” (# 274), e os cidadãos “conhecem o Estado como a sua substância <Substanz>” (# 289, nota); em segundo lugar, a existência de uma necessidade teleológica da transformação dos povos em Estados – os Estados realizam formalmente a Ideia <Idee> em cada povo (# 349); e, finalmente, o processo de desenvolvimento <Entwicklung> que faz com que os Estados se sucedam uns aos outros como manifestações parciais do Espírito do Mundo, até à sua manifestação absoluta, desenvolvimento esse que começa com o Império do Oriente e se finaliza com o Império Germânico, passando pelo Império Grego e pelo Império Romano (## 355-360). Do mesmo modo, e isso é verdadeiramente significativo, Hegel distingue os dois elementos que Hinsley, como vimos, aponta como fundamentais para a existência da soberania: a sociedade civil <die bürgerliche Gesellschaft> e o Estado, articulando também um e outro elementos e acrescentando-lhe um terceiro, a família (respectivamente segunda, terceira e primeira secções de

---

se transforma ele próprio num súbdito de outro soberano, os súbditos libertam-se de qualquer obrigação relativamente a ele (Hobbes, *Leviathan*, Cap. XXI; Hobbes, 1981, 273-274).

<sup>11</sup> Hinsley, 1966, 218.

“A Moralidade Objectiva”). Como notou Bernard Bosanquet, é como se o sol da *polis* grega – objecto, como se sabe, da mais profunda admiração de Hegel – se tivesse transformado num sistema solar<sup>12</sup>.

Voltemos, no entanto, a situações e teorizações prévias à construção hegeliana. Há sem dúvida autoridade e poder na Grécia antiga<sup>13</sup>, mas, na ausência de um Estado separado da sociedade, não há soberania; do mesmo modo em Roma, embora algumas aproximações a este conceito aí surjam<sup>14</sup>. A Idade Média enceta um movimento em direcção a um pensamento da soberania, sobretudo a partir do momento, magnificamente estudado por Ernst Kantorowicz<sup>15</sup>, em que o poder real deixa de ser concebido a partir de uma identificação com Cristo, uma *crístmimesis*, e passa a ser entendido a partir de uma identificação com a lei, uma *justiçomimesis*. Esta modificação, que se opera nos séculos XIII e XIV, é contemporânea da valorização de uma concepção da temporalidade (no sentido lato) intermédia entre o *tempus* e a *aeternitas*, o *aevum*, que designa uma forma de permanência infinda propriamente humana e que permite a fixação do poder como um lugar perpétuo, banhado por um “halo de eternidade”, segundo a bela expressão de Kantorowicz. O lugar do poder aparece assim mais independente do indivíduo concreto que o ocupa: o poder passa a ser entendido como um ofício, e não como algo unicamente ligado à pessoa que o ocupa<sup>16</sup>. Certamente que o contexto em que se opera o desenvolvi-

---

<sup>12</sup> Bosanquet, 1965, 261.

<sup>13</sup> Não há talvez melhor expressão deste último aspecto, o facto bruto do poder, do que o discurso dos embaixadores a Atenas a Melos, tal como descrito na *História da Guerra do Peloponeso* por Tucídides, V, 85-115.

<sup>14</sup> Hinsley, 1966, Cap. 2.

<sup>15</sup> Kantorowicz, 1957, Cap. VI.

<sup>16</sup> Cf. tb. Pennington, 1988. Bartelson apelida a concepção da soberania que daí emerge “proto-soberania”, distinta de uma “mito-soberania” própria à primeira Idade Média (aquela, precisamente, que corresponde à *crístmimesis* de que fala Kantorowicz). Cf. Bartelson, 1995, Cap. 4. Curiosamente, encontramos nas conceptualizações da soberania por John Austin e por H. L. A. Hart – num contexto completamente diferente, portanto – uma reduplicação da oposição entre a soberania entendida a partir da pessoa e a soberania entendida a partir do ofício. De uma maneira mais uma vez distinta, uma oposição semelhante é discernível entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. Cf., para a oposição entre Austin e Hart nesta matéria, Coleman e Leiter, 2003, 244-246, e, para Schmitt e Kelsen, Aurélio, 2012, 141 spts.

mento desta teoria, essencialmente jurídica, da “proto-soberania” – a disputa entre o Papado e o Império, que se reflecte na teorização de Bártolo de Sassoferrato, Dante, Marsílio de Pádua, Ockham e Nicolau de Cusa, entre vários outros<sup>17</sup> – constituíam uma forte objecção a que uma teoria da soberania, entendida em termos modernos, se desenvolvesse convenientemente, embora os progressos na sua conceptualização sejam manifestos<sup>18</sup>. O Renascimento representará, no capítulo, um significativo avanço<sup>19</sup>. Retrospectivamente, o progresso pode-se avaliar através da análise da evolução da faceta externa da soberania, a da relação entre os diversos soberanos. Um capítulo célebre da *Civilização do Renascimento em Itália*, de Jacob Burckhardt – capítulo esse integrado, de resto, num todo apelidado de “O Estado como obra de arte” –, intitula-se “Política externa dos Estados italianos” e descreve o modo como as cidades italianas, também no domínio da política externa, abriam, no século XV, caminho para horizontes futuros<sup>20</sup>. E Maquiavel – apesar do muito que, no seu pensamento, permanece irreduzível e alheio às posteriores teorizações da soberania e da “razão de Estado” das quais postumamente foi feito o anunciador<sup>21</sup> – desenha uma figura que, sob certos aspectos, converge com esses mesmos horizontes futuros, que representam, no essencial, uma “subversão da *polis*”<sup>22</sup>. Na transição para a época moderna, encontra-se a definição inaugural da concepção de soberania tal como classicamente definida, nos *Six Livres de la République* (1576) de Jean Bodin. Mas é indiscutivelmente com Hobbes, no *Leviathan* (1651), que os seus contornos se encontram mais precisamente definidos, e isso tanto do ponto de vista das suas facetas externa e interna quanto da sua articulação com o conceito de representação<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> Cf. Hinsley, 1966, 81 sgts, e o Cap. 3 em geral.

<sup>18</sup> Pennington, 1988; Canning, 1988.

<sup>19</sup> Cf. Bartelson, 1995, 108-136.

<sup>20</sup> Burckhardt, 1986, I, 138-151. Cf. Jackson, 2007, 49-50.

<sup>21</sup> Cf. Aurélio, 2012, 9-22 e passim. A expressão “razão de Estado” foi consagrada em 1589 pelo jesuíta Giovanni Botero Benese, em *Della Ragion di Stato Libri Dieci* (cf. Aurélio, 2012, 119; sobre a “razão de Estado”, cf. todo o Cap. II).

<sup>22</sup> Cf. Aurélio, 2012, 151: “O Estado traz em si a subversão do ideal da pólis, cavando no cerne da comunidade um fosso (e uma tensão) a separar os que detêm o poder daqueles que lhe resistem quanto podem.”

<sup>23</sup> Note-se que a importância central que assume em Hobbes o conceito de representação chega perfeitamente para distinguir o seu eventual “decisionismo”



A faceta externa da soberania constrói-se em Hobbes a partir de dum direito natural a assegurar a sua própria existência que cada Estado – e o Estado de Hobbes não é já o Estado incipiente de Maquiavel, “pouco mais que *status*, propriedade individual do príncipe”<sup>24</sup>, mas o Estado no sentido mais forte do termo – possui indisputavelmente. A soberania reside num direito inalienável em lutar pela existência própria e em afirmar esse direito contra as soberanias alheias, que se encontram em idêntica posição. Os Estados vivem, deste modo, na relação que mantêm entre si, numa situação de externalidade absoluta, e, igualmente, num risco não regimentável, isto é, no estado de natureza<sup>25</sup>. A regimentação só é possível no interior de cada Estado. A faceta interna, por seu lado, é definida em função de toda a teoria do contrato e da transferência do poder para o soberano, que se torna o representante <*Representative*> da comunidade política <*Commonwealth*><sup>26</sup>, esse “Homem Artificial” que possui “uma maior estatura e força do que o Natural, para cuja protecção e defesa foi criado”<sup>27</sup>. O soberano não se encontra limitado pelas leis civis, pois estas não são mais do que um produto da sua vontade e ele é livre de as mudar quando desejar<sup>28</sup>. A lei é a vontade do soberano. É certamente um dos pontos em que a posição de Hobbes se aproxima mais da de Bodin (que, no entanto, fiel à tradição, continua a distinguir, contrariamente ao que fará Hobbes, o Rei do Tirano: “le roi se conforme aux lois de nature, et le tyran les foule aux pieds”<sup>29</sup>). Com efeito, no Capítulo 8 do Livro Primeiro dos *Six Livres de la République*, Bodin escreve: “la première marque du prince souverain, c’est la puissance de donner loi à tous en général, et à chacun en particulier; mais ce n’est pas assez, car il faut ajouter, sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de moindre que soi”; e, mais adiante: “Sous cette même puissance de donner et de casser la loi, sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté: de sorte qu’à parler proprement on

---

do decisionismo de Carl Schmitt (cf. Aurélio, 2012, 175-176).

<sup>24</sup> Aurélio, 2012, 135.

<sup>25</sup> *Leviathan*, Cap. XIII (Hobbes, 1981, 187-188).

<sup>26</sup> *Leviathan*, Cap. XXVI (Hobbes, 1981, 315).

<sup>27</sup> *Leviathan*, Introdução (Hobbes, 1981, 81).

<sup>28</sup> *Leviathan*, Cap. XXVI (Hobbes, 1981, 315).

<sup>29</sup> *Les Six Livres de la République*, Livro II, Cap. 4; Bodin, 1995, 212-213.

peut dire qu'il n'y a que cette seule marque de souveraineté (...)"<sup>50</sup>. Na origem – e por mais que as intenções e os argumentos de Platão difiram dos de Bodin e de Hobbes – encontra-se, bem entendido, o *Político*. As leis <grammata> são o resultado da vontade do homem real, daquele que dispõe da ciência política: “O que é melhor (...) é que a força não pertença às leis, mas sim àquele que, socorrendo-se do sábio pensamento, é um homem real”<sup>51</sup> (e isso, em parte, porque a lei efectiva não é a lei abstracta, que não pode dar conta do singular)<sup>52</sup>. Esta concepção vai ao arripio do pensamento clássico, expresso, por exemplo, no *De legibus* de Cícero, onde a lei e o magistrado se encontram numa situação de perfeita simetria: “o magistrado é a lei que fala, tal como a lei é o magistrado mudo”<sup>53</sup>. Em todo o caso, é nítida em Hobbes a distinção entre Estado (o soberano) e sociedade, afirmada por Hinsley como indispensável para que se possa falar de soberania, tal como a paralela necessidade de uma relação entre os dois termos: o soberano existe como soberano apenas enquanto puder assegurar aos súbditos (isto é, à sociedade) a sua integridade física. É essa relação que permite a existência da comunidade política. Quando, no entanto, o Soberano deixa de poder garantir a integridade física dos súbditos, a garantia que foi a razão mesma do pacto que constituiu a comunidade política, cada um deixa de se encontrar limitado pelas leis civis e pela obediência ao soberano e a comunidade política deixa de existir. Repitamos as passagens citadas no início deste texto: “A Soberania é a Alma da Comunidade Política; quando ela abandona o Corpo, os membros deixam de receber dela o seu movimento”<sup>54</sup>; transformam-se, na ausência dessa “Alma Artificial”<sup>55</sup>, na “Carcaça de um homem”<sup>56</sup>.

Certamente que a doutrina da soberania, bem como a articulação desta com a representatividade, sofreram inúmeras

---

<sup>50</sup> Bodin, 1993, 160, 162-163.

<sup>51</sup> *Político*, 294a.

<sup>52</sup> *Político*, 294a-b. Um comentário das passagens do *Político* sobre esta questão, encontra-se em Castoriadis, 1999, 141 sgs.

<sup>53</sup> *De legibus*, III, 1.

<sup>54</sup> *Leviathan*, Cap. XXI (Hobbes, 1981, 272).

<sup>55</sup> *Leviathan*, Introdução (Hobbes, 1981, 81).

<sup>56</sup> *Leviathan*, Cap. XXIX (Hobbes, 1981, 375).

transformações depois de Hobbes, mas o núcleo central da teorização hobbesiana chegou aos nossos dias. A soberania – um conceito equívoco, como todos os conceitos ético-políticos – tende a ser pensada sob o modo do absoluto<sup>57</sup>, embora haja naturalmente filosofias que a conceptualizam de outra maneira. Leibniz – no *Caesarinus Fürstenerius* (1677) e no Prefácio ao *Codex Iuris Gentium* (1693)<sup>58</sup> – é indisputavelmente um dos principais teóricos de uma soberania limitada (uma contradição nos termos, de acordo com Bodin ou Hobbes)<sup>59</sup>. Mas é o modo do absoluto que impera.

É neste contexto que a análise de Fernando Gil, em *A convicção*, se revela verdadeiramente apaixonante, porque procede exactamente a uma inquirição da soberania a partir do seu modelo mais radical, o de Bodin e de Hobbes. Demorar-me-ei algum tempo naquilo que Fernando Gil diz, já que a sua teorização da soberania servirá de pano de fundo ao que direi a seguir<sup>40</sup>. Uma outra possibilidade, simétrica a

---

<sup>57</sup> Assim o pareceram continuar a pensar autores tão influentes como, no século XIX, John Austin (Austin, 2000) e, no século XX, H. L. A. Hart (Hart, 1994). E, evidentemente, Carl Schmitt (Schmitt, 2005). Não assim, é verdade, Kelsen, para quem o direito público internacional gozava de um estatuto superior ao do nacional (Kelsen, 2005) – quer isso participe ou não de uma negação do problema da soberania, que Schmitt diagnostica em Kelsen (Schmitt, 2005, 21).

<sup>58</sup> Cf. Leibniz, 1972, 111-120, 165-176.

<sup>59</sup> Para uma análise contemporânea das limitações da soberania, promovidas por um conjunto de factores que a expressão « globalização » tendencialmente engloba, cf. Held, 1996. Convém no entanto lembrar, como o fez Diogo Pires Aurélio, que « a globalização é tanto um sintoma de mudança, ou mesmo declínio, da soberania, tal como a conhecemos até há não muito tempo, como um sintoma da sua plasticidade e conseqüentes virtualidades, enquanto resposta à questão do poder e aos desafios que a organização social coloca » (Aurélio, 2012, 20). Cf., no mesmo sentido, Jackson, 2007, Cap. VI.

<sup>40</sup> A análise de Fernando Gil visa demonstrar o carácter compulsivo e inescapável da ficção de uma soberania absoluta, ao mesmo tempo que mostra a natureza ideológica desta. Muito diferente é a perspectiva de Carl Schmitt (Schmitt, 2005), para quem um ponto de vista crítico sobre o conceito de soberania se encontra fora de questão. A epistemologia que subjaz à análise de Schmitt – ao contrário da de Kelsen, alvo preferencial das suas críticas, em que aspectos kantianos e humeanos se cruzam – é “pré”, ou “anti”, kantiana. E, sobretudo, ela funda-se numa recusa em pensar o político à maneira das ciências da natureza. Trata-se então de recuperar a verdade do político através da recusa desse modelo. Soberano, como se sabe, é aquele que possui o monopólio da

esta, seria a de analisar o conceito a partir dos seus modos de dissolução<sup>41</sup>, eventualmente com vista a uma sua desconstrução<sup>42</sup>.

Voltarei à desconstrução em breve, embora muito rapidamente, mas, por enquanto, centremo-nos em Fernando Gil<sup>43</sup>. *A convicção* põe em jogo dois grupos de conceitos, cuja relação é, num certo sentido, o objecto principal do livro. Primeiro grupo: fundação, prática, intuição; segundo grupo: fundamento, imaginação realizante, crença. Centremo-nos no par fundação/fundamento. Fernando Gil entende por *fundação* o processo, levado a cabo por um sujeito, que engendra, através da prática, da efectuação, a recondução da explicação à intuição: a demonstração matemática é um exemplo – o sujeito que a produz, ou a reproduz, produz uma série de operações que, no acto, lhe aparecem como vivas, transparentes, inteligíveis. E, por *fundamento*, a posição de um objecto sem que esse objecto surja transparente no

---

decisão e que decide em circunstâncias de excepção, quando nenhuma norma se aplica. É esse tipo de decisão – “a decisão na sua absoluta pureza” – que melhor captura a essência da soberania e ilustra “o poder da verdadeira vida” (uma referência explícita a Kierkegaard acentua a dimensão desta última afirmação). Não há aqui lugar para uma dúvida sobre a relação da soberania com a verdade. Melhor: todo o pensamento de Schmitt é uma exorcização activa de qualquer dúvida no capítulo – uma decisão pela decisão, poder-se-ia dizer. E nele se observa, concomitantemente, uma recusa de toda a problemática da deliberação, maximamente expressa nas considerações sobre a crítica de Donoso Cortés à burguesia como “classe discutidora”. A prática da deliberação impedir-nos-ia, porque nos conduziria a uma espécie de *akrasia* decisional, de escolher sequer entre Cristo e Barrabás. A decisão absoluta deve sair do nada. Quer dizer: da pura vontade. (Sobre as diferenças entre a teoria da soberania de Fernando Gil e a de Schmitt, cf. Aurélio, 2014.)

<sup>41</sup> Cf. Wagner-Pacifi, 2005. Deste ponto de vista, a análise dos processos de deposição e de condenação à morte dos reis apresentam um interesse excepcional. Cf., para o caso de Carlos I, Wedgwood, 1964. O livro da grande historiadora Veronica Wedgwood é apaixonante, não só do ponto de vista literário (consciência e objectividade), como também, e principalmente, no contexto que nos interessa, por mostrar como no julgamento do rei, as questões do poder da autoridade e da soberania, são explicitamente debatidas, e as palavras utilizadas, tanto pelo rei como pelos seus acusadores. Para um outro exemplo célebre, o de Luís XVI, cf. Jordan, 1979.

<sup>42</sup> Cf. Bartelson, 1995.

<sup>43</sup> Cf. Gil, 2003. Todo este parágrafo, bem como o seguinte, é adaptado de uma passagem de Tunhas, 2014.

acto da sua afirmação, da sua posição, isto é, em última análise, sem que a explicação conduza à intuição, a uma presentificação indiscutível: a prova ontológica da existência de Deus, por exemplo. A crença liga-se ao fundamento, a convicção à fundação. A crença não se dá através de uma série de operações interconectadas do espírito, transparentes a este, e produzindo objectos que com ele fusionam. A convicção, atingida através da fundação, sim. A “fundação leva à evidência efectiva da convicção.” À crença no fundamento – uma crença alucinatória, na medida em que o espírito, pelo seu movimento próprio, alucina o infinito no singular – dá Fernando Gil o nome de pensamento soberano, operatório no quadro da teoria política – a concepção da soberania em Jean Bodin, “passagem ao limite da vontade transformada em potência abstracta” –, da teologia – a prova anselmiana da existência de Deus no *Proslogion*, passagem da existência *in intellectu* à existência *in re* – e da teoria do conhecimento – os primeiros princípios aristotélicos. (A originalidade da posição de Fernando Gil não se manifesta apenas no próprio quadro da explicação que propõe. Manifesta-se igualmente na associação do pensamento soberano às questões cognitivas, e não apenas às teológicas e políticas; esta última relação foi teorizada contemporaneamente, entre outros, por autores tão diversos como Carl Schmitt e Jean Bethke Elshtain<sup>44</sup>.) O pensamento soberano – que se define sempre pela autodesignação (*é per se*) e pela posição do incondicionado, pela ilimitação – constitui-se como uma “alucinação do fundamento”, que é, vê-lo-emos já a seguir, uma ocultação da fundação. A alucinação é, de facto, fundamental. O “salto alucinatório” na origem da passagem da fundação para o fundamento encontra-se nos domínios que acima aponte, e de um modo idêntico. Trata-se sempre de projectar o infinito – um infinito actual, não apenas potencial – no existente. De ver o existente como inteiramente autárquico, causa de si mesmo, e incondicionado. “A soberania é *causa sui*. Tal como o Deus de Anselmo e os primeiros princípios dos *Segundos analíticos*, ela dá-se por si e define-se pelo seu incondicionado”.

Tudo isto remete para a vontade. Tomemos o exemplo da sobera-

---

<sup>44</sup> Schmitt, 2005, Cap. 3; Elshtain, 2008. Bartelson (Bartelson, 1995), pelo seu lado, associa, na esteira de Foucault, a questão política e a questão cognitiva, omitindo a teológica.

nia. Relativamente expulsa da ordem jurídica por Kelsen, a vontade é aceite de modo exorbitante por Carl Schmitt. Ela “intervém na crença” – quer dizer: determina-a por inteiro – e “alucina-se na soberania”. “A vontade encontra-se na raiz do fundamento”. Com efeito, “todas as teorias da soberania se estabelecem sobre operações sobre a vontade”. “A soberania contém uma causalidade interna que se basta a si mesma e que reproduz a do querer”. Mas, saltando do domínio do direito e da política para o do conhecimento, o mesmo vale: “os primeiros princípios aristotélicos testemunham igualmente uma causalidade autárquica ligada ao acto voluntário”. Há, em geral, “uma autodesignação fundadora que nenhuma outra instância pode regular”, uma autodesignação vertiginosa, “próxima do sagrado”, e essa auto-designação – cujas aporias o *Monologion* de Anselmo, através da prova ontológica da existência de Deus, “exibe inauguralmente” – acompanha-se de um fechamento em si: “a soberania não tem abertura”, “põe-se sem se referir a um exterior”. A soberania “não reconhece a sua origem”, ela busca “obliterar” a sua “dependência relativamente à vontade real” que a originou. A operação da construção é sublimada, o objecto é dado como uma realidade imediata. Dito de outra maneira: há uma ocultação da fundação pelo fundamento. É como se, face a uma crença reificada, petrificada, o processo que engendra efectivamente essa mesma crença deixasse de existir. Embora essa ocultação seja sempre parcial. Diferentemente do pensamento soberano, a “auto-posição da intuição intelectual”, o movimento que leva à convicção, não é uma alucinação do fundamento: é um livre agir. Este ponto é particularmente importante: a convicção supõe um agir, ela é, num certo sentido, um agir. A “acção é o lugar da convicção”. Nada de petrificado: apenas uma sucessão de operações perfeitamente inteligíveis, transparentes, para o sujeito. E encontramos aqui o par ideologia/verdade. Se a crença se refere, num certo sentido, à ideologia, a convicção relaciona-se com a verdade: embora, sem dúvida, ambas se interpenetrem. Ao contrário da crença, a convicção (e o modelo por excelência da convicção é a convicção matemática, que se produz “no modo da evidência”) conhece-se a si mesma – será esse um traço distintivo da verdade – “e dá-se de um só vez, no termo da demonstração”. Observa-se aqui a importância do processo, do conjunto das operações, e a sua oposição a um modelo que realiza imediatamente, fazendo a economia de qualquer operação, de qualquer construção,

caminhando imediatamente para posições maciças. “A crença poupa-se à determinação do objecto mediante operações de conhecimento (...) A convicção liga-se a um objecto fundado e reconhecido, a crença não espera pela sua construção, afirma a realidade do objecto. O real suposto substitui a construção cognitiva do objecto”. Por isso, o fundamento aspira a uma “validade definitiva”, enquanto a convicção busca antes uma “validação progressiva”. No entanto, crença e convicção, fundamento e fundação, ideologia e verdade, andam muitas vezes de mãos dadas, e, se bem que distinguíveis, podem perfeitamente conviver no pensamento. Resumindo. O pensamento soberano institui-se a partir de uma crença que alucina um objecto que não é constituído através de uma série de operações transparentes para o sujeito. No caso que aqui mais nos interessa, o da soberania política, o infinito é projectado num existente que é o soberano. O soberano auto-designa-se, é *per se*, nele se precipita o incondicionado. E há nessa auto-posição do soberano, um recalçamento, uma obliteração da fundação. O fundamento é exactamente essa obliteração da fundação. O que aproxima o pensamento soberano da ideologia. Mas a relação da ideologia (da crença) com a verdade (da convicção) não é a de uma separação radical. Nem a ideologia é inteiramente escapável.

É importante sublinhar o que há de essencial na posição de Fernando Gil no que respeita às concepções clássicas da soberania. Em primeiro lugar, trata-se de as capturar através do seu próprio excesso. Este manifesta-se no princípio de ilimitação que as caracteriza. Em segundo lugar, Fernando Gil procura pôr em evidência o carácter alucinatório que preside a esse princípio de ilimitação: há uma alucinação do infinito no individual. Em terceiro lugar, tal alucinação, que é inescapável, corresponde à posição de um fundamento que oculta os verdadeiros processos que presidem à fundação da soberania. Por último, em quarto lugar, essa ocultação da fundação pelo fundamento é, também ela, inescapável. A ideologia contamina forçosamente a verdade, não há meio de as separarmos absolutamente. Como se pode facilmente ver, a intenção da análise de Fernando Gil é dupla: trata-se tanto de uma crítica como de uma explicação, que é em parte uma justificação, do pensamento soberano. Não creio verdadeiramente que, sem cairmos em determinações exclusivas e parciais – puramente críticas ou puramente dogmáticas –, se possa ir muito

além desta análise. Os seus resultados presidirão ao ponto de vista desenvolvido na segunda parte deste texto.

## 2. Actualidade

A questão da soberania, e particularmente da soberania da Europa, é, por assim dizer, de actualidade. A primeira coisa a notar – ela salta, de resto, aos olhos – é que há, em grande parte das discussões contemporâneas, um recalçamento da questão da soberania, e, por outro lado, um questionamento explícito da pertinência do conceito. Os dois movimentos não são, como é óbvio, coincidentes. Questionar a soberania implica o contrário do recalçamento: implica trazê-la à luz do dia, seja para a recusar em nome de uma realidade diferente, seja para a “desconstruir”, seja ainda para, a partir de uma sua “desconstrução”, sugerir uma realidade diferente<sup>45</sup>. Ao passo que recalcar a questão significa, pura e simplesmente, fazer de conta que a sua existência não se encontra investida de um peso histórico e conceptual relevante e que, por assim dizer, não coloca problemas: desaparecerá por completo, e sem deixar resíduos, assim que o decidamos. Mas, não sendo coincidentes, os dois movimentos progridem na mesma direcção: algo como uma superação dos Estados-soberanos em benefício de uma realidade a vir que possuiria contornos inteiramente novos. Do ponto de vista que defenderei, tal direcção do pensamento filosófico e político – porque há aqui, efectivamente, um cruzamento do filosófico e do político – é eminentemente nociva e responsável por boa parte dos males que nos afligem. Ela encontra-se na origem de certos impasses que são próprios ao nosso tempo e ao nosso lugar. O que direi será muito tentativo, e não pretendo que os tópicos abordados exibam uma perfeita solidariedade entre si. São apenas elementos para pensar a crise que vivemos: a da perda tendencial de soberania. Lidarei, no que se segue, e por esta ordem, com algumas críticas ao Estado-soberano; com o recalçamento presente da questão da soberania; com a temática das paixões; com o modo como a questão da soberania, apesar de recalçada, retorna em força; com o efeito nocivo do recalçamento das paixões; com a presente restrição do espaço deli-

---

<sup>45</sup> Este último caso, que não participa do espírito de um programa do primeiro tipo, como o de Thomas Pogge, nem se limita a um puro gesto de “desconstrução”, é o de Jens Bartelson (Bartelson, 1995 e 2009).



berativo; e, por fim, com o modo como o *ius gentium* deve ser pensado como albergando espaço para a soberania. Tudo de uma forma muito breve e, receio, muito imperfeita.

Começemos pelas tentativas contemporâneas que encetam uma crítica da soberania, seja através da sua desconstrução, seja através da sua recusa. Tomemos, primeiro, o exemplo de Jacques Derrida<sup>46</sup>. Aquilo que Habermas chama “patriotismo constitucional” <*Verfassungspatriotismus*><sup>47</sup> (designação que Derrida reprova) e que deveria presidir a uma soberania europeia é, na verdade, um “afecto político”. E tal afecto político deverá resultar da ultrapassagem da soberania entendida como algo de incondicional. A soberania incondicional (quer dizer: a soberania como classicamente entendida) opõe-se, pela sua própria natureza, ao direito, o abuso do poder é constitutivo dela. Os Estados soberanos são, por definição, Estados-*voyou*s, Estados-párias. A transformação que deverá ocorrer na Europa – potenciada por “um grande parlamento dos filósofos” - residirá na passagem a uma situação na qual a palavra “soberania” só “por comodidade” continuará a ser empregue. De facto, a própria transformação europeia deverá constituir-se como uma “desconstrução” do conceito tradicional de soberania, uma desconstrução que apontará um sentido “altermundialista” à política europeia. Thomas Pogge<sup>48</sup>, no contexto da sua tentativa de elaborar os princípios gerais de uma “justiça global”, não propõe certamente a criação de “um parlamento

---

<sup>46</sup> Cf. Derrida, 2007. Cf. tb. Derrida, 2010.

<sup>47</sup> Cf. Habermas, 1992 e 2001. Em termos muito gerais: para o “patriotismo constitucional”, o patriotismo é legítimo apenas se tiver por razão de ser um empenhamento em constituições políticas de tendência universalista e que não se encontrem ligadas a contextos culturais particulares. Política e cultura devem divorciar-se. (Note-se que várias formulações de Habermas supõem uma maior inscrição do patriotismo constitucional em contextos políticos particulares.) Um desenvolvimento do patriotismo constitucional não absolutamente coincidente com o de Habermas encontra-se em Müller, 2007. Para uma defesa moderada do patriotismo constitucional, cf. Ingram, 2002, e para uma crítica das suas várias versões a partir das posições do “patriotismo cívico”, que seria muito mais sensível aos contextos particulares e não divorciaria política e cultura, cf. Laborde, 2002. Cf. tb. Boon, 2007, que critica a tendência para um identitarismo europeu subjacente à versão forte do programa de Habermas.

<sup>48</sup> Pogge, 2010.

dos filósofos”, nem o seu ponto de vista é o de uma “desconstrução” do conceito de soberania. Mas procede a uma crítica (uma crítica, não uma “desconstrução”, já que a desconstrução pretende pôr em cheque não só a oposição de teses, mas a própria produção de teses – e aqui Derrida lembra Wittgenstein) do conceito de Estado-soberano. O cosmopolitismo que advoga retira qualquer valor representativo ao Estado-soberano e considera que os indivíduos são as únicas unidades políticas a ter em conta. A justiça global não é compatível com a existência dominante de Estados-soberanos (embora Pogge não proponha a pura e simples eliminação dos Estados). A soberania deve ser relocalizada e verticalmente dispersa (um derridiano diria: disseminada). Tal dispersão vertical poderá – estamos aqui nos antípodas do cosmopolitismo kantiano, para não falar do estóico, que Kant actualizou – ser acompanhada pela criação de um Estado-mundial que regularia os conflitos e a distribuição dos bens<sup>49</sup>. Não discutirei aqui as aporias – ou, pelo menos, a tensão interna – a que esta posição conduz, nem as diferenças, demasiado óbvias, em relação à posição de Derrida<sup>50</sup>. Limito-me a constatar que tanto Derrida como Pogge recusam ao Estado-soberano qualquer lugar preeminente numa ordem mundial que deve vir à luz um dia. E, sem dúvida por razões diferentes, o processo de transição para essa nova ordem permanece, nos seus contornos, obscuro. Dito de outra maneira – e retomando a terminologia de Fernando Gil –, se a soberania se funda numa obliteração da fundação, e por isso participa da ideologia, ela, tal como classicamente definida, possui, apesar de tudo, uma legitimidade que lhe advém da sua natureza quase compulsiva. Ora, não parece que se possa dizer o mesmo dos projectos de Derrida e de Pogge: nem o “altermundialismo” nem a dispersão vertical da soberania (para não falar do Estado-mundial) gozam do estatuto de ficções compulsivas. Isto para lá de outros problemas que mencionarei (sem me referir a Derrida ou a Pogge) no que se segue. Uma nota. Claro que a noção de Estado-soberano é historicamente datável, dentro dos limites do rigor

---

<sup>49</sup> Cf. tb. Archibugi, 2010.

<sup>50</sup> Para uma análise das posições de Pogge, cf. os textos incluídos em Jaggar, 2010.

possível nestas matérias<sup>51</sup>. Diz-se que é pós-vestefálica<sup>52</sup>. Mas uma origem histórica – apesar de tudo, o que é que não tem uma origem histórica? – não é indício de artificialidade, pelo menos num sentido forte de “artificialidade”. As práticas e as crenças humanas sedimentadas tornam-se algo como uma segunda natureza, e é sem dúvida mais arbitrário – o que não significa nem menos justo nem impossível, convém notar – estipular o seu fim do que aceitá-las criticamente, procurando modificar os seus aspectos mais inconvenientes. A crença na soberania do Estado é uma crença que, de uma certa maneira, é para nós compulsiva. A alucinação da soberania é, do modo que a conhecemos, para nós natural. Ideológica, sem dúvida, mas natural, no sentido preciso de: inscrita no modo como a sociedade nos produz (desculpe-se o durkheimianismo), da língua que falamos às paixões dominantes. Ou, dito ainda de outra maneira: ela é mais inteligível, no sentido em que, por exemplo, os Estados-nações soberanos possuem uma arquitectura que é mais inteligível do que a da União Europeia<sup>53</sup>, e isso em parte porque eles se revestem de uma dimensão passional que a abstracta “Europa” não possui<sup>54</sup>. A passionalidade possui, na esfera do político, uma relação próxima com a inteligibilidade: a inteligibilidade do político é, como Espinosa o soube ver, em grande medida a inteligibilidade das paixões<sup>55</sup>. Não havendo uma passionalidade europeia, não pode haver nenhuma forma de “patriotismo constitucional”, ao modo que Habermas o entende, já que o patriotismo, qualquer que ele seja, supõe um assento passional. (Voltarei, depois, à questão das paixões, bem como à *vexata quaestio* do patriotismo.)

---

<sup>51</sup> Cf. Hinsley, 1966.

<sup>52</sup> Cf. Jackson, 2007, 51 sgts. Encontra-se uma crítica – não inteiramente convincente, de resto – da importância concedida, nesta matéria, à Paz de Vestefália em Bartelson, 2009.

<sup>53</sup> Cf. D’Appollonia, 2002, 189.

<sup>54</sup> Isso, por mais que tenha havido, desde a Idade Média tardia, um processo de “europeização da Europa”, caracterizado por várias progressivas uniformizações (cf. Bartlett, 1994, Cap. XI). E por mais, também, que haja um inegável ar de família entre as diversas paixões europeias, que pode ser analisado a partir de múltiplas perspectivas (cf., por exemplo, Steiner, 2005, ou Graça Moura, 2013; e, particularmente no que respeita à relação de Portugal com a Europa, Borges de Macedo, 1988).

<sup>55</sup> Cf. Aurélio, 2000.

Passemos agora ao recalçamento da questão da soberania, e mencionemos o problema colocado por certas interpretações contemporâneas da filosofia política e da filosofia da história de Kant. E aqui não há maneira de fugir à situação presente da Europa. Também aqui, como na crítica da soberania, há duas posições distintas que devemos considerar. Aquela que releva dos agentes políticos e de alguns teorizadores do federalismo, em primeiro lugar. E, depois, a que é assumida por uma boa parte das pessoas que, sem pretensões a nenhum desses estatutos, os seguem nas suas convicções. No primeiro caso, encontramos um tipo de atitude que é corrente nos utopistas e que se caracteriza pela transposição para o plano político do modelo da prova ontológica cartesiana, fundada na ideia de perfeição. Uma sociedade tão perfeita tem, em virtude da própria perfeição da ideia, de existir. A Europa, enquanto comunidade absoluta, tem de existir. São inúmeras as declarações políticas onde um tal mecanismo de pensamento é desarmantemente patente. A vontade de acreditar, a energia da crença, é imensa: em cem euros ideais reluzem já, necessariamente e prontos a serem gastos, cem euros reais. Mais subtilmente, pode-se invocar a filosofia kantiana da política e da história. Mas erradamente. Porque Kant é também um teórico da soberania, e, sob vários aspectos, prolonga Hobbes (nomeadamente na segunda secção de *Teoria e prática*, onde a sua crítica convive com a adopção de posições comuns<sup>56</sup>). Sem dúvida que, para Kant, a finalidade da história deverá consistir na abolição do estado de natureza na relação entre os Estados, e que tal abolição é a condição necessária para o estabelecimento da paz perpétua. Aquilo que poderíamos chamar a virtude histórica consiste, para Kant, na busca desse fim, que é o da criação de uma constituição cosmopolítica (tal como a virtude política consiste na busca de uma constituição republicana – e sem adopção pelos Estados de uma constituição republicana não poderá haver constituição cosmopolítica), um fim que é possível dado existirem, na natureza humana, um certo número de disposições para progredir em direcção ao melhor<sup>57</sup>. Essas disposições poderão fazer com que o natural obstáculo da heterogeneidade dos povos, na resistência que se

---

<sup>56</sup> Kant, *Sobre o lugar-comum: pode ser que esteja certo em teoria, mas na prática de nada vale*, Ak, VIII, 273-313.

<sup>57</sup> Cf. Tunhas, 2009 e 2010.

opõem uns aos outros, e que se manifesta sumamente na guerra, seja vencido, e que uma aliança dos povos, uma federação dos povos, uma liga dos povos, fundada numa hospitalidade universal, seja assegurada e permita o estabelecimento de uma relação exterior legal entre os Estados. Mas, em primeiro lugar, é preciso sublinhar a natureza reguladora que preside à adopção deste *Leitfaden*, deste fio condutor: trata-se de uma Ideia, no sentido kantiano da palavra<sup>58</sup>. E, em segundo lugar, é um erro esquecer que, como se disse, Kant é um pensador soberanista, e isso num sentido forte. São os Estados que são soberanos: a liga dos povos não tem poder soberano. O *ius gentium* supõe a independência recíproca dos Estados, o que exclui, *ipso facto*, a existência de um Estado universal (Kant diz: “monarquia universal”), um despotismo que degeneraria, fatal e rapidamente, em anarquia. Em terceiro lugar, é importante ter em conta a importância do princípio de continuidade em Kant, que se manifesta tanto nestas matérias como nas outras regiões do seu sistema (e na sua própria ideia de sistema)<sup>59</sup>. A aliança dos povos não se pode alcançar por um salto – por um decreto que instituísse imediatamente uma tal aliança – mas antes por uma passagem, por reformas, que, pouco a pouco, insensivelmente, nos conduzam a ela. Tudo isto ajuda bastante a compreender a natureza do federalismo kantiano e a separá-lo de certas pretensões federalistas fortes que se apresentam hoje em dia como suas herdeiras. A questão da soberania dos Estados não é por Kant obliterada – como o é, de um modo ou de outro, por alguns federalismos contemporâneos. No segundo caso, no caso do que podemos chamar os receptores passivos de tais propósitos – largamente dominantes nos *media*, convém notar –, observamos uma exorbitação daquilo que Thomas Reid chamava “princípio de credulidade” – “uma disposição para confiar na veracidade dos outros e para acreditar naquilo que nos dizem”<sup>60</sup> – e que Reid acertadamente apontava como algo de essencial para a sobrevivência das comunidades humanas (Niklas Luhmann retomará, com intenção semelhante, mas sem referência a Reid, um tema próximo: o da confiança<sup>61</sup>). Tal exorbitação releva daquilo que

---

<sup>58</sup> Cf. Tunhas, 1992.

<sup>59</sup> Cf. Tunhas, 2009, 2010 e 2012, Cap. VI.

<sup>60</sup> Reid, 1985, 95.

<sup>61</sup> Luhmann, 2006.

podemos chamar *facilidade de acreditar*, um fenómeno parente do “pensamento a crédito” de Montaigne<sup>62</sup>, ou, se se preferir linguagem kantiana, de uma heteronomia substancial. Por muito interessante que o tema da “facilidade de acreditar” seja – e eu creio que o é –, não é este o lugar para o desenvolver.

Tanto a crítica da soberania quanto o seu recalçamento (activo ou passivo) procedem de uma ignorância que nunca encontraríamos quer na filosofia política grega (Platão e Aristóteles, nomeadamente) e nos seus prolongamentos medievais, quer nos grandes filósofos do século XVII (Hobbes, Descartes, Espinosa, etc.) ou do século XVIII (Montesquieu, por exemplo), passando por Maquiavel, entre outros: a ignorância das paixões. Tal esquecimento iniciou-se no século XIX e consolidou-se no século XX, chegando aos nossos dias. Convém notar que todas as grandes filosofias políticas e da história, sensivelmente até Comte e Marx, onde o processo de ruptura com a tradição é já manifesto, se fundavam numa antropologia das paixões. As ideias de evolução e, sobretudo, de progresso, acentuando a plasticidade da natureza humana, implicaram uma mutação radical deste esquema (a própria palavra “paixões” desapareceu ao longo deste processo; fala-se agora de “emoções”<sup>63</sup>). Se alguém hoje dissesse – como Hobbes o disse – que a única paixão da sua vida era o medo, considerá-lo-iam um perverso. E não é certo, de resto, que não seja essa a opinião corrente, pelo menos implícita, a respeito de Hobbes. Ora, o esquecimento das paixões humanas subjaz à convicção segundo a qual os modos de viver e as crenças podem ser radicalmente transformadas sem problemas de maior. Pense-se na maneira como o marxismo lidou com a questão do nacionalismo. Ou então como o Manifesto do Círculo de Viena, redigido por Otto Neurath, almejando a uma Concepção Científica do Mundo, sustentava que noções como a de *Volksgeist* em breve desapareceriam<sup>64</sup>. Estávamos em 1929, pouco tempo antes das segundas grandes tempestades de aço do século XX. As utopias, em geral, negam as paixões. E por isso, em geral, falham. Porque pretendem tudo uniformizar e deixam de lado a “rugosa realidade a abraçar” de que falava Rimbaud. Ou então, se aceitam a diversidade,

---

<sup>62</sup> Cf. Tunhas, 2012, Cap. 3.

<sup>63</sup> Cf., numa vasta bibliografia, Dixon, 2006.

<sup>64</sup> Cf. Neurath et alii, 1985.

irrita-as aquilo que que nela é mutável e fluente. Aqui se introduz a questão do patriotismo.

Mesmo que adotemos uma definição tão asséptica do patriotismo como aquela que Hegel sugere numa nota ao # 268 dos *Princípios da filosofia do direito* (ele consistiria essencialmente numa “disposição da consciência <*Gesinnung*> que conduz nos estados e nas circunstâncias habituais a considerar a vida colectiva como a base substancial <*substantielle Grundlage*> e como o objectivo <*Zweck*>”)<sup>65</sup>, é forçoso admitir que o patriotismo admite colorações passionais fortes e que a constituição das “comunidades imaginárias”, para falar como Benedict Anderson<sup>66</sup>, não dispensa a dimensão passional. Kantorowicz analisou profundamente o significado do amor à pátria (termo semanticamente muito complexo, é verdade) na Antiguidade, e, sobretudo, na Idade Média<sup>67</sup>. A palavra “amor” é aqui verdadeiramente essencial. Todas as determinações do conceito de patriotismo a implicam, num grau ou noutro<sup>68</sup>. Tal como implicam um princípio de lealdade para com o seu país<sup>69</sup>. (Os *Discursos à nação alemã* de Fichte são, deste ponto de vista, um texto-chave, a ler e a reler constantemente<sup>70</sup>.) Uma condição básica para haver patriotismo reside – para repetir algo que F. H. Hinsley associou à própria possibilidade de soberania, e que referimos no início deste texto – na existência de uma articulação entre a sociedade e o Estado, uma articulação que mantenha uma distinção efectiva entre ambos, mas sem que tal distinção corresponda a um divórcio. O patriotismo não se dirige nem ao Estado em independência da sociedade, nem à sociedade em independência do Estado. De facto, o patriotismo, enquanto fenómeno social intencional, é o modo da crença na articulação da sociedade em que vivemos com o Estado, crença essa que maximamente se expressa, talvez, na linguagem do humanismo cívico, ou republicanismo clás-

---

<sup>65</sup> Cf. tb. Bosanquet, 1965, 261.

<sup>66</sup> Anderson, 2006.

<sup>67</sup> Kantorowicz, 1984. Encontra-se uma revisão histórica das várias acepções de “patriotismo” ao longo dos tempos, em Dietz, 2002.

<sup>68</sup> Para uma visão geral das discussões contemporâneas em torno do conceito de patriotismo, cf. Primoratz, 2002b. Cf. tb. Laborde, 2002.

<sup>69</sup> Cf. Oldenquist, 2002.

<sup>70</sup> Fichte, 2008.

sico e moderno<sup>71</sup>. Essa articulação deixa de existir se deixarmos de acreditar nela<sup>72</sup>. Em qualquer das situações – crença ou não-crença –, trata-se de uma atitude intencional passional. O patriotismo despidido deste investimento afectivo – que é, naturalmente, “ideológico”<sup>73</sup> – será tudo o que se quiser, mas não será certamente patriotismo.

Pode-se procurar esquecer a questão da soberania. Mas ela retorna, como retorna o recalçado segundo Freud. O recalçado aqui são as paixões indestrutíveis. E retorna, como mandam as regras, sob formas mais ou menos irreconhecíveis, que se dão a ver por meio de certos sintomas. O mal-estar presente exhibe-os perfeitamente. É como se todas as consequências indesejáveis do “pós-nacionalismo” se precipitassem diante dos nossos olhos<sup>74</sup>. A inimizade entre os europeus progride a olhos vistos, em contradição com a retórica oficial. E, não poucas vezes, até nesta transparece. Signo maior disso: o retorno maciço a uma discussão sobre o carácter dos vários povos da Europa. O que Kant diz sobre a matéria na *Antropologia* e, de passagem, na *Geografia*, aparece retrospectivamente como um modelo de cortesia.

---

<sup>71</sup> Para várias exemplificações dessa linguagem no republicanismo moderno, respectivamente em Thomas More, Rousseau, nas Províncias Unidas do século XVII e em James Harrington, cf. Skinner, 1987; Viroli, 1987; Mulier, 1987; e Goldie, 1987. Na medida em que a questão se liga com uma outra, distinta, a da inscrição dos valores e das lealdades em comunidades particulares, cf. tb. MacIntyre, 2002, que oferece uma visão forte, não «emasculada», do patriotismo, diferente dos patriotismos «imparciais» e «desportivos» aos quais criticamente se refere Andrew Oldenquist (Oldenquist, 2002). Análises de versões do patriotismo mais fracas do que as de MacIntyre, que exigem várias qualificações particulares, em Baron, 2002 e Nathanson, 2002.

<sup>72</sup> Sobre os fenómenos de intencionalidade colectiva, cf. Searle, 2010, Cap. III. Cf. tb. Ingram, 2002. Na terminologia de Cornelius Castoriadis, tais fenómenos relevam das “significações imaginárias sociais” (Castoriadis, 1975).

<sup>73</sup> Não tão “ideológico”, no entanto, quanto o nacionalismo, algo como uma reificação do patriotismo, uma intencionalidade colectiva petrificada. Enquanto que o patriotismo corresponderia a uma versão dinâmica da identidade nacional – na linguagem de Fernando Gil, o fundamento não obliteraria completamente a fundação –, o nacionalismo corresponderia a uma sua versão rígida – o recalçamento da fundação pelo fundamento seria máximo.

<sup>74</sup> Cécile Laborde (Laborde, 2002, 600 spts.) ofereceu uma boa análise de algumas dessas consequências (desenvolvimento de comunitarismos étnicos ou culturais não regulados por quadros constitucionais constringentes e emergência de instituições supranacionais sem suporte popular, por exemplo).



(Sobre os portugueses: apesar de dormirmos, como os andaluzes, ao meio-dia, trabalhamos de manhã, de tarde e à noite<sup>75</sup>. Já não é mau.) Tony Judt lembrou a presença maciça, na Europa, daquela que é, pelo menos desde Hobbes, uma das paixões fundamentais do ponto de vista da filosofia política: o medo. Mais: lembra como o medo ganha contornos diferentes nas várias nações europeias<sup>76</sup>. Seria do máximo interesse, no contexto presente, proceder a uma análise, o mais exaustiva possível, das formas que o recalco passional assume na Europa contemporânea<sup>77</sup>.

Resta que a situação presente nos deixa – e não apenas no caso português, note-se – praticamente sem espaço para deliberação política. Ora a deliberação, pessoal e política, é, pode-se defender, a própria forma da liberdade, o modo como a fundação resiste à sua ocultação absoluta pelo fundamento<sup>78</sup>. Num certo sentido, e para utilizar uma fórmula kantiana, modificando-a, ela é a *ratio cognoscendi* da liberdade (Leibniz dizia já que a liberdade exigia não só a espontaneidade como a deliberação<sup>79</sup>). Que possibilidades de deliberação possuímos? Aristóteles celebrenemente afirmou que a deliberação – e a capacidade de deliberação é aquilo que, para Aristóteles, define o homem prudente, o *phronetikos* – parte do desejo e da vontade (em jargão

---

<sup>75</sup> Kant, *Geografia*, Ak, IX, 425.

<sup>76</sup> Judt, 2012, 97 e *passim*.

<sup>77</sup> O retorno do recalco (da dimensão passional, nomeadamente do patriotismo) dá-se, por exemplo, com o acentuar do nacionalismo. Não é este obviamente o lugar para fazer o historial do conceito de nacionalismo, nem sequer para comentar o breve e admirável texto de Renan sobre os mecanismos de memória e de esquecimento que presidem à constituição das nações como princípios espirituais, resultantes de inúmeras complicações da história. Renan, note-se, admitia que, provavelmente, as nações europeias seriam, mais cedo ou mais tarde, substituídas por uma confederação europeia (Renan, 1996. Sobre os conceitos de nação e de nacionalismo, cf., por exemplo, Gellner, 1995; Eley e Suny, 1996; Anderson, 2006. Sobre a extrema variedade dos nacionalismos europeus, e sobre uma tipologia possível para os enquadrar, cf. D'Appollonia, 2002).

<sup>78</sup> Haveria talvez que desenvolver esta ideia relacionando-a com certos aspectos da filosofia política de Hannah Arendt. Cf., entre muitos outros textos, Arendt, 1982.

<sup>79</sup> *Nouveaux Essais*, II, xxi, # 9; cf. tb. *Causa Dei*, # 20.

contemporâneo: de “atitudes-pró”<sup>80</sup>) e se conclui com a escolha e a decisão. Mas não deliberamos sobre tudo: deliberamos apenas sobre o futuro, e sobre aquilo que no futuro nos aparece como indeterminado e dependente de nós<sup>81</sup>. Não deliberamos sobre o que é necessário ( $2+2=4$ ), nem sobre o passado (D. Afonso Henriques foi o primeiro rei de Portugal), nem sobre aquilo que de nós não depende (quem vai vencer uma corrida ou um campeonato de futebol – excludo, naturalmente, resultados desportivos falsificados), embora o possamos naturalmente desejar. O campo da deliberação é o campo indeterminado da acção humana. Deliberar é determinar: opormo-nos livremente à contingência, que é ao mesmo tempo princípio e abertura. Ora, no que respeita ao desejo e à vontade, nada nos impede de os termos. E para quem não vir intervalo entre o desejo e a escolha, quem vir a escolha já decidida, sem mediação, no desejo – em termos aristotélicos: quem for imprudente –, tudo, de facto, pode parecer possível. Há vária gente que pensa assim: nomeadamente os nostálgicos do grupo em fusão ou de um ressurgimento da “ideia comunista”<sup>82</sup>. Mas não parece razoável. Em contrapartida, a atitude razoável – aquela que consiste em levar a sério o processo deliberativo – vê-se bloqueada pelo simples facto de que aquilo que depende de nós ser ténue e precário. Como se notou antes, a perda da faceta exterior da soberania acarreta a desagregação da sua faceta interna. O que arrasta consigo que o debate político tenda, neste contexto, para a puerilidade. Certamente que, como alguns dizem, é falso pretender que não há alternativas. *A priori*, sem dúvida há-as. Acontece que a incómoda facticidade faz com que, no plano da banal empiria – isto é, se exceptuarmos as posições que não vêem necessidade de mediação entre o desejo e a decisão –, elas sejam só muito dificilmente sondáveis, ao ponto da imperceptibilidade<sup>83</sup>. Dito de outra maneira: a

---

<sup>80</sup> Davidson, 1980, Cap. I.

<sup>81</sup> Ética Nicomaqueia, III, 1111a18-35; cf. tb. Retórica, I, 1357a4-7.

<sup>82</sup> Um bom exemplo, a várias vozes, desta tendência encontra-se nos textos reunidos em Badiou e Žizek 2010.

<sup>83</sup> Vive-se, por assim dizer, num espaço fechado. Numa matéria de tão grande complexidade como o estado actual da Europa, tudo o que um leigo – resta saber se, neste capítulo, há efectivamente quem o não seja – pode fazer é conjecturar. É como se tudo se jogasse, para falar como Leibniz, no plano das “pequenas percepções”, isto é, num plano em que as ideias claras e distintas são para nós

imaginação política encontra-se, pela força das circunstâncias, reduzida ao mínimo. Seria bom reconhecer este ponto, porque não o reconhecer conduz, o mais das vezes, a formas regressivas de pensamento e de linguagem que funcionam como evasões imaginárias da realidade, imitações da imaginação política e não verdadeira imaginação política<sup>84</sup>. (A ideia de que a soberania se funda, entre outras coisas, na actividade deliberativa relevante é, note-se, radicalmente anti-schmittiana. Schmitt, com efeito, oblitera tendencialmente o gesto deliberativo que medeia entre a vontade e a decisão. A decisão, em Schmitt, recebe um “valor autónomo”<sup>85</sup>.)

### 3. Conclusão

John Rawls, em *The Law of Peoples*<sup>86</sup> opôs-se simultaneamente ao realismo político no sentido clássico – o de Hans Morgenthau, por

---

impossíveis. Certamente que é relativamente fácil, *a posteriori*, descortinar males profundos nas origens, e não tenho a ambição de não incorrer no pecado desta facilidade. Em todo o caso, parece legítimo supor que a introdução do euro, ao reduzir drasticamente a soberania dos Estados, se tornou um perigo imenso. A historiadora americana Barbara W. Tuchman falou de “marcha da loucura” para designar a adopção de políticas que se revelam, a médio prazo, quando não imediatamente, contrárias ao interesse dos Estados (Tuchman, 1984). Aceitando esta expressão, no caso da Europa, nomeadamente em resultado da adopção do euro como moeda comum, ela própria só possível como resultado de uma vontade utópica de federalismo num sentido forte e de um esquecimento das paixões, a loucura consistiu exactamente, como Charles Moore o notou, em colectivamente nos fecharmos numa casa sem portas nem janelas sem nos lembrarmos de prever o que fazer se ela começasse a arder (Moore, 2011; cf., mais aprofundadamente, os livros que o eminente historiador do euro, David Marsh, dedicou ao assunto: Marsh, 1995, 2011 e 2015).

<sup>84</sup> O ressurgimento substancial da extrema-esquerda e da extrema-direita tem obviamente como causa directa a inibição das condições de possibilidade da imaginação política. Não sendo a mesma coisa, tal ressurgimento encontra-se associado ao ressurgimento dos nacionalismos.

<sup>85</sup> Schmitt, 2005, 31. Para determinar convenientemente a articulação da deliberação com a soberania – mais exactamente, para procurar estabelecer a tese segundo a qual a capacidade deliberativa se define parcialmente como um das marcas possíveis da soberania, e que esta daquela depende – seria necessário, além de um desenvolvimento muito mais aprofundado da questão, investigar, a montante da deliberação, a dependência desta última relativamente à noção de risco, e, mais radicalmente ainda, inquirir sobre o assento metafísico do risco: a noção de contingência. É algo que, como é óbvio, não se pode fazer aqui.

<sup>86</sup> Rawls, 2002.

exemplo<sup>87</sup> – como ao utopismo<sup>88</sup>. O realismo político no sentido clássico supõe uma perfeita externalidade nas relações entre os Estados, cada um destes constituindo uma unidade perfeitamente autossustentada. O utopismo, ao avesso, postula uma perfeita internalidade na relação entre os Estados, tendendo idealmente para a eliminação destes. À perfeita externalidade e à absoluta internalidade das relações, Rawls opõe aquilo que poderíamos designar como uma doutrina mista. A razão da escolha desta doutrina prende-se – embora Rawls não formule a questão exactamente assim – com a preocupação de evitar que a contingência se transforme em risco e este em desordem. A estabilidade a obter não pode ser pensada como um simples *modus vivendi* favorável à resolução de conflitos. Ela deve permitir igualmente uma maior justiça concebida como equidade. Mas – e é esta questão que nos importa aqui verdadeiramente – o direito dos povos concebido por Rawls não dispensa a noção de soberania. Contra objecções formuladas, a partir de um ponto de vista internalista, por Peter Singer, Thomas Pogge e Charles Beitz<sup>89</sup>, Rawls defende, através de vários argumentos, a necessidade de preservar a noção de soberania, embora de uma forma que comporta algumas atenuações.

Uma posição como a de Rawls exige um pensamento da soberania. Esta, como se disse, ganha em ser reflectida a partir das suas teorizações mais radicais (como a de Bodin e Hobbes, recapituladas por Fernando Gil), mesmo que depois, na análise dos casos concretos, elas tenham de ser consideravelmente atenuadas. A receita perfeita para a catástrofe, em contrapartida, reside no recalçamento – filosófico, político e mediático – do conceito de soberania, sob o pretexto de que ele seria puramente ideológico. Sem dúvida que ele é ideológico: ele apoia-se em crenças essencialmente reificadas, não-transparentes ao sujeito, como diria Fernando Gil. Nem se vê como o poderia não ser. Mas o ser ideológico não invalida a sua pertinência, tanto mais que ele estrutura o nosso modo de viver de uma maneira que corresponde a uma segunda natureza. As críticas ao Estado-soberano alicerçam-se num solo que não é o da nossa experiência comum, e o

---

<sup>87</sup> Morgenthau, 1975.

<sup>88</sup> Cf. Tunhas, 2011.

<sup>89</sup> Singer, 2002; Pogge, 1990; Beitz, 1999.

recalcamento desse conceito, seja pela via de um federalismo forte (e anti-kantiano), seja por um desejo utópico do melhor, deixa-nos face a um vazio dificilmente tolerável. A possibilidade de uma concepção puramente abstracta da sociedade radica numa ocultação do estrato passional que é próprio à política. A restrição do espaço da deliberação – da possibilidade de sermos princípios de futuro – é o resultado do atrofiamento do espaço da política, que é, por sua vez, o resultado directo da perda da soberania. Há uma solidariedade entre soberania e deliberação: a segunda só pode ser pensada no contexto da primeira. Esta é a sua *ratio essendi*; e a deliberação é a *ratio cognoscendi* da soberania, que, no fundo, é um outro nome da liberdade. A soberania dos Estados pode-se aferir a partir da capacidade deliberativa dos seus representantes em matérias relevantes para a ordem interna do Estado bem como para a relação do Estado com os outros Estados. Será preciso encontrar uma via que nos devolva, em moldes novos, a convicção, em parte real, em parte ilusória, da soberania, e assim aumentar o escopo da nossa capacidade deliberativa. Na Europa, isto provavelmente quer dizer: abandonar os realismos maciços que vêm na Europa uma substância indisputável, em benefício de uma posição mais minimalista, e tornar os laços que nos unem mais folgados, para melhor os manter.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anderson, Benedict (2006), *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (1983), Londres, Verso.
- Archibugi, Daniele (2010), “The Architecture of Cosmopolitan Democracy”, in Brown e Held, 2010, 312-333.
- Arendt, Hannah (1982), *Lecture’s on Kant’s Political Philosophy*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Aurélio, Diogo Pires (1998), *A Vontade de Sistema. Estudos sobre filosofia e política*, Lisboa, Edições Cosmos.
- \_\_\_\_\_ (2000), *Imaginação e Poder. Ensaio sobre a filosofia política de Espinosa*, Lisboa, Colibri.
- \_\_\_\_\_ (2009), *Representação Política. Textos clássicos*, Lisboa, Livros Horizonte.
- \_\_\_\_\_ (2012), *Maquiavel & Herdeiros*, Lisboa, Temas e

- Debates/Círculo de Leitores.
- \_\_\_\_\_ (2014), “A soberania como «localização do infinito na existência individual»” (inédito).
- Aurélio, Diogo Pires, De Angelis, Gabriele e Queiroz, Regina (2011), (eds.) *Sovereign Justice. Global Justice in a World of Nations*, Berlim, De Gruyter.
- Austin, John (2000 [1832]) *The Province of Jurisprudence Determined*, Amherst, Prometheus Books.
- Badiou Alain e Žižek, Slavoj (2010), (eds.) *L'idée du communisme*, Paris, Lignes.
- Baron, Marcia (2002 [1989]), “Patriotism and ‘Liberal’ Morality”, in Primoratz, 2002a, 59-86.
- Bartelson, Jens (1995), *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press.
- \_\_\_\_\_ (2009), *Visions of World Community*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Bartlett, Robert (1994), *The Making of Europe. Conquest, Colonization and Cultural Change 950-1350*, Harmondsworth, Penguin.
- Beitz, Charles R. (1999), *Political Theory and International Relations* (1979), Princeton, Princeton University Press.
- Bodin, Jean (1993), *Les Six Livres de la République* (1583 (1576)), edição abreviada, Paris, Le Livre de Poche.
- Boon, Vivienne (2007), « Jürgen Habermas’s writings on Europe: Not Habermasian enough?», *Ethical Perspectives*, 14(3), 2007, 287-310.
- Borges de Macedo, Jorge (1988), *Portugal-Europa. Para além da circunstância*, Lisboa, IN/CM.
- Bosanquet, Bernard (1965 [1899]), *The Philosophical Theory of the State*, Londres, Macmillan.
- Brown, Garrett Wallace e Held, David (2010), (eds.) *The Cosmopolitanism Reader*, Cambridge, Polity Press.
- Burckhardt, Jacob (1986 [1860]), *Die Kultur der Renaissance in Italien*, trad. francesa H. Schmitt, *La Civilisation de la Renaissance en Italie*, 3 vols., Paris, Le Livre de Poche.
- Burns, J. H. (1988), (ed.) *The Cambridge History of Medieval Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Canning, J. P. (1988) “Law, legislative authority and theories of government, 1150-1500”, in Burns, 1988, 424-453.
- Castoriadis, Cornelius (1975), *L'institution imaginaire de la société*, Paris,

Seuil.

- \_\_\_\_\_ (1999), *Sur Le Politique de Platon*, Seuil, Paris.
- Coleman, Jules L. e Leiter, Brian (2003) “Legal Positivism”, in Patterson, 2003, 240-260.
- D’Appollonia, Ariane Chabel (2002), “European Nationalism and European Union”, in Pagden, 2002, 171-190.
- Davidson, D. (1980), *Essays on Actions and Events*, Oxford, Oxford University Press.
- Derrida, Jacques (2007), “Le souverain bien – ou l’Europe en mal de souveraineté”, *Cités*, 30, 103-140.
- \_\_\_\_\_ (2010), “On Cosmopolitanism”, in Brown e Held, 2010, 413-422.
- D’Hondt, Jacques (1974), (ed.) *Hegel et la pensée grecque*, Paris, Presses Universitaires de France.
- Dietz, Mary G. (2002), “Patriotism: A Brief History of the Term” (1989), in Primoratz, 2002a, 201-216.
- Eley, Geoff e Suny, Ronald Grigor (1996), (eds.) *Becoming National. A Reader*, Oxford, Oxford University Press.
- Elshtain, Jean Bethke (2008), *Sovereignty. God, State and Self*, Nova Iorque, Basic Books.
- Fichte, J. G. (2009 [1808]), *Reden an die deutsche Nation*, trad. portuguesa Alexandre Franco de Sá *Discursos à nação alemã*, Lisboa, Temas e Debates / Círculo dos Leitores.
- Gellner, Ernest (1993 [1983]) *Nations and Nationalism*, trad. portuguesa Inês Vaz Pinto *Nações e nacionalismo*, Lisboa, Gradiva.
- Gil, Fernando (2003 [2000]) *La conviction*, trad. portuguesa Adelino Cardoso e Marta Lança, *A convicção*, Porto, Campo das Letras.
- Gil, Fernando e Tunhas, Paulo (2003), *Impasses*, seguido de *Coisas vistas, coisas ouvidas*, por Danièle Cohn, Mem Martins, Europa-América.
- Goldie, Mark (1987), “The civil religion of James Harrington”, in Pagden, 1987, 197-222.
- Graça Moura, Vasco (2013), *A Identidade Cultural Europeia*, Lisboa Fundação Francisco Manuel dos Santos.
- Habermas, Jürgen (1992), “Citizenship and National Identity: Some Reflections on the Future of Europe”, *Praxis International*, 12(1), 1992, 1-19.
- (2001) “Why Europe Needs a Constitution”, *New Left Review*, 11, Setembro/Outubro 2001, 5-26.

- Hart, H. L. A. (1994 [1961]) *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1986 [1821]), *Grundlinien des Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Statswissenschaft im Grundrisse*, Francforte, Suhrkamp.
- Held, David (1996), “The Decline of the Nation State”, in Eley e Suny, 1996, 407-416.
- Hinsley, F. H. (1966), *Sovereignty*, Londres, C. A. Watts.
- Hobbes, Thomas (1981), *Leviathan* (1651), Harmondsworth, Penguin.
- Ingram, Attracta (2002 [1996]), “Constitutional Patriotism”, in Primoratz, 2002a, 217-232.
- Jackson, Robert (2007), *Sovereignty. Evolution of an Idea*, Cambridge, Polity Press.
- Jaggar, Alison. M. (2010), (ed.) *Thomas Pogge and His Critics*, Cambridge, Polity Press.
- Jordan, David P. (1979), *The King’s Trial. Louis XVI vs. the French Revolution*, Berkeley, University of California Press.
- Judt, Tony (2012), *A Grand Illusion? An Essay on Europe* (2006), trad. portuguesa Pedro Bernardo, *Uma grande ilusão? Um ensaio sobre a Europa*, Lisboa, Edições 70.
- Kant, Immanuel (1991), *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik*, 2 vols., Francforte, Suhrkamp.
- Kantorowicz, Ernst H. (1957), *The King’s Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, Princeton, Princeton University Press.
- \_\_\_\_\_ (1984), “*Pro Patria Mori* in Medieval Political Thought” (1951), trad. francesa Laurent Mayali “Mourir pour la patrie (*Pro Patria Mori*) dans la pensée politique médiévale”, *Mourir pour la patrie et autres texts*, Paris, Presses Universitaires de France.
- Kelsen, Hans (2005), *General Theory of Law and State* (1949), New Brunswick, Transaction Publishers.
- Laborde, Cécile (2002), “From Constitutional to Civic Patriotism”, *British Journal of Political Science*, 32, 591-612.
- Leibniz (1972), *The Political Writings of Leibniz*, ed. e trad. Patrick Riley, Cambridge, Cambridge University Press.
- Luhmann, Niklas (2006 [1968]), *Vertrauen*, trad. francesa Stéphane Bouchard *La confiance*, Paris, Economica.
- MacIntyre, Alaisdar (2002 [1984]), “Is Patriotism a Virtue?”, in Primoratz, 2002a, 43-58.



- Marsh, David (1993 [1992]), *The Bundesbank: The Bank that Rules Europe*, Londres, Mandarin.
- (2011 [2009]), *The Euro. The Battle for the New Global Currency*, New Haven, Yale University Press.
- (2013), *Europe's Deadlock*, New Haven, Yale University Press.
- Moore, Charles (2011), “Europe’s problem is that no one knows who’s in charge”, *The Daily Telegraph*, 23/9/2011.
- Morgado, Miguel (2010), *Autoridade*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos.
- Morgenthau, Hans (1973 [1948]), *Politics Among Nations*, Nova Iorque, Knopf.
- Mulier, Eco Haistma (1978), “The language of seventeenth-century republicanism in the United Provinces: Dutch or European?”, in Pagden, 1987, 179-195.
- Müller, Jan-Werner (2007), *Constitutional Patriotism*, Princeton, Princeton University Press.
- Nathanson, Stephen (2002 [1989]), “In Defense of “Moderate Patriotism”, in Primoratz, 2002a, 87-105.
- Neurath, Otto, *et alii* (1985 [1929]) “Wissenschaftliche Weltauffassung: Der Wiener Kreis”, trad. francesa Antonia Soulez *et alii*, «La conception scientifique du monde. Le cercle de Vienne», in A. Soulez (org.) *Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, 105-151.
- Oldenquist, Andrew (2002[1982]), “Loyalties”, in Primoratz, 2002a, 25-42.
- Pagden, Anthony (1987), (ed.) *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (2002), (ed.) *The Idea of Europe. From Antiquity to the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Patterson, Denis (2003), (ed.) *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (1996), Oxford, Blackwell.
- Pennington, K. (1988), “Law, sovereignty and corporation theory, 1300-1450”, in Burns, 1988, 454-476.
- Pogge, Thomas (1990), *Realizing Rawls*, Ithaca, Nova Iorque, Cornell University Press.
- (2010) “Cosmopolitanism and Sovereignty”, in Brown e Held, 2010, 114-135.
- Primoratz, Igor (2002a) (org.) *Patriotism*, Amherst, Humanity Books.

- \_\_\_\_\_ (2002b), “Introduction”, in Primoratz, 2002a, 9-23.
- Rawls, John (2002), *The Law of Peoples* (1999), Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Reid, Thomas (1985), *Inquiry and Essays*, eds. R. E. Beaublossom e K. Lehrer, Indianapolis, Hackett.
- Renan, Ernest (1996 [1882]), *Qu'est-ce qu'une nation?*, trad. inglesa Martin Thom “What is a Nation?”, in Eley e Suny, 1996, 42-55.
- Russell, Bertrand (2010), *Power* (1938), Londres, Routledge.
- Schmitt, Carl (2005 [1922]), *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveranität*, trad. inglesa George Schwab, *Political Theology. Five Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Scruton, Roger (2007 [1982]), *The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought*, Basingstoke, Palgrave Macmillan.
- Searle, John R. (2010), *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press.
- Singer, Peter (2002), *One World. The Ethics of Globalization*, Yale, Yale University Press.
- Skinner, Quentin (1987), “Sir Thomas More’s *Utopia* and the language of Renaissance humanism”, in Pagden, 1987, 123-157.
- Tuchman, Barbara W. (1984), *The March of Folly. From Troy to Vietnam*, Londres, Michael Joseph.
- Steiner, George (2005), *The Idea of Europe* (2004), trad. portuguesa Maria de Fátima St. Aubyn, *A Ideia de Europa*, Lisboa, Gradiva.
- Tunhas, Paulo (1992), “Acontecimento e dissimulação na filosofia da história de Kant”, *Análise*, 16, 35-55.
- \_\_\_\_\_ (2009), “Kant, a Paz e o Resto”, *Diacrítica*, 23(2), 287-298.
- \_\_\_\_\_ (2010), “Kant e a política. Continuidade e dinâmica”, in Leonel Ribeiro dos Santos (ed.), *Actas do II Colóquio Ítalo-Luso-Brasileiro, Was ist der Mensch? Antropologia, Estética e Teleologia em Kant*, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, 763-766.
- \_\_\_\_\_ (2011), “Rawls *via media*: Between Realism and Utopianism”, in Aurélio, De Angelis e Queiroz (eds.), 197-206. (Agora em Tunhas, 2012, Cap. XII.)
- \_\_\_\_\_ (2012), *O pensamento e os seus objectos. Maneiras de pensar e sistemas filosóficos*, Porto, MLAG Discussion Papers,

Instituto de Filosofia, Edições da Universidade do Porto.

- \_\_\_\_\_ (2014), “O sujeito no conhecimento. Sobre Fernando Gil”, *Phainomenon*, 22/25, 2011, 275-301.
- Viroli, Maurizio (1987), “The concept of *ordre* and the language of classical republicanism in Jean-Jacques Rousseau”, in Pagden, 1987, 159-178.
- Wagner-Pacifici, Robin (2005), *The Art of Surrender: Decomposing Sovereignty at Conflict's End*, Chicago, Chicago University Press.
- Wedgwood, C. V. (1964), *The Trial of Charles I*, Londres, Collins.

## A linguagem dos direitos subjectivos no contexto da soberania

André Santos Campos  
Instituto de Filosofia da Nova  
Universidade Nova de Lisboa

### **1. Plasticidade conceptual na linguagem dos direitos subjectivos**

O mundo do direito engloba pilares fundamentais definitórios que extravasam o mero plano dos enunciados deonticos objectivos, quer olhando para o que está do outro lado correlativo da mera norma, quer olhando para o que antecede o próprio nascimento da norma. Um desses pilares fundamentais consiste no tratamento dos direitos subjectivos.

Contudo, não é de todo fácil perceber o momento em que a linguagem dos direitos surge na História do pensamento ocidental. De facto, na jushistoriografia dos direitos há controversiva quanto ao momento de origem dos direitos subjectivos precisamente porque por vezes os jushistoriadores em discussão não entendem por direito (subjectivo) a mesma realidade. Uma simples tipologia dos direitos é insuficiente para determinar a natureza específica de um direito subjectivo, em especial enquanto conceito distinto de qualquer outra categoria inserível numa noção ampla de “direito”. É provável até que a concepção de direito subjectivo seja impossível de se reduzir a qualquer univocidade capaz de ultrapassar barreiras históricas. Precisamente por haver tal risco, é necessário estabelecer desde logo algumas perspectivas conceptuais distintas acerca da natureza do direito subjectivo.

Por um lado, é comum a distinção entre “direitos activos” e

“direitos passivos”<sup>1</sup>, que surge com maior impacto nas discussões a propósito da origem da linguagem dos direitos. Neste sentido, os direitos activos traduzem um âmbito de possibilidades exercíveis em acto dentro do qual impera a possibilidade de escolha de um controlo legítimo sobre algo ou alguém; os direitos passivos, por seu turno, traduzem quer uma capacidade de reivindicação da satisfação de um direito perante o detentor de uma obrigação, quer a capacidade de reivindicação perante uma autoridade do reconhecimento da legitimidade de um controlo exercível sobre algo ou alguém. É deambulando sobretudo nesta distinção que a discussão sobre a origem da linguagem dos direitos se bifurca: alguns autores<sup>2</sup> colocam a ênfase na perspectiva activa de um direito; outros autores, como Feinberg e Kriechbaum<sup>3</sup>, atribuem exclusividade ao sentido passivo de um direito, sustentando que um direito é sempre e só uma “reivindicação válida” (*valid claim*) e rejeitando a ideia de haver um conceito de direito relativo a um sujeito que seja anterior às formulações da pandectística alemã do século XIX, salvo enquanto capacidade de reivindicação de algo, e nunca enquanto controlo ou poder em exercício sobre algo.

Em rigor, porém, sempre que um direito subjectivo é definido como um género de “soberania” pessoal e uma “esfera neutral de escolha pessoal”<sup>4</sup>, com ênfase colocado na vertente activa, está aí inerente também uma capacidade de impor a outrem o reconhecimento do próprio espaço decisório pessoal que constitui um direito – um poder deôntico –, pelo que um direito subjectivo como é concebido comumente envolve em simultâneo um sentido activo e um sentido negativo.

Esta é precisamente a conclusão a chegar se for atentada a já clássica tipologia dos direitos elaborada pelo sistema analítico de Wesley Hohfeld. Para este jurista norte-americano, um direito é um composto quasi-simbiótico de quatro incidentes distintos.<sup>5</sup> Num domínio primário, os direitos são “privilégios” (*privileges*) ou “reivindicações” (*claims*). Um privilégio traduz a capacidade de exercer uma

---

<sup>1</sup> V. Lyons, 1970.

<sup>2</sup> Villey, 1964; Tuck, 1979; Cranston, 1962.

<sup>3</sup> Feinberg, 1966; Kriechbaum, 1996.

<sup>4</sup> Cf. Hart, 1955; Habermas, 1986.

<sup>5</sup> Hohfeld, 1919.

acção legítima e lícita conquanto não haja um dever de não exercer essa acção: *A* tem um privilégio a *X* se não tiver um dever de não-*X*. Uma reivindicação, por seu turno, traduz a capacidade de impor o exercício de um dever por parte de outrem, pelo que uma reivindicação é sempre um direito correlativo a um dever: *A* tem uma reivindicação quando pode exigir perante *B* o cumprimento (ou o reconhecimento) de *X*, conquanto *B* tenha um dever de *X*. Num domínio secundário, os direitos para Hohfeld são “poderes” (*powers*) e “imunidades” (*immunities*), e actuam directamente sobre os direitos do domínio primário. Um poder traduz a capacidade de alterar na esfera jurídica própria ou alheia os incidentes primários (privilégios e reivindicações) e os deveres de submissão: *A* tem um poder se puder alterar legítima e licitamente a esfera jurídica de *B*, impondo por exemplo novos deveres a *B* que não existiam antes do poder exercido por *A*. Uma imunidade, por seu turno, traduz a capacidade de não estar sujeito a um poder de outrem, ou seja, indica a imutabilidade da esfera jurídica própria perante quaisquer acções de outrem: *A* tem uma imunidade quando *B* não tem qualquer capacidade para alterar legítima e licitamente a esfera jurídica de *A*. O importante a fixar nesta compreensão dos quatro incidentes fundamentais de Hohfeld é que um direito juridicamente válido e completo é uma operação em rede de todos os quatro incidentes, pelo que não fará sentido atribuir maior importância a uma perspectiva activa ou passiva de um direito. Para Hohfeld, um direito de propriedade de *A* sobre *X*, por exemplo, acarreta o “privilégio” de usar e fruir de *X*, a “reivindicação” perante outros de se absterem de usar e fruir de *X*, o “poder” de alterar, transferir ou anular o seu privilégio e a sua reivindicação (por exemplo, através do empréstimo de *X*), e a “imunidade” perante outros de não serem alterados os seus privilégio, reivindicação e poder, excepto pela execução de um acto ilícito. Um direito subjectivo é portanto uma estrutura complexa de relações, que acarreta a adopção simultânea de uma perspectiva activa e de uma perspectiva passiva.

A tradicional distinção entre “direitos positivos” e “direitos negativos” expande esta vertente relacional do direito subjectivo, uma vez que o contextualiza sempre numa correlação com um elemento normativo de direito. Esta dicotomia entre positividade e negatividade de um direito ressalta sobretudo da distinção, elaborada por Isaiah Berlin no contexto da Filosofia Política, entre liberdade

positiva e liberdade negativa, designando a primeira a detenção dos meios necessários para se ser autônomo e “senhor de si mesmo” (*one's own master*) e a segunda o gozo da ausência de interferências externas nas ações humanas.<sup>6</sup> Esta distinção, traduzida numa linguagem de direitos, acarreta que o detentor de um direito positivo reivindique a provisão de meios necessários para a obtenção do seu fim endogenamente almejado, enquanto o detentor de um direito negativo reivindique a não interferência de outrem na sua pretensão: o correlativo do direito subjectivo será então uma exigência jurídica da feitura de alguma coisa ou da abstenção de alguma coisa, respectivamente.

Esta concepção de um direito subjectivo como correlativo de um elemento objectivo de normatividade jurídica encontra-se hoje bastante difundida, quer o correlativo se apresente como um dever jurídico, quer se apresente como um princípio de direito. A sua aceitação implica sempre a consideração da natureza relativa de um direito subjectivo, o que, mesmo dentro do conjunto das teses defensoras da correlatividade dos direitos, acarreta diferentes interpretações do próprio conteúdo da correlação. As teses que enquadram um entendimento dos direitos subjectivos em termos de correlatividade tendem a não apresentar um tratamento unívoco do conteúdo desta correlação. Ora apresentam-na como (1)  $X \rightarrow Y \vee Y \rightarrow X$ , ou como (2)  $X \rightarrow Y \vee Y \rightarrow X$ . A distinção é importante pois, no primeiro caso, permite que a correlatividade seja apenas um nome dado à busca de um conceito anterior e prioritário que sirva de causa e razão de ser ao de direito subjectivo – tipicamente, embora não exclusivamente, colocando o acento na prioridade conceptual de um dever jurídico: a correlatividade dos direitos torna-se então um campo de discussão sobre que instituto jurídico tem prioridade conceptual e cronológica sobre o direito subjectivo. No segundo caso, permite que a correlatividade seja entendida como relação de inerência simultânea de propriedades a uma essência, em que um conceito não pode ser pensado sem a simultânea inerência do outro, sem que haja quaisquer prioridades conceptuais ou lógicas. Em ambos os casos, os direitos nunca são tidos por absolutos, isto é, como anteriores a qualquer instrumento jurídico e independentes de um fundamento conceptual alternativo de direito. Eles são sempre já poderes deonticos oponíveis a outrem, e por conseguinte já “direitos

---

<sup>6</sup> Berlin, 1998.

passivos” por natureza.

Isto significa que a discussão doutrinária acerca da natureza do suporte fundacional do direito subjectivo, ora colocado como uma protecção da vontade individual, ora como uma protecção do interesse individual<sup>7</sup>, não é uma distinção entre direitos absolutos e direitos relativos, uma vez que mesmo o espaço neutro onde o titular do direito manifesta legitimamente a sua vontade é já um espaço deóntico num contexto inter-humano. A sua oponibilidade significa a confluência das teses da correlatividade dos direitos quer com as “teorias da escolha”, quer com as “teorias do interesse”. Neste sentido, a distinção entre direitos activos e direitos passivos não parece ser tanto uma de oposição, mas de possível cumulação.

## **2. Os direitos subjectivos como direito público: elemento de cidadania ou de soberania?**

Independentemente do suporte ontológico que se lhes atribua – quer sejam tidos por naturais ou ficções jurídicas, poderes absolutos ou deónticos perante outrem, qualificativos de facto ou valores, mais ou menos pertencentes à política, ao direito (privado ou público), à ética, à antropologia, ou à metafísica –, a linguagem dos direitos conquistou uma predominância de tal maneira hegemónica nos discursos da ordem da *praxis* destas várias disciplinas a partir do pós-Segunda Guerra Mundial que muitos consideram-nos hoje já um “facto do mundo”<sup>8</sup>. Esta invasão da linguagem dos direitos no próprio âmbito do senso comum não pressupõe necessariamente um consenso em torno da sua natureza nem sequer dos seus pilares justificativos (morais, jurídicos, políticos, etc.). A sua proliferação como algo cuja observação histórica parece estar indissociada de uma ideia de progresso e de melhoria das condições de vida dos povos e dos indivíduos

---

<sup>7</sup> A distinção entre “teorias da vontade” e “teorias do interesse” adquire maior relevo em Hart, 1982, no qual o autor opõe a sua ênfase no carácter de escolha dos direitos subjectivos à ênfase benthamiana no carácter do interesse pessoal. Esta dicotomia, porém, reflecte já algumas diferentes perspectivas da doutrina jurídica alemã do século XIX, nomeadamente Windscheid, que entende o direito subjectivo como “poder de vontade” ao seguir na esteira das formulações kantianas, e Ihering, que entende o direito subjectivo como “interesse juridicamente protegido”.

<sup>8</sup> Rorty, 1993, 134.



que beneficiam do seu gozo exercível como que tendeu a imunizá-los perante a eventualidade da apresentação de alternativas à sua mera concepção. Conquistaram como que uma neutralidade crítica ou um estatuto de dogma que permite legitimar o desvio da discussão sobre os direitos desde o domínio do que são e de qual a sua natureza para o domínio de como se deve universalizar e assegurar o seu efectivo exercício e cumprimento<sup>9</sup>. Mesmo as críticas mais recentes à manipulação da linguagem dos direitos assentam não tanto na discussão do que constitui o seu núcleo substancial, mas ao invés no uso indiscriminado da área e dos fins almejados na sua invocação. Daí a acusação frequente de que o alargamento da tipologia dos direitos a novas gerações sucessivas de direitos constitui um *superavit* da linguagem dos direitos que desvaloriza os mais fundamentais (os de primeira geração), supostamente suportes não só para os restantes direitos mas também para todo o mundo sócio-político<sup>10</sup>.

Um dos motivos aparentes de uma tal dogmatização dos direitos subjectivos assenta precisamente na transição operada em inícios do século XVII desde a área específica do direito privado até à sua dimensão em sede de direito público (quanto à sua legitimação e exercício). Os direitos ficaram apegados desde então não necessariamente à condição de ser humano, não obstante parecer ser essa a justificação da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) de 1948, cuja universalidade pretende referir-se à espécie humana segundo qualificativos biológicos presumidos e a uma atemporalidade histórica, pelo que tal universalidade apresenta uma justificação moral sobretudo jusnaturalista que é insuficiente para explicar a imunização da concepção dos direitos à crítica; ao invés, ficaram apegados à condição de se ser parte integrante de uma comunidade política, isto é, adquiriram uma dimensão central no próprio mundo da actividade política enquanto designação jurídica (pública) de quem preenche um estatuto de participante (mesmo que indirecto, enquanto destinatário de mando institucional) numa organização sócio-política. Por outras

---

<sup>9</sup> Bobbio, 1990. V. também as afirmações de Jacques Maritain, membro do “comité UNESCO para as bases teóricas dos direitos humanos”, a propósito do sentido de orientação dos trabalhos do comité: «we agree about the rights but on condition that no one asks us why» (Maritain, 1949, 9-10).

<sup>10</sup> Glendon, 1991.

palavras, os direitos pareceram associar-se de maneira relevante não à qualidade daqueles que são súbditos passivos de um poder político cuja legitimidade se encontra numa fonte alternativa, mas daqueles que são parte activa no próprio decurso do mando político, quer participando directamente nos processos decisórios, quer sendo eles mesmos a fonte directa da legitimidade do poder político, quer reivindicando directivas e deveres ao próprio poder político – é esse o estatuto conferido aos direitos no âmbito da cidadania.<sup>11</sup>

É este indício da interpretação dos direitos como relevantes na esfera pública para operarem como pressupostos e não como consequências da boa cidadania que porventura conduz à sua disseminação quer em pleno século XVII, quer mais recentemente no pós-Segunda Guerra Mundial. A ideia de que o paradigma dos direitos consegue promover princípios éticos ou ficções reguladoras de protecção dos indivíduos no âmbito do alcance da participação dos mesmos na esfera pública enquanto cidadãos imuniza-os perante qualquer discussão acerca da sua natureza, pelo que são tidos como instrumentos da evolução histórica superando injustiças experienciadas no passado, de valia social equiparável por vezes ao desenvolvimento dos recursos tecnológicos na medicina, nas comunicações ou nos transportes<sup>12</sup>. Este surgimento da linguagem dos direitos nas várias esferas da vida pública representaria assim aquilo a que Norberto Bobbio chamou de “era dos direitos”, a partir das guerras de religião do século XVII, que teriam levado a uma inversão da relação entre poder político e cidadão. Esta inversão consistia na passagem da prioridade dos deveres dos súbditos à prioridade dos direitos dos cidadãos, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do detentor do poder político, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista contraposta à concepção organicista tradicional.<sup>13</sup> A plasticidade conceptual dos direitos conduzia assim a promoção da salvação individual comum

---

<sup>11</sup> São indicadores deste apego dos direitos à cidadania o facto de a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão se referir à dupla condição do sujeito enquanto “homem” e “cidadão”, assim como o facto de a DUDH de 1948 pressupor a pertença do homem a uma comunidade política na maior parte dos direitos que elenca.

<sup>12</sup> Nino, 1989, 1.

<sup>13</sup> Bobbio, 1990, 49-66.

aos discursos religiosos a uma esfera estritamente secular e civil, e fazia-o com recurso a um instrumento originariamente jurídico com o intuito de o alimentar com as características mais fortes do direito, como a obrigatoriedade da rectidão, a certeza e previsibilidade, e eventualmente a ameaça da força.

Contudo, parece haver uma disparidade entre esta associação dos direitos subjectivos à cidadania e a maneira como a plasticidade conceptual da linguagem dos direitos efectivamente ocorre nos textos filosófico-políticos desta “era dos direitos”. É que à medida que o recentramento no sujeito cognoscente, típico do século XVII, torna em aporia qualquer transcendência cosmológica ou teológica dos fundamentos do poder político, passa a ser necessário um conceito que legitime esse poder a partir da sua formação individualista. A disseminação do método resolutivo-compositivo no âmbito das ciências naturais revela-se também determinante no âmbito jurídico-político: o poder político não mais pode ser justificado como dado de antemão na Natureza, mas tem de ser compreendido a partir dos meios da sua composição, isto é, dos elementos que o compõem e que dele são partes. Enquanto a mera dedução e a natureza do universal perdem estatuto metodológico nas ciências, dando lugar a um método científico sobretudo indutivo, assim também o político passa a ser pensado a partir da experiência do particular que compõe um todo em feita. É precisamente neste remontar do poder político a origens e a começos cujo conteúdo é resumido em relações entre particulares, isto é, no remontar do público a relações iniciais entre privados, que se legitima o recurso a instrumentos típicos do direito privado para explicar a própria formação e natureza do direito público. Daí o recurso ao contrato como instrumento de formação do político e aos direitos como centros de efectivação da normatividade.

A linguagem dos direitos subjectivos no âmbito público surge em simultâneo com duas novas experiências conceptuais, em pleno século XVII – simultaneidade esta que não é mera coincidência, mas ao invés implica alguma necessidade recíproca. Desde logo, o surgimento do moderno Estado-nação, sobretudo a partir dos tratados de Westphalia de 1648; e, nos discursos filosófico-políticos, o surgimento do conceito representativo de um poder político não arbitrário, mas enformado pela própria estrutura do Estado-nação, e aí legitimado para as acções que são de sua competência – o conceito de soberania.

A soberania resume um poder absoluto do Estado, mas este poder absoluto não pode ser confundido com a arbitrariedade do mando. É verdade que nas teorias da soberania, desde a formulação inicial de Jean Bodin, o soberano não está vinculado a lei alguma, possui a capacidade de sancionar qualquer súbdito (até ao ponto de ter poder de vida ou de morte sobre os mesmos), é indivisível e limitado apenas por si próprio. Mas ele só é o que é e pode o que pode porque é formado a partir da própria necessidade daqueles que criam a sua própria submissão. A condição humana antes e fora do Estado é sempre avaliada como necessitante da criação de um momento absoluto que supere ou amenize a incerteza dos contingentes através de uma imagem comum de necessidade. O que há de absoluto no Estado só o é porque legitimado pelos que nele participam – ora como constituintes individuais, ora como súbditos do seu mando.

A plasticidade do conceito de direito subjectivo advém mais da necessidade de buscar um fundamento de legitimidade para a sociedade política que não seja teológico nem comunitarista, do que propriamente para a protecção ou salvação dos indivíduos no âmbito das suas relações civis e políticas. É o surgimento do conceito moderno de soberania associado a um Estado-nação que carece desse fortalecimento conceptual do direito subjectivo no âmbito político. É evidente que tal se reflecte numa melhoria das condições de exercício da cidadania. Mas se de facto houvesse uma associação conceptual intensa entre direitos e cidadania na origem desta “era dos direitos”, decerto seria mais frequente a preferência pela democracia por parte dos usuários primários da linguagem dos direitos no plano filosófico-político. Se, como diz Bobbio, a “era dos direitos” altera o ângulo de primazia das relações entre indivíduo e Estado em favor do primeiro, o próprio poder político teria de ser concebido não só como modelo de protecção do cidadão mas também como espaço de efectivação dos direitos dos e pelos cidadãos. Por outro lado, se a soberania e o Estado-nação estão associados desde a sua origem conceptual à linguagem dos direitos, o mesmo já não ocorre com a noção de cidadania. Basta atentar na experiência pública da cidadania romana clássica, a qual nunca careceu de uma qualquer percepção de direitos subjectivos para se entender como estatuto de participação numa estrutura de poder político.

Num certo sentido, é esta associação íntima e sempre implícita

ta entre direitos e soberania que penetra pelo século XIX adentro e ajuda a explicar a profunda crise por que a ideia de Estado acaba por passar, quer sob uma crítica à sua existência última (na versão marxista), quer sob uma redução a um seu minimalismo (na versão liberal). Talvez por isso mesmo é que as doutrinas que colocam em causa a razoabilidade do instrumento jurídico dos direitos subjectivos no âmbito do direito público sejam as mesmas que perigam a permanência do Estado soberano (como no marxismo), e que ao invés as doutrinas que propõem uma ideia de Estado acima de qualquer outra realização humana (como em Hegel) fazem-no para explicar a soberania em termos que superam a protecção dos direitos individuais. Ademais, a ideia de limitação do Estado por instrumentos que operam também (e porventura primariamente) como justificação desse mesmo Estado fica cada vez mais acentuada pelo processo que decorre a partir de finais do século XVIII na Europa e na América do Norte de constitucionalização do direitos subjectivos, que são agora tratados como direitos fundamentais. Adquirem então os direitos subjectivos uma nova dimensão jurídica que assume todo o seu potencial de penetração em várias áreas e com um carácter abrangente de fundamentação.

### **3. A plasticidade dos direitos enquanto fundamentais**

Apesar de tudo, parece haver uma ligação entre os direitos subjectivos concebidos como instrumentos de legitimação da soberania estadual e o problema da natureza dos direitos pensado dentro de um jogo de prioridades conceptuais entre o subjectivo deontico e a normatividade objectiva. Na tradição jusnaturalista setecentista, os direitos são postos como qualidades inerentes à condição natural de homem, numa concepção hipotética que o coloca antes da sua condição social de cidadão, pelo que em geral têm prioridade lógica e cronológica sobre os deveres jurídicos (aqui entendidos como deveres jurídicos positivados). Esta fonte jusnaturalista dos direitos relevantes para o domínio público faz com que estejam desde o início apegados a um paradigma do direito estritamente deontológico, isto é, os direitos constituem a base para a criação do justo a ser expressado em função de leis deonticas determináveis pela razão. É esta a ideia subjacente à maior parte dos teóricos dos direitos subjectivos durante a Modernidade e às declarações de direitos do homem que começam a

proliferar a partir de finais do século XVIII.

Contudo, a transição dos finais do século XVIII para os inícios do século XIX vê surgir algumas alterações relevantes a esta predominância dos direitos naturais enquanto elementos prioritários perante o direito positivo (sobretudo legalista), em reacção notória às experiências conceptuais reveladas pelo direito nas experiências das revoluções americana e francesa. A primeira destas alterações é revelada pelo conservadorismo britânico estimulado em reacção à Revolução Francesa, mormente pelos trabalhos de Edmund Burke. A segunda reside no materialismo dialéctico de Marx. E a terceira pode ser encontrada no juspositivismo de Bentham. O que estas três alterações têm em comum resume-se afinal no redimensionar da relação entre os direitos subjectivos e a soberania. No caso da crítica marxista, as razões que justificam o derrube da ideia de direitos para a construção de uma sociedade em que a liberdade se efective pela ligação material ao outro, e não por uma ruptura ontológica que os aparte definitivamente, são as mesmas razões que justificam o derrube da ideia de Estado uma vez assegurado o controlo das superestruturas pela classe do proletariado. Da mesma maneira que os direitos cristalizam as posições das diferentes classes em relações de produção desequilibradas, assim também o Estado corporiza um mecanismo de submissão empedernido numa estrutura de autoridade que impede a comunhão final entre os cidadãos. Logo, a extinção da ideia dos direitos subjectivos conecta-se na sua raiz com a necessidade de extinção do Estado, uma vez esgotado todo o seu potencial de inversão das relações de produção através da ditadura do proletariado. A crítica aos direitos não é senão um elemento da crítica à soberania.

Por outro lado, Burke e Bentham têm em comum a predominância atribuída ao momento da convicção de obrigatoriedade brotando dos enunciados performativos dos soberanos. No caso de Burke, os direitos valem enquanto são ditados por um soberano cuja legitimidade esteja fundada na sua inscrição na história de um povo – na tradição de uma comunidade política, portanto. No caso de Bentham, os direitos valem enquanto correlativos subjectivos das prescrições deonticas emergindo do exercício de uma soberania cuja legitimidade esteja fundada na prossecução de uma força ao serviço de um princípio de utilidade. Os direitos não são então princípios imputáveis à experiência de sujeitos que limitem *a priori* a soberania, e que justifiquem o surgimento desta

mesma soberania para sua protecção e garantia. São, ao invés, quando muito, institutos jurídicos criados por um soberano para orientar a sua própria acção perante a comunidade, e para reforçar o seu poder e a sua autoridade no seio dessa mesma comunidade.

Estas diferentes perspectivas da relação entre direitos e soberania acabam por espelhar a seu jeito a diferença de conteúdos entre experiências da relação dos direitos com a soberania na transição dos séculos XVIII para XIX – mais especificamente, a diferença entre experiências distintas de assimilação da linguagem dos direitos na limitação da acção dos governos, o que equivale a afirmar entre experiências constitucionais de direitos fundamentais. Neste sentido, a experiência constitucional norte-americana apresenta variações notórias em comparação com as experiências constitucionais europeias do século XIX, em especial a alemã.

A experiência constitucional norte-americana parece ser profundamente influenciada pelas doutrinas que concebem os direitos como inerências dos sujeitos, anteriores à comunidade política, os quais permanecem efémeros sem a criação de um poder de mando efectivo e incontestável que os proteja. O Estado é criado com vista à protecção desses mesmos direitos. Porém, enquanto é um poder superior ao das partes (individuais ou colectivas) que o compõem, é também capaz de violar materialmente esses mesmos direitos, pelo que esses núcleos subjectivos de direito são formuláveis também como limites à acção dos governos. Por outras palavras, o Estado não pode ser senão limitado para protecção dos direitos, e ele só existe enquanto limitado precisamente para protecção desses direitos. A inspiração é sem dúvida lockeana, e está bem patente nos enunciados da Declaração de Direitos do Estado da Virgínia de 1776, onde se diz expressamente serem os direitos “the basis and foundation of government”<sup>14</sup>.

É evidente que a limitação do poder político como critério para a sua legitimação, quer moral quer social (em virtude da sua aceitação reforçada por parte daqueles que constituem a base dessa legitimação), havia já sido enunciada em experiências históricas anteriores, nomeadamente a inglesa, que por meio da *Magna Carta Libertatem* e da *Bill of Rights* de 1689 havia já traçado limites de actuação dos poderes públicos para além dos quais estes não poderiam ir, tendo

---

<sup>14</sup> V. The Virginia Declaration of Rights – 12th of June, 1776.

assim deveres objectivos de não intervenção em certas áreas. Porém, esses limites característicos da *rule of law* inglesa não têm uma base necessariamente individualista de protecção e legitimação do poder político. Eles são primariamente momentos normativos auto-impostos pelos poderes públicos perante os indivíduos ou as classes seus componentes, e não deveres apenas criados em função de direitos que lhes preexistem e que se lhes impõem. A ideia da limitação dos poderes públicos em virtude tão-só da efectivação da linguagem dos direitos é algo que surge apenas com a experiência constitucional norte-americana e em alguns momentos da francesa. A Constituição dos Estados Unidos da América é elaborada com o intuito de estruturar o Estado mais forte. Contudo, tal força não se mede em termos absolutos, mas só na medida teleológica da própria existência do Estado, isto é, a Constituição tem como intuito estruturar o Estado cuja capacidade de protecção e salvaguarda dos direitos subjectivos que o fundam e legitimam seja a mais forte possível.<sup>15</sup>

Por um lado, isto ajuda a explicar por que razão chega a haver uma desconfiança em relação ao conceito de soberania enquanto conteúdo da Constituição norte-americana<sup>16</sup>, uma vez que a soberania chega a ser entendida nesta tradição jusnaturalista e liberal como força absoluta de poder fazer tudo aquilo que esteja materialmente ao alcance de um poder estadual, muito embora desde o início a ideia de soberania não esteja necessariamente apegada à de absolutismo. Por outro lado, ajuda também a explicar por que razão o texto original da

---

<sup>15</sup> Esta ideia dos direitos como justificação do constitucionalismo, já encontrada de maneira implícita na Declaração de Direitos da Virgínia, encontra-se explícita numa declaração dos habitantes de Concord, M.A., de 21 de Outubro de 1776, a caminho da Convenção: «First because we conceive that a constitution in its proper idea intends a system of principles established to secure the subject in the possession and enjoyment of their rights and privileges, against any encroachments of the governing part.» (reproduzida em Racove, 1998, 74).

<sup>16</sup> São já célebres as palavras do *chief justice* James Wilson de que «to this Constitution of the United States the term “sovereignty” is totally unknown» (em *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S., p. 419, 1792, cit. em Antleau, 2001, 18). A tese de Wilson é a de que os Estados não são soberanos perante os cidadãos porque é o povo que se mantém soberano, e não o poder constituído (daí a Constituição começar por “We, the People”, e não por “We, the States”) – a noção de soberania aqui em jogo é a sinónima de poder absoluto legitimamente ilimitado sobre os cidadãos.



Constituição não contém um catálogo de direitos dos cidadãos a proteger.<sup>17</sup> É que se são os direitos que vinculam e determinam o conteúdo da Constituição, sendo-lhe superiores em força deôntica, eles têm de ser elencados apenas fora do texto constitucional, em declarações que se lhe imponham ou em emendas que clarifiquem o poder de intervenção do Estado na sua relação com os cidadãos. No fundo, todos os alicerces do edifício constitucional que mantêm a experiência federal norte-americana de pé enquanto Estado-nação são formados pela linguagem dos direitos subjectivos tal qual ela é trazida para a dimensão jurídico-política nos autores seiscentistas – inclusivamente, a variação assimilada pelo senso comum (e pouco rigorosa, como já dito) de que essa linguagem está mais associada ao estatuto do homem-cidadão, isto é, à ideia de cidadania do que à ideia de soberania.

Em sentido oposto parece ir a experiência constitucional alemã do século XIX, que abraça uma noção de soberania e de limitação dos poderes públicos, muito embora não as legitime ou justifique por meio de uma prevalência de direitos inerentes aos sujeitos políticos subordinados ao Estado. Não chega a haver uma rejeição da linguagem dos direitos entre a doutrina jurídica alemã, nem tão-pouco uma perda da sua dimensão jurídica no âmbito das relações inter-humanas regidas pelo direito privado. Porém, os direitos enquanto poderes deônticos originários de fonte puramente subjectiva não têm uma dimensão constitucional relevante quer no âmbito da fundamentação da estrutura dos poderes públicos, quer no âmbito da justificação da própria existência de um Estado soberano. Os direitos, em especial na primeira metade do século XIX, são sobretudo aí princípios de direito objectivo que delimitam a esfera de intervenção do Estado, e que não têm precedentes conceptuais no plano da subjectividade que os causem e operem como sua razão de ser – igualmente, na medida em que a soberania estadual se desenrola pela efectivação do mando político institucional, a sua esfera de intervenção, definida por determinação histórica ou de maneira imanente pela própria organização política, limita-se sem a invocação de um correlativo subjectivo simultâneo. Os direitos surgem então no âmbito do direito público enquanto consequências necessárias da normatividade delimitadora da acção das

---

<sup>17</sup> Semelhante estrutura apresenta a actual constituição francesa, de 1958, cuja menção a direitos fundamentais surge apenas no preâmbulo do texto.

instituições. Neste sentido, a garantia da protecção dos direitos surge apenas de maneira mediata como efeito da pretensão imediata pelo Estado de eficiência por auto-definição de tarefas, não havendo assim uma grande diferença conceptual entre a relevância dos direitos neste âmbito constitucional alemão do século XIX e nos primeiros passos do constitucionalismo inglês. Os direitos intervinham como instrumentos técnicos de clarificação do que o Estado não podia fazer. Eram enunciados do que não poderia tornar-se necessário, ou seja, de deveres de não intervenção, sem qualquer exigência explícita associada de protecção estadual positiva. Assim, os direitos encontravam o seu fundamento e medida na lei, em inversão da experiência norte-americana pela qual a lei encontrava o seu fundamento e medida nos direitos.

Estas diferentes experiências de intervenção da linguagem dos direitos em pleno direito constitucional permitem estabelecer dois planos distintos na relação dos direitos com a soberania definida pelas constituições. De um lado, os direitos como verdadeiros direitos subjectivos: o que há de soberano nas determinações de uma constituição é fornecido inteiramente por uma colecção *a priori* de sujeitos que a dotam de legitimidade e lhe impõem a finalidade única de garantir a protecção desses sujeitos. Daí eles serem *direitos*, isto é, núcleos individuais que se tornam empedernidos com a objectividade normativa do Estado, deixando de ser efémeros e criando a própria capacidade de o Estado ser capaz de *direito*. De outro lado, os direitos como normas de direito objectivo: o que há de subjectivo na normatividade pública é simplesmente o ponto de referência onde se desenrolará a acção potencial que fica limitada aos destinatários da norma (neste caso, as instituições políticas e o legislador) — os direitos são então mecanismos de desenvolvimento da aplicação de normas jurídicas de limitação dos poderes públicos, e não mais. Da perspectiva da arrumação institucional, estes dois planos distintos representam dois modelos antagónicos de atribuição de força normativa aos direitos: no primeiro, a garantia de protecção dos direitos deve ser a finalidade primordial na prevenção e resolução de conflitos onde o gozo e o exercício desses direitos possam ser questionados, pelo que a protecção institucional ocorre sobretudo num livre acesso ao poder judicial; no segundo, a protecção dos direitos ocorre na maior eficácia da auto-limitação legislativa, pelo que é no poder executivo e na procura da

menor falibilidade do poder legislativo parlamentar que os direitos adquirem sustentação jurídica.

Uma tal divisão do estatuto dos direitos no âmbito do direito público apenas fica definitivamente arredada no post-1945, quando ocorre uma relação unificadora entre os direitos como elementos subjectivos do conceito de direito e os direitos como princípios normativos de reservas para com o Estado, em reacção à incapacidade do modelo objectivo de auto-limitação de prevenir e impedir algum tipo de legitimação política para o uso em massa da violência baseado em não mais que ódio e inimizade. Não obstante a reacção jurisfilosófica imediata parecer pretender um retorno às bases jusnaturalistas de entendimento do direito, por imputar (porventura, com rigor excessivo e desfasado) esta insuficiência da auto-limitação legalista a teses juspositivistas, não chega a ocorrer um predomínio do estatuto prioritário dos direitos subjectivos sobre o estatuto prioritário dos princípios de limitação do poder, mas ao invés como que uma fusão transformando os direitos em algo com dupla natureza na esfera pública.

É verdade que a DUDH de 1948, assim como a generalidade das convenções de direitos daí decorrentes no plano do direito internacional público, apresentam uma linguagem especialmente influenciada pelo entendimento dos direitos subjectivos como prioritários perante deveres de limitação dos poderes. Todavia, não só a maior parte dos direitos aí elencados pressupõe o homem já numa condição social de coexistência com um outro num contexto político, o que acarreta pensar a cidadania como no mínimo simultânea à condição de humano-titular-de-direitos, como também essas declarações e convenções são produzidas e aprovadas pelos próprios Estados, que assim lhe dão um cunho normativo de direito objectivo limitador das suas próprias esferas de acção. Os direitos não se tornam ideias anteriores cuja força normativa vigora sobre as constituições dos Estados reestruturados no pós-guerra, mas tornam-se eles mesmos a base componente dessas constituições. Tornam-se então verdadeiros *direitos constitucionais*, não mais acrescentados ou alternativos às constituições, mas integrando as próprias normas cuja obrigatoriedade enforma o fundamento de toda a constituição em que se incluem — daí serem, enquanto direitos constitucionais, também *direitos fundamentais*. A sua plasticidade joga-se agora inteiramente no âmbito do direito público: não são apenas instrumentos técnicos de limitação

formal da intervenção jurídico-política do Estado (embora também o sejam), são também manifestações subjectivas conferindo autoridade normativa à constituição que garanta a sua protecção, e valores culturais (característica esta que os torna viáveis para uma reaquisição fortíssima da linguagem dos direitos por parte da ética e da filosofia moral) ampliando o domínio do constitucional para lá do mero formalismo do texto escrito, pelo que são enfim também elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica suportada por tal constituição.

O que isto significa na relação entre a linguagem dos direitos e a noção de soberania é a sua fixação como verdadeira correlação, em que ambos são reciprocamente inerentes e simultâneos. Dá-se um equilíbrio constitucional definitivo entre legitimidade jurídico-política e soberania estadual, entre direitos fundamentais e soberania popular.<sup>18</sup> Um Estado só é soberano enquanto é capaz de poder fazer tudo aquilo a que está legitimado por tarefas pensáveis como consequências lógicas de poderes normativos detidos pelos sujeitos que o compõem. Há aqui uma circularidade conceptual que não constitui aporia, mas justificação reflexiva: o Estado é soberano porque a sua constituição impõe-lhe limites de intervenção e tarefas específicas de realização, constituição essa que tem força normativa (e superior a quaisquer outras normas) enquanto inclui como suas normas mais fortes (isto é, estimuladoras no Estado e nos seus cidadãos da convicção de que são mais obrigatórias do que todas as outras) aquelas reveladoras<sup>19</sup> dos poderes deonticos de todos aqueles que participam no poder constituinte suportando tal constituição. Da perspectiva do Estado que se pretende soberano, ele só o é se constitucional – e só é constitucional se se impuser regras limitando o que pode fazer e tarefas definindo o que é próprio da sua soberania fazer.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Kāgi, 1945, 166.

<sup>19</sup> A menção a uma transposição constitucional dos direitos como “revelação” opera aqui como alternativa com pretensões de neutralidade quanto à discussão de que elementos jurídicos têm prioridade sobre outros: não se pretende assumir que o texto constitucional apenas faz o “reconhecimento” de direitos (caso em que os direitos precederiam a constituição) nem que se apresenta para a “criação” de direitos (caso em que as normas constitucionais precederiam os direitos).

<sup>20</sup> É Hesse, 1959, 12-5, quem de maneira mais intensa primeiro chama a atenção para o carácter normativo de uma constituição não ser afinal senão

No fundo, ao invés de haver uma tensão ou conflito aberto entre direitos subjectivos e soberania estadual, como é habitual afirmar-se na perspectiva de critérios utilitaristas e na análise das causas de crises humanitárias envolvendo uma eventual comunidade internacional<sup>21</sup>, dá-se sim uma correlação que torna a linguagem dos direitos e o conceito de soberania interdependentes de maneira necessária. Em linguagem rawlsiana, dá-se como que um “equilíbrio reflectido” [*reflective equilibrium*] produzindo uma força normativa pública na classe dos direitos subjectivos não porque estes derivem da assunção de princípios ou concepções morais unívocas, mas porque constituem um padrão mínimo inerente ao desempenho das instituições políticas, isto é, porque delimitam o espaço de legitimidade (e, por conseguinte, de acção) de qualquer organização política.<sup>22</sup>

O alcance deste equilíbrio entre direitos e soberania é tanto jurídico quanto filosófico-político, na medida em que tem uma intervenção prática na relação estabelecida constitucionalmente entre Estado e cidadãos, e uma intervenção teórica na definição do que constitui uma autoridade política legítima. De um lado, a perspectiva jurídica confere aos direitos subjectivos uma dupla natureza normativa no âmbito da sua jurisdicização (que não mais pode ser sustentada meramente como ideal a atingir, mas formando já o meio de realização da política estadual), quer enquanto poderes deonticos subjectivos associados à esfera da cidadania, quer enquanto deveres sujeitando o Estado à tarefa de protecção desses mesmos poderes deonticos. De outro lado, esses deveres jurídicos adquirem um cunho especificamente político na sua realização: eles constituem em simultâneo limites ao que as instituições estaduais podem fazer (obrigações de *non facere*), imposições de tarefas que as instituições estaduais têm de fazer (obrigações de *facere*, em que a feitura consiste no desenvolvimento dos mecanismos mais adequados de protecção dos direitos subjectivos), e critérios de legitimação política ou de preenchimento de um estatuto de soberania por parte das instituições estaduais.

---

enunciados de *tarefas*.

<sup>21</sup> V. Brommesson & Fernros, 2006, onde se chega até a apresentar uma escala de diferentes tradições normativas de maior aproximação ao pólo dos direitos humanos ou de maior aproximação ao pólo contrário da soberania estadual.

<sup>22</sup> Rawls, 1999, 43-6; Rawls, 2001, 522-4.

A soberania, no âmbito deste equilíbrio constitutivo da dupla natureza da linguagem dos direitos no plano constitucional, não é já sinónima do absoluto alcance almejado pelo Estado que tudo pudesse sobre as suas partes em virtude de ser tomado como síntese dialéctica de efectivação de liberdade, ao jeito hegeliano, mas ao invés designa o próprio estatuto de legitimidade de uma organização política e justifica a sua coercibilidade na relação com os destinatários das suas decisões. E tanto a legitimidade como a justificação da coercibilidade definem-se não por uma capacidade ilimitada de tudo impor a quem se sujeita, mas precisamente pelo seu oposto, ou seja, pela limitação daquilo que cabe aos poderes públicos fazer. Essa redefinição da soberania, portanto, mais do que depender de um respeito a critérios morais apriorísticos, numa ilustração de uma subordinação da política à ética enquanto critério de legitimidade de uma instituição pública, passa afinal por um desenvolvimento de uma linguagem de direitos enquanto primariamente *jurídico-política* (e não tanto ética). O Estado dá-se como poder normativo impondo-se, e justifica essa sua capacidade de imposição não na sua coercibilidade ou no seu respeito imediato a critérios morais, mas na sua soberania, isto é, na necessidade da sua existência para desempenho de tarefas de perseverança dos direitos. É precisamente porque ele tem estas tarefas que existe, sendo a soberania a efectivação (pondo em existência e protegendo) dos direitos, ou seja, a feitura da sua própria legitimação através da sua participação activa na linguagem dos direitos.

A usurpação de tarefas que extravasam esta actividade de auto-legitimação representa uma quebra de legitimidade e da respectiva soberania. Um Estado que não atribua viabilidade à linguagem dos direitos (quer não os reconhecendo na sua própria legitimação, quer reconhecendo-os mas tomando a sua soberania como capacidade de os remover e violar) não mais é um Estado soberano, mas tão-só um poder suportado pela força, a qual tende a não ser inesgotável. Esse poder político durará não mais do que o tempo necessário para o esgotamento da sua força. Estas são as consequências desta plasticidade da linguagem dos direitos quando adquire esta dupla natureza normativa no âmbito jurídico-constitucional.

Estas consequências decorrem independentemente dos vários géneros de normatividade jurídica desenrolando-se na linguagem dos direitos. Quer se tome os direitos como absolutos (isto é,

prioritários e fundamentantes) perante a ordem jurídica constituída, ao jeito do constitucionalismo norte-americano, quer se os tome como correlativos de deveres, quer se os tome como correlativos de princípios, este equilíbrio entre direitos e soberania acaba por ser uma constante. Mesmo Dworkin, para quem “levar os direitos a sério” significa imunizá-los perante qualquer tentativa de afastamento por parte de uma maioria que se auto-defina como soberana, admite que os direitos são trunfos contra a maioria precisamente porque são eles a razão por que a regra da maioria (pela qual a soberania se desenvolve) existe de todo. Ocorre mais uma vez uma circularidade do argumento: os direitos limitam a maioria, que por sua vez só é maioria porque há direitos, os quais só existem porque oponíveis a uma maioria, *etc.*

A multinormatividade deste duplo estatuto dos direitos assegura o desempenho da soberania num modelo a dois níveis de relação com os direitos: em primeiro lugar, os direitos aplicam-se primariamente aos Estados uma vez que as protecções a serem garantidas decorrem sobretudo por actividades legislativas estaduais; em segundo lugar, os Estados garantem mediatamente a protecção dos mesmos direitos por parte de outros Estados, através de colaborações em organizações internacionais ou por vias unilaterais<sup>25</sup>. O compromisso com a linguagem dos direitos faz com que a soberania estadual não possa apenas resumir-se a uma conexão com os seus próprios cidadãos, mas tenha de ser universalizável em função das relações estabelecidas com outros Estados soberanos (que nesta perspectiva são soberanos porque dependem de uma linguagem dos direitos), pelo que cada Estado tem de integrar o mecanismo normativo dos direitos em toda e qualquer relação com cidadãos de outros Estados. As declarações e convenções internacionais de direitos cumprem então um papel também ele elástico: enquanto se assumem como ideal comum a atingir por uma multiplicidade de Estados, especificam-se sobretudo na sua jurisdicionalização ao definirem que Estados são soberanos e meritórios de integrar uma comunidade internacional composta por Estados soberanos ainda ao jeito do paradigma westphaliano. As declarações e convenções de direitos são então estruturas mediatamente normativas (e não apenas ideais éticos) estabelecendo critérios formais pelos quais os Estados avaliam a legitimidade política de outros Estados.

---

<sup>25</sup> Beitz, 2009, 106-122.

Neste modelo a dois níveis de relação com os direitos, assegura-se que seja tanto mais legítimo o regime político cujo alicerce seja composto pela dupla natureza do direito subjectivo. A linguagem dos direitos é plástica o suficiente para incorporar qualquer critério preferido de legitimidade política de uma constituição (ético, jurídico, ou social), pelo que será mais legítima aquela em que o alcance e a eficácia da linguagem dos direitos seja maior na esfera pública.

#### **4. Desafios contemporâneos aos direitos: o caso da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**

Dentre os vários desafios que hodiernamente se colocam à linguagem dos direitos (desde a eventual adequação de novas gerações de direitos ainda por criar que façam face a problemas aduzidos de novas circunstâncias históricas, como a crise ambiental ou o terrorismo global<sup>24</sup>, passando pela exigência de alargamento da linguagem dos direitos para lá do indivíduo-cidadão até abarcar também grupos, empresas ou comunidades culturais<sup>25</sup>, e passando igualmente pela necessidade de reformulação da linguagem dos direitos por parte das novas esquerdas que intentam um derrube da soberania por meios conceptuais que não fazem senão justificá-la<sup>26</sup>), porventura o mais relevante é aquele que força o pluralismo das fontes de direito num mundo globalizado a ir para lá não só do paradigma formal do estadualismo soberano, mas também para lá do mero alcance e competência dos Estados-nações nas suas relações mútuas. É que se a linguagem dos direitos está, desde o momento da sua primeira transição para o âmbito público até aos constitucionalismos contemporâneos, associada conceptualmente à noção de soberania estadual, numa afectação da soberania que a torna não em sinónimo de poder absoluto mas em conceito político de legitimação, pode colocar-se com bastante pertinência a questão de saber qual o impacto, a função ou mesmo a necessidade de inserir uma linguagem dos direitos em esferas de normatividade jurídica que escapam às tarefas e às competências dos ordenamentos jurídicos estaduais.

Essas fontes extra-estaduais de direito vão para lá desse modelo a

---

<sup>24</sup> Canotilho, 1999, 43-5.

<sup>25</sup> Taylor, 1999, 125 e 143-4.

<sup>26</sup> Douzinas, 2000, 379-380.



dois níveis de protecção dos direitos subjectivos no domínio público, uma vez que não só se estabelecem como normas com força de obrigatoriedade (não apenas morais, mas secundadas também por algum carácter sancionatório implícito) não estaduais, mas também como normas com força de obrigatoriedade não tanto internacionais (entre nações) mas sim “internacionalidades” (entre agentes de diferentes nacionalidades). Alguns exemplos relevantes são elencáveis nas regras por autoridades independentes supranacionais, nas linhas de orientação de organismos internacionais (como as orientações da OCDE sobre dados pessoais, por exemplo), nos modelos contratuais uniformes criados por sujeitos de direito internacional, nas regras de normalização técnica (como os “shake hands” no âmbito das telecomunicações, por exemplo), nas regras automáticas de confiança (como sucede nas relações entre utilizadores da internet), nos códigos de conduta internacionais de iniciativa privada desenvolvidos por grupos de empresas de um mesmo sector<sup>27</sup>, nos tribunais independentes de arbitragem, assim como nos surgimentos embrionários de um Direito Penal Internacional (o qual passa para instâncias extra-estaduais aquela primeira grande justificação clássica da existência e necessidade do Estado soberano, o poder de vida e morte sobre os seus cidadãos). Assim, se o que atribui legitimidade a um sistema jurídico de índole estadual e inter-estadual corresponde a construções constitucionais cujas bases são formadas pela linguagem de direitos subjectivos, dois problemas surgem desde logo perante esta pluralidade contemporânea de níveis de juridicidade: por um lado, qual o seu grau de legitimidade, uma vez que se situam fora do alcance conceptual da soberania; por outro lado, qual a capacidade de se implementar aí uma linguagem dos direitos subjectivos, uma vez que esta está associada ao Estado soberano e essas fontes de direito extra-estadual pretendem subsistir precisamente explorando as insuficiências do alcance das tarefas do Estado soberano.

A questão é complexa e extravasa o intuito do presente texto, mas ela impõe-se como um forte desafio jurídico-político ao próprio potencial de plasticidade da linguagem dos direitos. E, num certo sentido, quaisquer centros decisórios políticos imputáveis como fontes de direito que pretendam abordar a linguagem dos direitos sem se resu-

---

<sup>27</sup> Rodotà, 2002, 548; Hespanha, 2009, 443-6.

mirem eles mesmos a instituições simplesmente estaduais ou internacionais têm de enfrentar hoje em dia este problema, e admitir uma eventual necessidade de alargar ainda mais esta plasticidade conceptual (e porventura também disciplinar) da linguagem dos direitos. Os casos mais flagrantes de tais centros decisórios são os que produzem normas regionais com um cunho historicamente muito específico que não os torna super-Estados nem meras organizações entre Estados. Presentemente, o caso mais complexo e vivo é sem dúvida o da União Europeia. E, na sua tentativa de assimilar uma linguagem dos direitos explícita no direito comunitário, a elaboração e aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais é um exemplo óbvio de quão aceso permanece este problema da pluralidade das fontes de direito face à maior ou menor plasticidade dos direitos subjectivos.

Desde os primeiros momentos de discussão acerca de qual a sua natureza e finalidade, os trabalhos preparatórios da Carta enveredam por vários caminhos e denotam diferentes intenções, incluindo desde logo a limitação da esfera de alcance do poder das instituições comunitárias, assim como a protecção dos cidadãos perante a União Europeia, o desenvolvimento de uma identidade comunitária ou de uma identidade cultural homogénea, a resposta a novos desafios extra-estaduais, ou a legitimação do direito comunitário. A extensão da Carta ao campo pragmático do direito comunitário é contudo bem menos dispersa nas suas ambições: ela opera sobretudo como parâmetro de validade e critério de interpretação de todo o direito comunitário, regulando quer as actuações das instituições europeias, quer as actuações das instâncias estaduais de aplicação do direito comunitário. O reconhecimento da cidadania por um Estado-membro equivalerá a uma cidadania europeia para efeitos de aplicação da Carta, pelo que qualquer “cidadão europeu” não só será titular dos direitos ali dispostos, como poderá invocá-los perante as respectivas autoridades estaduais sem qualquer necessidade de um acto estadual explícito de recepção, embora tais direitos sejam apenas directamente executáveis quando a actividade dos Estados se enquadre no contexto de matérias comunitárias.<sup>28</sup>

Ademais, a Carta acaba por atribuir um fundamento mais sólido à pretensão de primazia por parte do direito comunitário diante dos

---

<sup>28</sup> Andrade, 2009, 39-46.

direitos estaduais. Embora se assuma como uma declaração de direitos que se não impõe directamente como supra-declaração diante das constituições estaduais, a verdade é que ela pretende trazer uma concepção jurídica de legitimidade a um direito que se pode impor a direitos estaduais. Esta ocorrência é especialmente relevante no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que consegue aplicar directamente o direito comunitário mesmo para lá da vontade dos Estados – as jurisprudências estaduais, com maior ou menor capacidade crítica, acabam por estar sujeitas à influência jurisprudencial do TJUE e por reproduzir as suas correntes decisórias. Eis como o primado do direito comunitário se vai impondo nas relações entre instâncias judiciais europeias e estaduais, e por conseguinte também o primado mediato da Carta dos Direitos Fundamentais sobre as aplicações jurisprudenciais das constituições estaduais. Desta perspectiva, a Carta opera, mais do que como veículo de limitação das instâncias comunitárias ou de protecção da cidadania europeia, sobretudo como factor de sustentação de uma legitimidade proto-soberana perante as jurisdições estaduais.

A Carta pretende afinal contribuir para a resolução dos já muito discutidos problemas do défice democrático e da dispersão de nacionalismos. Para a supressão do primeiro, intenta assimilar uma linguagem dos direitos em tudo similar à dos *direitos fundamentais*, pelo que semeia um constitucionalismo implícito cuja democraticidade resida no estabelecimento de uma relação directa entre instâncias comunitárias e cidadãos (na esperança de que a normatividade jurídica derivada dessas instâncias tenha uma maior aceitabilidade social), assim também rompendo não só as mediações dos órgãos estaduais mas igualmente o maior poder de influência de lóbis e interesses corporativos nos espaços europeus.<sup>29</sup> Para a superação do segundo, intenta adoptar com efeitos vinculativos um conjunto de valores comuns aos vários povos compondo a União Europeia que por seu turno superem a ausência de antepassados, língua, religião, princípios de governo, maneiras de ser e usos comuns – todos elementos característicos de um povo unido, justificativos da formação de um poder político comum, desde o início das experiências federalistas liberais.<sup>50</sup>

---

<sup>29</sup> Maduro, 2001, 119-152.

<sup>50</sup> São essas as principais características apontadas por John Jay para justificar

Por outras palavras, a Carta intenta criar um nível quasi-constitucional de direitos *fundamentais* aplicáveis nas relações jurídicas comunitárias, ou seja, reúne todas as características de um constitucionalismo baseado em direitos fundamentais<sup>51</sup> (com tudo o que isso acarreta, tal como a associação da linguagem dos direitos a uma concepção legitimadora de soberania, assim como a um duplo estatuto – subjectivo e objectivo – dos direitos no âmbito público).

A experiência da elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assim enquadrada na história da plasticidade conceptual e disciplinar da linguagem dos direitos, acaba no fundo por retratar não mais que a imitação a nível comunitário dos processos de legitimação do poder político ocorrendo nos Estados-nações soberanos desde o século XVII. Ao invés de procurar responder aos desafios da necessidade de eventuais novas gerações de direitos ou da necessidade de resposta a novas esferas extra-estaduais de normatividade jurídica, acaba por seguir o paradigma do Estado-nação soberano, ou melhor, do mais complexo “Estado-nações” contemporâneo. Na imitação da experiência estadual, parece burocratizar-se e tenta constitucionalizar-se; na imitação da experiência nacionalista, procura estabelecer um contexto histórico e cultural conjunto na invocação das formulações modernas das declarações de direitos. Por conseguinte, esta sua representação dos modelos estaduais de legitimação pelos direitos subjectivos narra a busca da projecção de uma imagem de soberania. E fá-lo não ao nível de uma soberania pós-nacional, nem supra-nacional, nem extra-nacional, mas apenas quasi-nacional por actuação hiper-nacional. A resposta da União Europeia às novas fontes extra-estaduais de normatividade jurídica por meio da linguagem dos direitos subjectivos fica assim reduzida por limitação própria. Ao reduzir o seu modelo de legitimação aos mesmos mecanismos conceptuais de legitimação estadual de soberania, a sua capacidade de aumentar o alcance dos direitos subjectivos tirando partido da sua plasticidade originária fica diminuída exactamente pelos mesmos motivos por que

---

a presença de um “povo unido” americano: «[...] one united people, a people descended from the same ancestors, speaking the same language, professing the same religion, attached to the same principles of government, very similar in their manners and customs» (J. Jay, *The Federalist*, no. 2, in Hamilton, Madison, Jay, 2005, 6).

<sup>51</sup> Maduro, 2006.

ela se encontra já diminuída na esfera estadual.

O que a experiência da Carta dos Direitos Fundamentais demonstra é que os maiores desafios à plasticidade da linguagem dos direitos permanecem ainda por resolver. E, para lá deste modelo do Estado-nação soberano moderno, novas construções jurídico-políticas só lhes podem responder aumentando o grau de plasticidade dessa linguagem, e não imitando as suas utilizações prévias. Logo, ao contrário da consideração de Richard Rorty de que os direitos são hoje “um facto da vida”, e ao contrário da consideração de Norberto Bobbio de que o problema da “era dos direitos” não mais é o da sua natureza mas o da sua implementação, o que por este meio se comprova é que, ao invés, novas dimensões de juridicidade acarretam uma rediscussão da natureza dos direitos subjectivos, o que passa pela necessidade de refundamentar a sua plasticidade.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrade, J. C. Vieira de (2009), *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina.
- Antleau, Chester James (2001), *Our Two Centuries of Law and Life, 1775-1975*, Buffalo, William S. Hein.
- Beitz, Charles R. (2009), *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Berlin, Isaiah (1998[1958]) “Two Concepts of Liberty”, in *The Proper Study of Mankind*, New York, Strauss and Giroux.
- Bobbio, Norberto (1990) *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi.
- Brommesson, Douglas e Fernros, Henrik (2006), “The Decisive Choice? State Sovereignty or Human Rights”, *Paper presented at the annual meeting of the International Studies Association*, San Diego, California, USA, March 22, 2006. Disponível em: [http://www.allacademic.com/meta/p99901\\_index.html](http://www.allacademic.com/meta/p99901_index.html) (Acedido a 30/07/2013).
- Canotilho, J. J. Gomes (1999), *Estado de Direito*, Lisboa, Gradiva.
- Cranston, Maurice (1962), *Human Rights Today*, London, Ampersand.
- Douzinas, Costas (2000), *The End of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing.
- Feinberg, Joel (1966) “Duties, Rights, and Claims”, *American Philosophical Quarterly* 3, 137-144.

- Glendon, Mary Ann (1991), Rights Talk. *The Empoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press.
- Habermas, Jürgen (1986), *Theory and Practice*, Boston, Polity Press.
- Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John (2003), *The Federalist*, ed. Terence Ball, Cambridge University Press.
- Hart, H. L. A. (1955), “Are There Any Natural Rights?”, *Philosophical Review* 64, 175-191.
- (1982), “Legal Rights”, in *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 162-195.
- Hespanha, António Manuel (2009), *O Caleidoscópio do Direito*, Lisboa, Almedina.
- Hesse, Konrad (1959), *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, J. C. B. Mohr.
- Hohfeld, Wesley (1919), *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Yale University Press.
- Kägi, Werner (1945), *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, Druck von J Williger.
- Kriechbaum, Maximiliane (1996), *Actio, ius, und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts*, Ebelsbach, Aktiv Druck & Verlag.
- Lyons, David (1970), “The Correlativity of Rights and Duties”, *Nous* 4, 45-55.
- Maduro, Miguel Poiares (2001), “O *superavit* democrático europeu”, *Análise Social*, 158/159, 119-152.
- (2006), *A constituição plural: constitucionalismo e União Europeia*, S. João do Estoril, Principia.
- Maritain, Jacques (1949), “Introduction”, in *UNESCO, Human Rights. Comments and Interpretations*, London, Allan Wingate.
- Nino, Carlos Santiago (1989) *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel.
- Racove, Jack N. (1998), *Declaring Rights. A Brief History with Documents*, Boston, M.A., Palgrave Macmillan.
- Rawls, John (1999), *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press.
- (2001), *Collected Papers*, Cambridge, Harvard University Press.
- Rodotà, Stefano (2002), “Un código per l’Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale”, in *Codici. Una riflessione di fine*

*milenio*, Milano, Giuffrè.

Rorty, Richard (1993), "Human Rights, Rationality, and Sentimentality", in Schute, S. e Hurley, S. (eds.), *On Human Rights*, New York, Basic Books.

Taylor, Charles (1999), "Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights", in Bauer, Joanne e Bell, Daniel A. (eds.), *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

Tuck, Richard (1979), *Natural Rights Theories*, Oxford University Press, 1979.

\_\_\_\_\_ (1970) "The Nature and Value of Rights", *Journal of Value Inquiry* 4, 243-257.

Villey, Michel (1964), "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", *Archives de philosophie du droit*, 9, 97-111.

## Soberania e Reconhecimento: de alguns autores da modernidade a *The Concept of Law* de Hart

António Marques  
Instituto de Filosofia da Nova  
Universidade Nova de Lisboa

É muito provável que um dos principais motivos pelo actual interesse pelo tema da soberania se deva ao facto da evolução singular da União Europeia (UE), que é afinal uma história de integração e de soberania partilhada entre Estados, não acomodar os sentidos desse conceito que ainda foram herdados da sua origem westfálica. Na verdade, no caso europeu, actualmente o conceito de soberania parece diluir-se sem que isso o torne mais transparente, pelo contrário. Estamos a falar numa figura política e jurídica que tem vindo a construir um tribunal supranacional, uma moeda comum aos países da eurozona, áreas crescentes de política externa comum, uma carta de direitos fundamentais com valor jurídico, parte de integrante do último de tratado, em suma um direito europeu supra-nacional. É este conjunto de realidades político-jurídicas que dificultam uma outra concepção de soberania que alguns procuram no quadro de um “cosmopolitismo europeu”<sup>1</sup>, outros de uma “soberania de consórcio” (*pooled sovereignty*)<sup>2</sup>, ou ainda de uma “soberania dividida”<sup>3</sup>, outros ainda numa espécie de “patriotismo constitucional”<sup>4</sup>. Não vou explorar estas conceptualizações, menciono apenas o que Beck (um influente autor não apenas no que concerne a temas europeus, mas

---

<sup>1</sup> Beck, 2006; Beck and Grande, 2007.

<sup>2</sup> Keohane, 2002.

<sup>3</sup> MacCormick, 2001, 133.

<sup>4</sup> Habermas, 2011.



pela sua interpretação da actualidade sócio-política, como sociedades de risco) tem em mente com o conceito de um *cosmopolitismo europeu*: “Mas o que poderá significar o antigo e subitamente revitalizado adjectivo ‘cosmopolita’ quando posto em relação com o pesado substantivo ‘Estado’ para formar o ‘estado cosmopolita’? Desde logo adquire a sua marca de *constitucionalismo* e estabelece o facto que uma ordem transnacional puramente constitucional, ou seja que uma ordem na lei geral ou constitucional, permanece internamente instável enquanto não assentar numa consciência correspondente na população, através de uma *identidade transnacional, cultural e estatal*”<sup>5</sup>. Independentemente de considerar que estas últimas condições mencionadas pelo autor para a realização de um novo tipo de soberania, correspondente a um cosmopolitismo europeu, são condições de enorme dificuldade, roçando mesmo a utopia, sublinharia um ponto crucial e que se refere à “instabilidade interna” que uma ordem assim concebida sempre padeceria, a não ser que se cumprissem precisamente aquelas condições da identidade, da cultura e do reconhecimento da população num Estado. É esse elemento incontornável de instabilidade que pretendo aqui explorar e tentar caracterizar, mesmo que incompletamente.

É assim que chamaria desde logo a atenção para a alteração na nossa percepção de soberania ou de poder soberano, sobretudo a partir do momento em que se é obrigado a considerar arquitecturas jurídico-políticas do tipo da União Europeia, que nos obriga a pensar um conceito de soberania que será diferente, mas que no entanto não será constituída eliminando a realidade do Estado-Nação. Parece centrar-se em grande parte no reconhecimento que ela não pode desvincular-se do eixo do tempo, da diacronia, facto que faz ressaltar o problema da sua continuidade/ descontinuidade. Afinal a soberania é um *constructum* humano que contém no seu cerne uma instabilidade, a qual foi desde os autores clássicos muito conscientemente percebida como uma dificuldade conceptual e um perigo a evitar. Este elemento, o da instabilidade, é irreduzível e o problema que aqui gostava de levantar é se esta irreduzibilidade nos conduz a um ceticismo quanto a uma compreensão da soberania para além do plano meramente lógico-formal. Aqui cabe perguntar: o que poderá ser um

---

5 Beck and Grande, 2007.

entendimento formal do poder soberano? Por exemplo uma compreensão expressa por Kelsen, na sua *Teoria Pura do Direito* (1960), quando, ao discutir o fundamento de validade de uma ordem jurídica, e ao realçar a natureza dinâmica do sistema de normas numa ordem desse tipo, defende o pressuposto de uma Constituição primeira, a que ele também chama “primeira constituição histórica”. Kelsen invoca Kant para qualificar esta primeira constituição ou norma fundamental como “lógico-transcendental”<sup>6</sup>. No entanto, aqui o termo “transcendental” é, a nosso ver, muito afastado do significado do termo em Kant para quem os conceitos nucleares do direito privado como do público (por exemplo, a propriedade e a forma do Estado de direito) exigem um tipo de argumentação transcendental *sui generis*. Não irei, no entanto, desenvolver esta diferença entre Kant e uma suposta aproximação de Kelsen àquele problema que tem sido objecto de copiosa literatura e merece um tratamento autónomo. Acrescentaria que, do ponto de vista de Kelsen, a avaliação da validade de qualquer norma mais ou menos geral deve assim retroceder, não a um mandamento ou revelação religiosos ou morais, nem sequer a um contrato original entre indivíduos, no sentido do contratualismo moderno, mas sim a uma norma fundamental para uma ciência jurídica positiva, que fica assim dotada de um último dispositivo lógico e formal. Na formulação curiosa de Kelsen, “a norma fundamental não é uma norma querida, nem mesmo pela ciência jurídica, mas é apenas uma norma pensada”<sup>7</sup>. A referência a este autor maior da filosofia do direito serve apenas para exemplificar como o problema da soberania pode ser, digamos, sublimado numa concepção formalista que não atende condições empíricas nem espaço-temporais particulares, mas também para sugerir uma aplicação da perspectiva lógico-transcendental ao problema da soberania num sentido que mais à frente tentarei esclarecer.

Para este esclarecimento será necessário, a meu ver, organizar um diálogo entre os clássicos da modernidade e autores contemporâneos mais sensíveis a este tipo de problematização. De facto, e antecipo, defendo que a problematização do conceito de soberania, na perspectiva da sua continuidade e transformação, na linha do tempo, é o ponto

---

<sup>6</sup> Kelsen, 1985, 224 e 225, respetivamente.

<sup>7</sup> Idem, 227-228

de vista mais interessante para pensar o conceito como tal e permite a abertura para uma discussão de uma soberania transnacional, com que terminarei esta intervenção. Quando me refiro a soberania, refiro-me ao poder soberano ou a sujeito soberano, por isso numa acepção mais política do que jurídica. Recupero assim o conceito, tal como foi introduzido pelos grandes autores modernos dos séc. XVII e XVIII, a partir das noções de *Commonwealth* ou de civitas, como explico já a seguir. Parece-me que só assim se ultrapassará uma certa identificação formal do conceito de soberania, a qual não atende à diacronia e à natureza também empírica do sujeito soberano. Essa forma de encarar o conceito não contempla o problema da continuidade de um poder soberano que inevitavelmente cessa no tempo para dar lugar a outro que lhe sucede, obedecendo a uma sucessão a regras já existentes mas que justamente é *outro*.

Fui estimulado para a reflexão sobre esta temática, ainda que reflexão rudimentar, tendo em conta a imensa literatura produzida, pela leitura da admirável obra já clássica de H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, em especial o seu capítulo IV intitulado “Sovereign and Subject”. Porém, como já enunciei, é o cruzamento da sua teoria (mais um apuramento conceptual com base no esclarecimento dos sentidos dos uso dos termos fundamentais do direito e da filosofia política) com aspectos especialmente interessantes para o problema da soberania, levantados por clássicos modernos como Grotius, Puffendorf, Hobbes ou Kant que me parece especialmente interessante.

Qual é então o aspecto relativo à soberania que quero propor? No segundo capítulo de *O Conceito de Direito*, Hart discute um problema da soberania introduzindo no conceito uma dimensão temporal de continuidade, numa perspectiva muito diferente dos tratamentos do conceito que eu designei de teor lógico-formal. Exemplo desta concepção será, como se viu, a teoria do direito kelsiana. Aqueles tendem a ser fixistas e tendem a não conceder relevância ao problema da continuidade do poder soberano, ao problema que a temporalidade da soberania coloca. Hart, precisamente quando sublinha que a soberania vai para além de um apriorismo formal.

Desde já, e ainda antes de formular o meu problema, consideremos como boas algumas definições de soberania que aceitamos facil-

mente, tais como aquelas que já se encontram nos grandes autores do século XVII, como sendo o poder exercido numa comunidade que não depende, ele próprio, doutro poder, como o de instituir coercivamente regras a que nenhum dos seus membros se poderá eximir, mas a que ele próprio, sujeito soberano, pode. É exemplar a vários títulos a definição de Grotius no *De Jure Belli ac Pacis* (1625), segundo a qual “Chama-se poder supremo aquele cujos actos não estão sujeitos a outro poder, de tal forma que não podem ser revogados por outra vontade humana. Quando digo: por outro poder, excluo o próprio soberano que pode mudar a sua própria vontade, assim como o seu sucessor, o qual goza do mesmo direito e, conseqüentemente, de nenhum outro mais. Vejamos então aquilo que este poder soberano pode ter para o seu sujeito. Este é ou comum ou próprio: como o corpo é o sujeito comum da vista, o olho é o sujeito próprio; então o sujeito comum ou poder supremo é o Estado (*civitas*) o qual eu designei antes uma sociedade perfeita de homens”<sup>8</sup>. A introdução por Grotius do conceito de sujeito do poder soberano e a distinção entre sujeito comum (que será a própria *civitas* ou Commonwealth) e o sujeito próprio, que, tal como os olhos, corresponde ao órgão ou órgãos que exercem de facto o poder soberano, é a todos os títulos exemplar no que respeita à aparente facilidade em definir a soberania e condiciona o que seguidamente direi. Por outro lado, na definição de Grotius, a menção à possibilidade do poder soberano poder mudar a sua própria vontade, assim como ao seu sucessor, que gozará do mesmo direito, levanta o problema que vamos explorar mais à frente, ou seja, o da continuidade da soberania. Esta continuidade ou sucessão de soberanias é, aliás, um problema formulado pelos autores clássicos e que lhes mereceu alguma reflexão.

Como referi, a propósito de Grotius, as definições de soberania que encontramos nalguns dos principais clássicos só aparentemente são triviais apesar do carácter axiomático com que são frequentemente introduzidas. Veja-se como em Hobbes, no *Leviatã*, são referidas pelo menos 12 características do poder soberano, entendendo este como “Um corpo politicamente organizado (*Commonwealth*) que foi *instituído* quando uma *multidão* de homens concordam e *pactuam*, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o *direito de representar* a

---

<sup>8</sup> Grotius, 2005, 259.

pessoa de todos eles, todos sem excepção, tanto os que *votaram a favor dele* como os que *votaram contra ele*, deverão *autorizar* todos os actos e decisões desse homem ou assembleia de homens...<sup>9</sup>. Porém a própria admissão de um sujeito mortal de soberania, um homem ou assembleia de homens, conduz necessariamente ao problema da sucessão, o mesmo é dizer da continuidade e da transformação. Hobbes não esquece evidentemente estes tópicos e esse lado problemático da soberania. Expõe-no em termos sugestivos e claros: “Dado que a matéria de todas estas formas de governo [refere-se às tradicionais formas da monarquia absoluta, aristocracia ou monarquia electiva] é mortal, de modo tal que não apenas os monarcas morrem, mas também assembleias inteiras, é necessário para a conservação da paz entre os homens que, do mesmo modo que foram tomadas medidas para a criação de um homem artificial, também sejam tomadas medidas para a eternidade artificial da vida. Sem a qual os homens que são governados por uma assembleia voltarão à condição de guerra em cada geração, e com os que são governados por um só homem o mesmo acontecerá assim que morrer o seu governante. Esta eternidade artificial é o que se chama o direito de *sucessão*”<sup>10</sup>. Estas são palavras que revelam um Hobbes perfeitamente consciente das dificuldades que levanta a soberania quando tomada na sua natureza temporal diacrónica. A eterna artificialidade é, diríamos, uma ficção necessária para representar a própria possibilidade de uma soberania, na sua essência mortal e transformável na linha do tempo. Interessante será ainda notar em relação a Hobbes que as maiores dificuldades se colocam na continuidade da soberania de um só homem e que essa eternidade artificial que assegura a continuidade do poder soberano é uma qualidade praticamente natural na democracia. Próximo da passagem citada diz ele que “numa democracia é impossível que a assembleia inteira venha a faltar, a não ser que falte a multidão que deverá ser governada. Portanto, as questões relativas ao direito de sucessão não podem ter lugar nessa forma de governo”. Torna-se óbvio que Hobbes reconduzia o problema da continuidade do sujeito soberano ao direito de sucessão, ainda que a ficção da eternidade artificial seja necessária para manter a paz de geração para geração. Seja como for as assembleias que

---

<sup>9</sup> Hobbes, 2001, 149.

<sup>10</sup> Hobbes, 2001, 163.

exercem a soberania numa Commonwealth também morrem e uma lógica interna que regula a continuidade da soberania deverá existir, ou seja, a prevenção de uma hipotética falta da multidão prévia ao corpo político organizado ou Commonwealth. Este é um elemento curioso da argumentação.

De igual modo, Samuel Puffendorf coloca o problema da sucessão nos seguintes termos: “Mas entre esta eleição de um novo príncipe e a morte de um anterior, nas monarquias que já se encontram fixas e estabelecidas, costuma intervir um *Interregnum*, o qual significa uma espécie imperfeita de Estado, onde o povo se conserva junto meramente em virtude do seu pacto original [‘Original Compact’ na tradução inglesa]”<sup>11</sup>. A referência ao pacto original é um princípio de solução para a continuidade da soberania, mas Puffendorf vê-se, por assim dizer, na obrigação de acrescentar possibilidades que complicam o quadro. Algumas possibilidades parecem ser configuradas de modo a eliminar qualquer problema de continuidade na soberania. É o caso das monarquias absolutas: “Mas naquelas monarquias, cujas constituições, desde o início, foram fundadas na escolha voluntária do povo, aí a ordem de sucessão tem que ter uma dependência original da vontade do mesmo povo. Porque se, em conjunto com a coroa, eles conferem ao príncipe o direito de apontar o seu sucessor, quem quer que seja que for nomeado por ele para a sucessão, terá todo o direito de dispor dela. Se eles não conferem esse poder ao príncipe, então é suposto que o reservam para eles próprios”<sup>12</sup>. Penso que fica convenientemente exemplificada a preocupação que qualquer destes autores desenvolve em relação à condição temporal da soberania.

Voltando agora a atenção para Hart, encontramos em *The Concept of Law* (1961) uma reatualização do problema da soberania, diria tal como o encontramos nos clássicos modernos acima citados. Uma doutrina da soberania, começa ele por afirmar, consiste, na sua expressão mais simples, em explicar como em todas as sociedades humanas, onde existe direito, deve encontrar-se por último latente e por detrás da variedade de formas políticas, tanto numa democracia como numa monarquia absoluta, esta relação simples entre sujeitos que prestam

---

<sup>11</sup> Puffendorf, 2005, 211.

<sup>12</sup> *Idem*, 212-213.

habitualmente obediência e um soberano que habitualmente não presta obediência a ninguém. No entanto o facto da obediência, que pode transformar-se em hábito, ser um elemento imprescindível, não significa que o problema desapareça, longe disso. Para além da existência e assimetria da obediência, outros dois elementos são incontornáveis, ou seja, a *continuidade* da autoridade para fazer direito possuída por uma sucessão de diferentes legisladores e a persistência de direito muito após terem desaparecido aquele ou aqueles que o produziram e lhe prestaram obediência<sup>15</sup>. Aquilo para que nitidamente Hart nos chama a atenção é para a característica temporal, diacrónica da soberania: a obediência correlato da coerção são certamente irredutíveis (ainda que, como veremos, isso mesmo precise de ser qualificado), mas a ausência da continuidade e persistência da autoridade soberana é auto-destrutiva desta. Enquanto estas dificuldades não forem esclarecidas a própria noção de um hábito geral de obediência permanece obscura. Hart propõe que imaginemos uma população, vivendo num território, no qual um monarca absoluto (*Rex*) reina por um longo período e é obedecido pelos súbditos. Assinale-se que o hábito de obediência que se instala deriva sobretudo de uma relação entre cada súbdito e o Rex. Mas suponhamos agora que Rex morre e lhe sucede um Rex II. Não é certo que essa obediência, tornada costume com base numa relação pessoal, se mantenha (é impossível não recordar aqui Hobbes, que evidentemente Hart leu ao escrever este capítulo) e essa possibilidade afecta a soberania, não aquela em concreto, mas a própria ideia de poder soberano que não pode restringir-se a um momento da linha do tempo. Nada garante à partida que *Rex II* seja obedecido (ou seja as leis que cria ou promulga) até sabermos que as suas ordens foram obedecidas por um período mais ou menos largo e se tenha estabelecido um hábito de obediência. Claro que, mesmo numa monarquia absoluta, esse hábito generalizado não deixa de corresponder a um sistema legal e por isso existem internamente leis que asseguram e regulam a continuidade da soberania. Mas também é evidente que essas são normas criadas por *Rex I* e podem deixar de vigorar de *Rex II* para *Rex III*, etc. pelo que o elemento diacrónico da soberania não pode ocultar-se enquanto princípio não eliminável de instabilidade.

---

<sup>15</sup> Hart, 1961, 51.

Teremos agora que admitir que a consciência desta dificuldade, verificada no exemplo simples de uma monarquia absoluta, persiste e complica-se no caso de democracias modernas. Nestas, existe a imediata tendência a considerar que o sujeito soberano será o eleitorado. Sem entrarmos na discussão desenvolvida em certas passagens da obra de Hart sobre naturezas diferentes do sujeito soberano em democracias modernas, diferenças que existem por exemplo entre o Reino Unido e repúblicas constitucionais como os Estados Unidos, dificuldades insanáveis parecem levantar-se. Surge, por exemplo, a contradição particularmente visível nas democracias constitucionais que impõem limites ao soberano enquanto eleitorado: é que se parece óbvio que nesses casos o eleitorado é sujeito de soberania, ele não deixa de se ter que conformar a certas normas que o definem a ele próprio como eleitorado, o que nos leva então a concluir que é o poder legislativo (*legislature*), o órgão legislativo que é o soberano<sup>14</sup>. Não é um exemplo de Hart, mas é plausível que um bom exemplo possa ser o de que os procedimentos que envolvem um referendo sobre um tema importante para a sociedade sejam estabelecidos pelo órgão legislativo (parlamento). Não estou certo de encontrar na obra de Hart um remédio para esta dificuldade que não existiria numa concepção estática da soberania, em que por exemplo um sujeito soberano, quer seja o eleitorado, quer seja o órgão legislativo impusesse à comunidade um conjunto daquilo a que Hart chama “regras primárias de obrigação”.

Estas são regras que essencialmente devem ser consideradas regras de obrigação, geralmente correspondendo a sociedades estruturadas socialmente por esse tipo de regras, como as que já existem nas chamadas sociedades primitivas. Em vez de optar por uma das duas posições, ou pela soberania detida pelo órgão legislativo (*legislature*) ou pelo eleitorado, Hart prefere identificar os remédios para os três principais defeitos de um sistema jurídico assente unicamente em tais “regras primárias de obrigação”, defeitos que respeitam à *incerteza* dessas regras, ao seu carácter *estático* e à sua *insuficiência* no respeitante à sua qualidade coerciva. Repare-se que estes defeitos caracterizam uma soberania fixista e sincrônica. O principal remédio consiste a seu ver numa categoria essencial na ciência jurídica, o conjunto de *regra do reconhecimento*. Como se pode

---

<sup>14</sup> *Idem*, 77.



compreender esta regra do reconhecimento? Ela corresponde à forma como os sujeitos identificam, quer os especialistas quer os não especialistas na ciência jurídica, a autoridade das regras primárias, para além da referência a regras ou leis primárias de obediência, e as compreendem mais ou menos claramente num sistema legal. O reconhecimento é realizado através de regras secundárias e específica, na linha do tempo, “os modos nos quais as regras primárias podem ser conclusivamente asseguradas, introduzidas, eliminadas, alteradas e o facto de se poder concluir acerca da sua violação”<sup>15</sup>. Outro remédio que reforça a perspectiva diacrónica própria de Hart é, para além das regras do reconhecimento, o conjunto das regras da *mudança*<sup>16</sup>, que nas suas palavras são remédios para “a qualidade *estática* do regime de regras primárias”. Na sua forma mais simples estas regras “capacitam um indivíduo ou corpo de pessoas a introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo...”. Regras como o reconhecimento ou de mudança, se não solucionam de forma inteiramente satisfatória o problema da soberania, permitem uma melhor compreensão de um sistema legal na perspectiva da continuidade e da persistência da validade das normas numa comunidade democrática moderna. Assim como tenho consciência de mim como um eu transcendental que pensa o sistema das representações empíricas como minhas representações empíricas que se sucedem na linha do tempo, assim uma comunidade politicamente organizada tem consciência de si através das regras de reconhecimento e de mudança que criam um sistema a partir das leis primárias que fluem no tempo.

É possível que o esclarecimento do que seja a soberania, nesta perspectiva hartiana (em que misturei um princípio lógico-transcendental), não seja completamente satisfatório, como já referi. Porém alguns conceitos chave aparecem ou reaparecem. Convém não esquecer que esta perspectiva se situa nos limites de um conceito de soberania do estado nacional e, no entanto, permite progredir para uma compreensão de uma soberania transnacional, como é o caso da UE. A revalorização, neste tipo de reflexão, do conceito clássico de sujeito soberano sob condições da temporalidade, as características da continuidade e da persistência, das regras de reconhecimento e de

---

<sup>15</sup> *Idem*, 94.

<sup>16</sup> *Idem*, 95.

mudança podem ser contribuições importantes. Não é por acaso que um autor como Neil MacCormick, como se sabe bastante alinhado com o pensamento de Hart, no seu livro sobre a soberania e a pós-soberania europeia afirma o seguinte: “Então pode ser afirmado que agora coexistem estas duas entidades ou conjuntos de identidades, os estados da Europa, actualmente Estados plenamente soberanos e a UE, ainda uma União não soberana. Uma das coisas que dá lugar a uma dificuldade de compreensão é a ausência de uma terminologia para falar acerca destas entidades. É perfeitamente correcto dizer que a UE ou a CE é uma entidade ‘*sui generis*’, ‘de uma espécie própria’. Mas isso não nos leva longe na construção de uma compreensão razoável do que é esta coisa de uma espécie própria. A proposta que aqui repito é que devemos fazer renascer o uso do século XVIII de um termo que desenvolveu um uso especial no século XX, mas que facilmente pode acomodar outro. O termo, tal como proponho é o de uma ‘commonwealth’, usado mais ou menos da mesma forma por David Hume no seu *jeu d’esprit* utópico, ‘The Idea of a Perfect Commonwealth’. O ponto particular daquilo a que podemos chamar ‘commonwealth’ é que deve compreender um grupo de pessoas ao qual pode ser imputada alguma consciência que possuem uma valia (*weal*) comum, algo que é realmente um bem comum e que são capazes de se ver a si próprias ou aos seus representantes políticos e autoridades de governo realizando isso mesmo ou progredindo para isso através de alguma forma de estrutura política, incorporada em organizações constitucionais. Neste sentido, ambos os Estados membros e a União são commonwealths, uma mais densa e localizada, mais fortemente enraizada no sentido da tradição, da identidade pessoal e lealdade, a outra mais extensa e amplamente inclusiva (...). ‘Commonwealth’ parece ser um termo natural para usar aqui”<sup>17</sup>.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Beck, Ulrich (1986), *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. Main, Suhrkamp Verlag.
- Beck, Ulrich (2008), *Weltrisikogesellschaft: Auf der Suche nach der*

---

<sup>17</sup> MacCormick, 2001, 142-143.

- verlorenen Sicherheit*, Frankfurt a. Main, Suhrkamp Verlag.
- Beck, Ulrich and Edgar Grande (2007) “Cosmopolitanism: Europe's Way Out of Crisis”, in *European Journal of Social Theory*, 10, 67-85.
- Habermas, Jürgen (2011), *Zur Verfassung Europas: Ein Essay*, Frankfurt a. Main, Suhrkamp.
- Hart, H.L.H. (1961), *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Hobbes, Thomas (2001 [1668]), *Leviatã*, Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda.
- Grotius, Hugo (2005 [1625]) *The Rights of War and Peace*, ed. Richard Tuck, Indianapolis, Liberty Fund.
- Kelsen, Hans (1985 [1960]), *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes.
- Keohane, Robert (2002), “Ironies of sovereignty: the European Union and the United States”, in *Journal Of Common Market Studies*, 44(1), 743-765.
- MacCormick, Neil (2001), *Questioning Sovereignty – Law, State and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press.
- Puffendorf, Samuel (2003 [1672]), *The Whole Duty of Man, According to the Law of Nature*, ed. Ian Hunter & David Saunders, Indianapolis, Liberty Fund.

## Nótula sobre a noção de “direito natural” em *Direito Natural e História* de Leo Strauss

Rui Bertrand Romão

Instituto de Filosofia

Faculdade de Letras da Universidade do Porto

Em 1953 a *University of Chicago Press* deu à estampa o livro de Leo Strauss, *Natural Right and History*, baseado em conferências proferidas quatro anos antes e do qual algumas secções haviam entretanto saído em publicações periódicas. Dos mais lidos, controversos e influentes do seu autor, cedo se tornou num clássico da filosofia política da segunda metade do século XX. A sua importância, desde então, tem-se feito sentir em mais de uma área e a mais de um nível.

O principal intento straussiano, ancorado na contraposição plasmada no título da obra, surge exposto com a maior nitidez na “Introdução”<sup>1</sup>. A partir de uma verificação da ocorrência, ao tempo em que escrevia, de um geral abandono no Ocidente, diagnosticado como rejeição completa, do direito natural, Strauss declara a tarefa da sua restauração um imperativo irrecusável, tanto mais que “a necessidade de direito natural é tão evidente hoje quanto o tem sido de há séculos, e até mesmo milénios, a esta parte”<sup>2</sup>. Incumbir-lhe-á então, em tal contexto, levar a cabo uma tarefa afim e porventura mais modesta em sua especificidade que a da simples tentativa de resolução do problema do direito natural, resultante, em seu parecer, do conflito entre a concepção teleológica do universo que subjaz ao direito natural clássico e a visão não-teleológica do mundo natural imposta pela ciência moderna. Essa tarefa consiste na clarificação do problema

---

<sup>1</sup> Strauss, 1953, 1-8.

<sup>2</sup> *Idem*, 2.

no respeitante às ciências sociais, sendo que:

“[...] a ciência social de hoje rejeita o direito natural por duas ordens de razão diferentes, embora muitas vezes combinadas; rejeita-o em nome da História e em nome da distinção entre Factos e Valores.”<sup>3</sup>

Para Strauss a dita rejeição equivale “a dizer que todo o direito é positivo, e isto significa que o que é direito se determina exclusivamente pelos legisladores e pelos tribunais dos diversos países.”<sup>4</sup> A “positivação” do direito, ainda que de algum modo indiscriminada, não dispensaria todavia critérios de referência por que julgar o direito positivo. A simples aceitação dos ideais consagrados por uma sociedade não se apresenta como suficiente, pois carece, ela mesma, de se submeter a um critério superior. A solução straussiana face à situação assim delineada é a de arranjar um critério “por referência ao qual se possa distinguir a hierarquia dos vários tipos de necessidades genuínas”<sup>5</sup>. Ou seja, apenas o conhecimento do direito natural poderá garantir a resolução do problema gerado pelos conflitos entre as diversas necessidades da sociedade.

Strauss, por conseguinte, considera a rejeição do direito natural mais do que simplesmente perigosa. Segundo ele, leva ela inevitavelmente a consequências desastrosas, pois traduz-se na outorga da fundamentação dos princípios últimos, incluindo o da justiça, às cegas preferências individuais, à vontade de cada qual. Assim, “a rejeição contemporânea do direito natural conduz ao niilismo, mais, é idêntica com o niilismo”<sup>6</sup>.

Fácil torna-se de ver que, adoptando semelhante concepção, a necessidade absoluta do direito natural fundamenta-se em que a sua ausência cria um vazio que será necessariamente colmatado com a presença do dito niilismo, explicando o aparecimento deste.

Quer a atitude liberal valorizadora da tolerância quer o culto

---

<sup>3</sup> *Idem*, 6.

<sup>4</sup> *Idem*, 2.

<sup>5</sup> *Idem*, 3.

<sup>6</sup> *Idem*, 5.

desinibido da individualidade, ambos em luta contra posições de teor absolutista, as quais, de resto, elas acusam de propaladoras da intolerância, desembocam, na perspectiva straussiana, em relativismo completo e radical. Tal “relativismo liberal”, no fundo auto-contraditório, derivaria paradoxalmente da própria tradição de direito natural:

“O relativismo liberal tem as suas raízes na tradição do direito natural da tolerância ou na noção de que cada qual tem um direito natural para ir à busca da felicidade tal como a compreende, mas em si mesmo é um seminário de intolerância.”<sup>7</sup>

Semelhante atitude, na medida em que faria basear os princípios da acção na arbitrariedade, fomentará forçosamente o apontado niilismo por muito que recorra à racionalidade: “Quanto mais cultivamos a razão, mais cultivamos o niilismo e tanto menos seremos capazes de ser membros leais da sociedade” (Strauss, 1953, 6). Isto vem a acarretar a própria negação do que esse relativismo liberal procurava e em que pretendia se fundar, já que “a inescapável consequência prática do niilismo é [no dizer de Strauss] o obscurantismo fanático” (Strauss, 1953, 6).

Parece Strauss reivindicar que uma substancial e crucial parte da denunciada rejeição contemporânea do direito natural equivale ao que ele chama de um “ataque [levado a cabo] em nome da história” (Strauss, 1953, 9), ou seja, à adopção de uma postura face ao jusnaturalismo consentânea com a corrente do historicismo. Fundar-se-ia esta sobretudo na observação da mutabilidade através dos tempos e dos lugares dos princípios de justiça e da inexistência de um unânime e universal conhecimento do direito natural.

A total irrelevância da argumentação historicista deve-se, para Strauss, antes do mais, ao infundado da consideração por parte dos anti-jusnaturalistas de um consentimento universal da humanidade como condição necessária da existência do direito natural. Na medida em que o direito natural é racional, “a sua descoberta [pressupondo] o cultivo da razão” e logo implicando a sua desconexão de um conhecimento universal que não seja apoiado racionalmente (não se

---

<sup>7</sup> *Idem*, 6.

esperará, por exemplo, encontrar entre os selvagens o conhecimento do direito natural, alega-nos Strauss), qualquer negação dele carece de demonstração de justificação racional.<sup>8</sup>

A decisiva refutação do argumento dos adversários do direito natural, que, para a contestação deste, se escoram na diversidade e na variabilidade de noções de justiça, assenta na existência de uma total compatibilidade da ideia de direito natural com essa diversidade, ainda que a postule infinita. Adianta neste contexto Strauss uma afirmação audaciosa e controversa, que alguns filósofos, como John Finnis, por exemplo, reputam de indemonstrada: a própria variedade é condição *sine qua non* para a emergência da ideia de direito natural, “o reconhecimento da variedade das noções do que é justo é o incentivo para a demanda do direito natural” (Strauss, 1953, 10, sublinhado original). Deve-se aqui observar que procurar o direito natural não se pode confundir com encontrá-lo na sua determinação.

Uma rejeição minimamente consistente do direito natural para Strauss teria, como se vê, de assentar numa crítica filosófica e não numa leitura meramente histórica da cognoscibilidade do direito natural. Strauss aparenta identificar tal tipo de contestação com o “convencionalismo”, por ele encarado como uma “forma particular de filosofia clássica”, o qual pressupõe como seu traço constituinte essencial a distinção entre natureza e convenção. Contrapõe-se pois ao historicismo que enformaria a maior parte da contestação contemporânea do direito natural, porquanto esta recusaria liminarmente a legitimidade de tal distinção.

Strauss mostra-se particularmente severo para com a chamada escola histórica alemã do direito, cuja atitude assimila à do historicismo.<sup>9</sup> Diagnostica Leo Strauss o efeito paradoxal e a queda na autocontradição da tentativa particularista e historicista de instalar o homem na realidade empírica imanentista, a consequência do desenraizamento total do homem: “O historicismo culminou no niilismo, a tentativa de pôr o homem absolutamente em casa no mundo descaiu

---

<sup>8</sup> Cf. *Idem*, 9.

<sup>9</sup> Claro está que esta última designação corresponde à tradicional e não à estabelecida e divulgada por Popper (filósofo diga-se de passagem nada apreciado por Strauss) porquanto cabe na categoria do historicismo, caso se adopte a terminologia popperiana.

em que o homem se tornasse completamente desprovido de casa<sup>10</sup>. O historicismo por inconsistentemente se eximir ao seu veredicto sobre o pensamento humano torna-se auto-contraditório.

Se podemos caracterizar a perspectiva straussiana como, em múltiplos aspectos, crítica da modernidade, essa crítica, no ponto que estamos a apreciar, surge de modo assaz idiossincrático. Referimo-nos à circunstância de a denúncia de Strauss não incidir de maneira directa sobre a própria ruptura da Revolução Francesa, nem tão-pouco sobre o movimento intelectual que a terá preparado e preludiado, como outras páginas de Strauss o sugerem, mas antes sobre a reacção que se observa que ela veio a provocar. Não são as causas, nem o próprio episódio, na determinação da sua ocorrência, que se reprova, mas, afinal, os efeitos.

Ademais, o filósofo da Universidade de Chicago claramente conota esta reacção com intuítos tradicionalistas de preservação da ordem.

Em contrapartida, atribui à própria Revolução um carácter de maior continuidade com o que a precede, na relação com a concepção de direito natural clássica, do que à primeira vista seria de supor:

A escola histórica emergiu em reacção à Revolução Francesa e às doutrinas do direito natural que prepararam esse cataclismo.<sup>11</sup>

(Strauss, 1953, 13)

Não deixa Strauss, evidentemente, de reconhecer a ruptura revolucionária como tal. Frisa, porém, sobretudo nela a ligação com o passado, o corte maior com a tradição do direito natural vindo a seus olhos da oposição que contra aquela se ergue, pese embora assim se proceda a bem de uma continuidade interrompida. Em certa medida, a cisão aí implicada prende-se à circunstância de a oposição à Revolução laborar, segundo Strauss, num equívoco, o de imputar a princípios universais uma conotação necessariamente revolucionária:

Ao opor-se à quebra violenta com o passado a escola histórica insistiu na sabedoria e na necessidade de preservar ou de

---

<sup>10</sup> Strauss, 1953, 18.

<sup>11</sup> *Idem*, 13.



continuar a ordem tradicional. Isto poderia ter sido feito sem a crítica do direito natural enquanto tal.<sup>12</sup>

A hipótese straussiana consiste na possibilidade de os postuladores da escola histórica encararem como inevitável consequência da adopção de princípios abstractos conturbações e transtornos, funcionem eles como funcionarem:

[...] os fundadores da escola histórica parecem ter de algum modo compreendido que a aceitação de quaisquer princípios universais ou abstractos tem necessariamente um efeito revolucionário, perturbador e instabilizador na medida no que se refere ao pensamento e compreenderam também que o efeito é completamente independente de os princípios em questão, falando em geral, sancionarem ou não um curso de acção conservador ou revolucionário.<sup>13</sup>

Uma forte originalidade de Strauss reside, por um lado, em tirar importância à dicotomia conservadorismo/revolucionarismo, dissociando-a da crítica da recusa do direito natural, e, por outro lado, em fazer assestar na posição contrária à Revolução Francesa, sem de resto parecer outorgar a devida importância à pressuposição de uma clivagem originária na reacção a esta, o fulcro de uma verdadeira ruptura moderna que põe em causa a tradição clássica do direito natural.<sup>14</sup>

Para Strauss os conservadores historicistas herdando o equívoco revolucionário sobre a noção do natural (em que se combatia o não natural – ou convencional – e o transnatural confundidos, pelo que o natural era tomado como individual e o convencional por uniforme) e hostilizando as normas universais como abstrações, foram mais longe que os adeptos da Revolução francesa, prolongaram-lhes sem o saber o sentido e agravaram a situação que ela encetara:

---

<sup>12</sup> *Ibidem.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> A leitura straussiana assume-se, em boa verdade, pelo menos no que concerne a temática em observação, como em grande medida anti-conservadora, o que não deixa de aparecer como surpreendente e paradoxal aos olhos daqueles que hoje identificam Strauss como uma das fontes principais de um dos mais influentes ramos do conservadorismo contemporâneo estado-unidense.

Através de negarem o significado, se não a existência, de normas universais, os conservadores eminentes que fundaram a escola histórica estavam, de facto a continuar e a agudizar o esforço revolucionário dos seus adversários.<sup>15</sup>

Desvalorizando o universal em benefício do local e do temporal, os historicistas viriam, de acordo com esta concepção, a operar uma ruptura muito mais profunda que a empreendida pelos revolucionários (já que estes apenas visavam a transcendência) porquanto em rigor ela não se cingirá ao histórico nem ao político. O seu cariz pertence à ordem da filosofia. A transcendência estava “implicada no sentido originário da filosofia política como busca da ordem natural ou melhor da ordem política”<sup>16</sup>. A transcendência encontra-se pois na essência genealógica da filosofia política, segundo a interpretação straussiana.

Leo Strauss contraria a exclusividade da ligação de transcendência à religião revelada e vislumbra a preservação da transcendência da filosofia política no iluminismo e na Revolução Francesa, apesar de se ter entretanto verificado a modificação profunda acarretada pelo desenvolvimento e imposição da noção setecentista de progressão. O golpe fatal à ideia de transcendência não seria esse, mas, antes, o que viria a ser desferido pela escola histórica, paradoxalmente muito mais radical que o próprio radicalismo iluminista.

Constitui assim uma originalidade straussiana este diagnóstico do radicalismo por assim dizer imanentista do conservadorismo tradicionalista e anti-revolucionário, assimilado ao positivismo oitocentista.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Finnis, John (1980). *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Strauss, Leo (1953), *Natural Right and History*, Chicago, Chicago University Press.

---

<sup>15</sup> Strauss, 1953, 14.

<sup>16</sup> *Idem*, 15.



II.

DIREITOS FUNDAMENTAIS, IDENTIDADE E CONSTITUCIONALISMO  
EUROPEU



# O papel da Carta para entender e ultrapassar a actual crise política na União Europeia

Regina Queiroz

Instituto de Filosofia da Nova

Universidade Nova de Lisboa

## Introdução

O papel desempenhado pela *Carta Europeia dos Direitos do Homem* está ligado ao reforço de direitos fundamentais, os quais dão uma maior visibilidade quer aos valores indivisíveis e universais – a dignidade do ser humano, liberdade e solidariedade –, quer aos princípios da democracia quer, ainda, finalmente aos objectivos da União Europeia, tais como a preservação e o desenvolvimento da identidade dos Estados-membros.

No entanto, estamos a enfrentar uma crise que não é meramente económica devido à ameaça: a) aos valores indivisíveis e universais proclamados na *Carta*; b) à solidariedade entre os Estados-membros<sup>1</sup>. De facto, o aumento das desigualdades, os conflitos entre o Norte e o Sul da Europa, e as medidas económicas e financeiras de austeridade estão a desafiar a dignidade do ser humano, a liberdade e a solidariedade<sup>2</sup>.

Considerando que os direitos fundamentais reforçam esses valores, tentarei demonstrar como esses direitos e valores universais constituem importantes princípios para melhor compreender o que está a falhar na União Europeia e como podem ser invocados para ultrapassar, a longo prazo, uma crise política tão profunda.

Para este objectivo, demonstrarei no primeiro capítulo a não

---

<sup>1</sup> Delanty, 2008, Euzéby, 2010.

<sup>2</sup> Delanty, 2008, Euzéby, 2010, Makee et al., 2012.

distinção entre direitos políticos e sociais na *Carta* e a não existência de uma autonomia entre liberdade e igualdade<sup>5</sup>. No segundo capítulo, analisarei algumas dificuldades políticas à luz dos direitos e valores da *Carta*. Destacarei, também, as suas complexas e múltiplas fontes.

### 1. Direitos e valores na Carta

Como acima mencionado, o papel da *Carta* está associado, no seu preâmbulo, ao reforço dos direitos fundamentais enquanto meio para dar uma maior visibilidade (a) aos valores universais e indivisíveis da União – a dignidade humana, a liberdade e a solidariedade; (b) ao princípio da democracia e ao Estado de direito; c) e aos fins da União Europeia. De acordo com esses princípios, os direitos sociais são apresentados nas seguintes partes da *Carta*.

a) Parte II, sob o título de Liberdades: os artigos 1º e 15º referem-se aos direitos à educação e ao trabalho, respectivamente.

b) Parte III, sob o título de Igualdade: os artigos 23º, 25º e 26º referem-se aos direitos de igualdade entre homens e mulheres, aos direitos dos idosos e à integração de pessoas com deficiência, respectivamente.

c) Parte IV, sob o título de Solidariedade: os artigos 31º a 36º referem-se às condições de trabalho justas e equitativas, à proibição do trabalho infantil, à protecção da juventude no trabalho, da família e vida privada, da saúde e ao acesso a serviços de interesse económico geral.

d) Parte V, sob o título de Solidariedade: a Cidadania está ligada ao direito a uma boa administração.

Admitindo que a *Carta* enquadra a justificação da actividade política dos cidadãos europeus, o exercício de todos estes direitos implica que as instituições políticas da União e os seus Estados-membros devem assegurar: a) o direito à educação e ao trabalho, e os direitos dos idosos; b) a igualdade entre homens e mulheres; c) a integração de pessoas portadoras de deficiência; d) condições justas de trabalho; e) a protecção dos jovens no trabalho, da família e da vida privada; f) a protecção na saúde; g) e o direito a uma boa administração, nos âmbitos intra-estatal e comunitário.

---

<sup>5</sup> Baer, 2009, Dupré, 2012, Kotzur, 2009, et al.

Esta organização dos direitos na *Carta* supõe, assim, que não temos uma concepção negativa do(s) direito(s) e das liberdade(s)<sup>4</sup> e que não há uma antinomia entre liberdade e igualdade, tal como é, por exemplo, defendido na tradição liberal clássica<sup>5</sup>. Esta tradição advoga que os direitos positivos, como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, implicam a intervenção do Estado, a partir de actividades de redistribuição. Pelo contrário, os direitos negativos, tais como o direito à liberdade, à vida, à privacidade, à propriedade, apenas exigem o dever de não interferência das pessoas e dos Estados. A tradição liberal clássica também defende que os direitos civis e políticos estão alicerçados no valor político da liberdade, e que os direitos económicos, sociais e culturais se fundam no valor da igualdade. Neste último caso, teríamos uma antinomia entre liberdade e igualdade. Se acentuarmos o valor da liberdade, a igualdade não é concebível; se destacarmos a igualdade, a liberdade é suprimida.

Num artigo seminal, Shue<sup>6</sup> demonstrou que tanto os direitos positivos como os negativos implicam a intervenção do Estado. O direito à integridade física implica a criação de um aparelho administrativo do Estado que inclui tribunais, forças de segurança, escolas e outras instituições. Consequentemente, na ausência do critério de distinção entre direitos civis e económicos, sociais e culturais, a saber a intervenção do Estado, podemos reduzir os direitos políticos e civis a direitos sociais. Acrescentarei ao argumento de Shue que, enquanto reivindicações legítimas que exigem o dever de respeito, os direitos exigem *sempre* a intervenção dos Estados. De facto, se as pessoas são titulares de direitos e as outras (pessoas) tiverem o dever de os respeitar, a falta deste respeito implica a intervenção política e judicial do Estado. De outra forma, dificilmente abandonaremos o estado de natureza hobbesiano.

A antinomia entre liberdade e igualdade já foi refutada, por exemplo, na teoria da justiça como equidade de Rawls (1971), quando este demonstrou claramente que sem alguma medida de igualdade económica e social os cidadãos não podem usufruir das suas liberdades. A apresentação das liberdades na *Carta* tanto inclui a

---

<sup>4</sup> Coppola, 2011.

<sup>5</sup> Baer, 2009, Dupré, 2012, Kotzur, 2009, et al.

<sup>6</sup> Shue, 1997.



liberdade de pensamento, reunião e associação, explicitados, por exemplo, na *Letter Concerning Toleration*, como a liberdade para exercer uma profissão<sup>7</sup>.

A Carta é, assim, um repositório de uma conciliação rara de igualdade, liberdade, solidariedade e dignidade humana, por um lado, e direitos cívicos, políticos, sociais, económicos e culturais, por outro. Esta conciliação ilustra a natureza verdadeiramente especial da União Europeia. Não irei demorar-me com as condições históricas da concretização da sua excepcionalidade. Quero, apenas, sublinhar a conciliação excepcional dos valores de liberdade e igualdade e a consequente não distinção entre direitos negativos e positivos expressos, por exemplo, no controverso Estado Social ou de Providência.

## 2. Algumas dificuldades políticas

Apesar das disposições políticas da *Carta* relativas aos valores humanos, sabemos que existem conflitos entre a qualidade de membro de um Estado e a qualidade de membro da União<sup>8</sup>. Também existem conflitos entre os Estados e a União (veja-se os vários recursos perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos)<sup>9</sup>. Há, ainda, algumas tensões entre as tradições culturais, linguísticas e religiosas das pessoas e os direitos individuais<sup>10</sup> e entre as constituições intra-estatais e as diferentes comunidades do Estado-nação – veja-se o conflito entre os muçulmanos franceses e os princípios da República Francesa<sup>11</sup>. Finalmente, alguns objectivos da *Carta* (o reforço do respeito pela diversidade das culturas e das tradições dos povos da Europa e a identidade nacional dos Estados-membros) entram em discordância com o teor dos direitos fundamentais. Por exemplo, muitos cidadãos não compreendem o seu dever político relativo aos direitos de qualquer cidadão de um Estado diferente. E não compreendem, porque para esses cidadãos a pertença a um Estado-nação precede a pertença à Europa<sup>12</sup>. Por exemplo, se, por um lado, os finlandeses que apoiaram o partido “Verdadeiros Finlandeses” defendem privilegia-

---

<sup>7</sup> Locke , 1689.

<sup>8</sup> Fligstein et al., 2012, Guibernau, 2011, Kerr, 2013.

<sup>9</sup> Sapir, 2011.

<sup>10</sup> Ammon, 2006, Gerhards & Lengfeld 2011, Hoskins & Sallah 2011, et al.

<sup>11</sup> Adrian, 2011, Mullally, 2011, Vanhoenacker, 2011, et al.

<sup>12</sup> Fligstein et al., 2012, Guibernau, 2011, Kerr, 2013.

damente os seus concidadãos nacionais, por outro, a maioria dos cidadãos na Holanda, Alemanha ou Dinamarca, questionam a “ajuda” económica aos países periféricos. Para estes, os limites razoáveis dos deveres não se justificam pela comum cidadania, a europeia, mas remetem para a sua cidadania nacional<sup>15</sup>.

Não há dúvida que a protecção dos direitos exige a lealdade política dos Estados a que pertencem os cidadãos. Esta lealdade não é, porém, incompatível com os direitos de todos os cidadãos da União, porque estes direitos<sup>14</sup> constituem o princípio legitimador das constituições nacionais dos Estados-membros da Comunidade e da União que são, para além de outras fontes, a base da *Carta*<sup>15</sup>.

De facto, o seu conteúdo axiológico é resultado de tradições constitucionais e obrigações internacionais comuns aos Estados-membros. Também resulta do Tratado da União Europeia, que desde Maastricht tem sido emendado pelos seguintes. Advém, ainda, da Convenção Europeia para a protecção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Consequentemente, ainda que a *Carta dos Direitos Fundamentais* não existisse, como todas as constituições dos Estados europeus estão baseadas nos direitos humanos, essas constituições fundam uma verdadeira União política.

Poderá, todavia, interrogar-se qual a razão de ser de uma *Carta* que parece nada acrescentar às constituições dos Estados Europeus e cuja existência pode ser, por isso, considerada redundante. Com efeito, a referência comum nas constituições nacionais aos direitos fundamentais advém da sua relação inequívoca à Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). No entanto, como nesta, a apresentação dos direitos segue a distinção entre direitos civis e políticos (dos artigos 1º ao 21º), direitos sociais, económicos e culturais (do 22º ao 28º) e os direitos das comunidades (artigo 29º), a indivisibilidade, necessidade e universalidade dos direitos não é consensual. De facto, e de acordo com a já refutada distinção entre direitos negativos e positivos, há quem defenda que, por exemplo, o direito à educação

---

<sup>15</sup> Fligstein et al., 2012.

<sup>14</sup> Guibernau, 2011.

<sup>15</sup> Bellamy 2008.

(artigo 26º) é incompatível com o direito à liberdade (artigos 1º, 3º) e propriedade (artigo 17º). Como mencionámos no início, a apresentação dos direitos na *Carta* expressa a irrelevância dessa distinção. Ora, essa apresentação, que não é apenas uma questão formal, mas também substantiva, é tanto mais importante quanto a existência dos direitos fundamentais da União Europeia aponta para a existência de uma entidade política precisa, a União dos Estados Europeus. Esta União tem instituições próprias, como por exemplo, o Parlamento Europeu — não é assim despidendo que o capítulo V sobre a cidadania estabelece no artigo 39º o direito a eleger e ser eleito para o Parlamento Europeu.

A *Carta* tem por isso como objecto a União Europeia, a qual inclui os Estados Nacionais Europeus porque estes estão politicamente associados a essa entidade política autónoma. De facto, sem alienar a existência independente dos Estados, a *Carta dos Direitos Fundamentais* certifica e identifica, por isso, nos planos ético, jurídico político, os princípios estruturantes da União. Neste contexto, talvez seja se compreenda melhor a relevância ética, política e jurídica, do modo de apresentação dos direitos na *Carta*. Com efeito, a identidade da União Europeia está indissolúvelmente associada à indivisibilidade dos domínios político, económico e social, expressa a nível estadual na designação de Estado Social. Daí que conquanto a natureza da União seja objecto de disputa política, seja qual for a sua organização — confederação, federação ou Europa das Nações — esta estará sempre subsumida pelos seus princípios éticos, jurídicos e políticos. O facto de a *Carta* emergir das constituições nacionais não a torna, por isso, redundante.

Na perspectiva da indivisibilidade dos domínios político, económico e social, i.e. da indivisibilidade dos direitos, a actual crise económica e financeira é, por conseguinte, mais um sinal do colapso da singularidade política da União Europeia, do que uma consequência quer de ataques especulativos dos mercados financeiros, quer da incapacidade dos líderes dos Estados-membros, principalmente da Alemanha<sup>16</sup>, para enfrentar a crise das dívidas soberanas, quer, finalmente, do poder ilegítimo da Alemanha<sup>17</sup> para resolver a crise,

---

<sup>16</sup> Young & Semmler, 2011.

<sup>17</sup> *Ibid.*

sobrepondo-se a estruturas institucionais e legítimas, tais como o Parlamento Europeu, o Conselho da Europa e a Comissão Europeia<sup>18</sup>. De facto, as medidas políticas da maioria das políticas europeias actuais, na Zona Euro e na União Europeia, são baseadas na ideia de que direitos sociais como o direito à saúde, o direito à educação, o direito ao trabalho, são demasiado dispendiosos para serem mantidos pelos Estados. No Reino Unido, em Portugal, Espanha, na Grécia e Itália, as actuais políticas públicas desafiam o património comum insito nas suas constituições e na *Carta dos Direitos Fundamentais*. Este património, baseado nos valores importantes de liberdade, mas também igualdade, solidariedade e cidadania, está a desaparecer<sup>19</sup>. De facto, não apenas o criticismo por parte de alguns grupos de cidadãos do Norte da Europa contra os do Sul é um sinal claro de falta de solidariedade<sup>20</sup>, indiciando a recusa de qualquer cidadania europeia igualitária<sup>21</sup>, como o argumento do preço das políticas sociais para salvaguardar os direitos à educação, saúde, trabalho e cultura questiona a não distinção entre direitos negativos e positivos. Conquanto a importância política da sustentabilidade financeira seja inegável, quando a justificação política remete em última instância para o primado do financeiro ou económico, descurando-se o social e o cultural, estamos perante uma revisão da letra e espírito da *Carta dos Direitos Fundamentais*. Nessa revisão – para não dizer capitulação – atinge-se o âmago daquela letra e daquele espírito, i.e. a não distinção entre igualdade e liberdade – entre cidadãos e Estados – e entre direitos positivos e negativos. Assim, defendendo que a superação da crise financeira e económica europeia actual, relacionada com a mudança do desenho institucional da Zona Euro<sup>22</sup>, e com as decisões económicas e financeiras subjacentes à unificação política da Europa, será tanto mais fácil quanto as suas políticas estiverem mais próximos dos direitos e valores da *Carta*<sup>25</sup>. O que está, então, em jogo nesta crise política é a *vontade* política para retornar aos direitos políticos e aos valores universais da União Europeia.

---

<sup>18</sup> Sapir, 2011.

<sup>19</sup> Delanty, 2008, Kerr, 2013.

<sup>20</sup> Delanty, 2008, Kerr, 2013.

<sup>21</sup> Kerr, 2013.

<sup>22</sup> Sapir, 2011.

<sup>25</sup> Coppola, 2011.

## Conclusão

A crescente crise política na União Europeia, em geral, e na Zona Euro, em particular, não é insolúvel. A *Carta dos Direitos Fundamentais* oferece um quadro claro para os políticos da União Europeia superarem, a todos os níveis de intervenção — local, nacional e comunitário — as trágicas consequências sociais, econômicas e financeiras da crise. Na verdade, a irrelevância da distinção entre direitos negativos e positivos, e a importância igual da liberdade, igualdade e solidariedade, podem oferecer os princípios fundamentais das decisões políticas dos cidadãos europeus.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adrian, M. (2011). A Common Life amidst Fragmentation: A Consideration of German and French Approaches to the Integration of Muslims, *Journal of Muslim Minority Affairs*, 31(3): 411-422.
- Ammon, Ulrich. (2006). Language conflicts in the European Union, *International Journal of Applied Linguistics*, 16(3), 319-338.
- Baer, Susanne (2009). Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle, *The University of Toronto Law Journal*, 59(4): 417-468.
- Bellamy, Richard (2008). Evaluating Union citizenship: belonging, rights and participation within the EU, *Citizenship Studies*, 12(6): 597-611.
- Coppola, Serena (2011). Social Rights in the European Union: the Possible Added Value of a Binding Charter of Fundamental Rights, *Comparative perspectives on Law and Justice*, 8: 199-215
- Delanty, Gerard (2008). Fear of Others: Social Exclusion and the European Crisis of Solidarity, *Social Policy & Administration*, 42(6): 676-690.
- Donnelly, Shawn (2011). The Public Interest and the Economy in Europe in the Wake of the Financial Crisis, *European Political Science*, 10: 384-392.
- Dupré, Catherine (2012). Dignity, Democracy, Civilization, *Liverpool Law Review*, 31(3): 263-280.
- Euzéby, Alain (2010). Economic crisis and social protection in the European Union: Moving beyond immediate responses, *International Social Security Review*, 63(2): 71-86.
- Gerhards, Jürgen and Lengfeld, Holger (2011). European Integration,

- Equality Rights and People's Beliefs: Evidence from Germany, *European Sociological Review*, 29(1): 19-31.
- Guibernau, Montserrat (2011). Prospects for a European identity, *International Journal of Politics, Culture, and Society*, 24(1/2): 31-43.
- Fligstein, Neil, Polykova, Alina, Sandholtz, Wayne (2012). European Integration, Nationalism and European Identity, *Journal of Common Market Studies*, 50: 106-122.
- Hoskins, Bryony & Sallah, Momodou (2011). Developing intercultural competence in Europe: the challenges, *Language and Intercultural Communication*, 11(2): 113-125.
- Kerr, David (2015). Participatory citizenship in Europe: The effects of the economic crisis on policy, practice and citizen engagement across EU member states, *Citizenship Teaching & Learning*, 8(2): 249-264(16).
- Kotzur, Markus (2009). European Glance on the Notion of Citizenship, *1 City of Hong Kong Law Review*, 91-104.
- Locke, John (1689 [1984]). *A Letter Concerning Toleration*, Hackett Publishing Company, Indiana.
- Lucarelli, Bill (2011/2012). German neomercantilism and the European sovereign debt crisis. *Journal of Post Keynesian Economics*, 33(2): 205-224.
- Mckee, Martin; Karanikolos, Marina; Belcher, Paul and Stuckler, David (2012). Austerity: a failed experiment on the people of Europe, *Clin Med*, 12(4): 346-350.
- Mullally, Siobhan (2011). Civic Integration, Migrant Women and the Veil: at the Limits of Rights?, *The Modern Law Review*, 74(1): 27-46.
- Pianta, Mario (2013). Democracy Lost: The Financial Crisis in Europe and the Role of Civil Society, *Journal of Civil Society*, 9(2): 148-161
- Rawls, John (1971). *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Mass
- Sapir, André (2011). Europe after the crisis: less or more role for nation states in money and finance? *Oxford Review of economic policy*, 27(4): 608-619.
- Shue, Henry (1997[1997]). "Basic Rights", in *Contemporary Political Philosophy. An Anthology*, Goodin, Robert. E. and Pettit, Philip (eds), London, Blackwell Publishers, 341-355.
- Vanhoeacker, Maxime (2011). Education in a French secular group of scouts: a site to study tensions over citizenship, *Citizenship Studies*, 15(8): 1047-1059.

Young, Brigitte & Semmler, Willi (2011).The European Sovereign Debt Crisis: Is Germany to Blame? *German Politics & Society*, 9(1): 1-24(24)

# A Carta dos Direitos Fundamentais e a Constitucionalização Europeia

Paulo Barcelos  
Instituto de Filosofia da Nova  
Universidade Nova de Lisboa

“Je m’accomoderais fort mal d’un monde sans livres, mais la réalité n’est pas là, parce qu’elle n’y tient pas tout entière.”  
Marguerite Yourcenar, Mémoires d’Hadrien

## Introdução<sup>1</sup>

Uma das características que compõem a muito aludida singularidade da União Europeia (UE) é a sua disposição assimétrica das esferas políticas e simbólicas que compõem classicamente um sistema de governo. Existe, antes de mais, uma desproporção entre o estatuto constitucional que a União alcançou e o equilíbrio na distribuição dos poderes legislativo e executivo entre as instituições nacionais e comunitárias. É verdade, por um lado, que desde a definição precoce da Comunidade Europeia por parte do agora chamado Tribunal de Justiça da União Europeia (TEJ) – como consequência das doutrinas de *supremacia* e *efeito direto* – como constituindo uma “nova ordem jurídica de direito internacional”, o direito comunitário adquiriu um estatuto constitucional, sendo colocado no topo da hierarquia

---

<sup>1</sup> Este capítulo parte de algumas parcelas de um texto já existente (Barcelos, 2015), revendo-as e aumentando-as substancialmente. Estou grato a Ana Filipa Guardião pela ajuda na tradução das parcelas do texto anteriormente escritas em língua inglesa.



normativa<sup>2</sup>. Por outro lado, porém, essa evolução não foi acompanhada ao nível da formulação de políticas e da estrutura e competências das instituições. Nessa esfera, a divisão de poder entre as instituições – colocando-se ainda o Conselho no núcleo de tomada de decisão e mantendo-se sob a alçada exclusiva de cada um dos Estados-membros a competência sobre áreas vitais ligadas à compreensão da soberania nacional, desde a defesa e segurança até à tributação e aos orçamentos – sanciona uma compreensão da União como intermédio entre confederação e federação, ainda não transcendendo completamente as bases do entendimento clássico de regimes internacionais, ou como qualquer outra coisa que o léxico moderno (estatocêntrico) sobre instituições políticas não pode ainda inteiramente compreender<sup>3</sup>.

Para além disso, a UE desenvolveu este sistema dual desligado-o da estratégia moderna de legitimação de um sistema de autoridade que exerce coerção sobre seus cidadãos. Não há remissão a um *demos*, não há identificação, mesmo que mais mítica do que empírica, de um grupo originário de signatários do *contrato social*, dos quais as gerações atuais derivariam a sua aquiescência e se constituiriam enquanto o próprio locus de soberania, enquanto sucessores dos contratantes originais. Poder-se-á sustentar, certamente, que as lógicas de precedência entre *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué* nem sempre são lineares. A “invenção” material e simbólica do segundo poderia ser incitada pela definição de um momento constitucional em que as instituições do governo tivessem sido formalmente criadas e autorizadas como legítimas pelo povo que, através desse mesmo ato, seria instanciado como tal.

Ainda não testemunhámos, no entanto, a extensão supranacional destes ritos democráticos na história da integração europeia, onde a lei fundamental sempre foi formulada e confirmada a partir das instituições e elites domésticas dos Estados-membros. De facto, das únicas vezes em que houve tentativas para sustentar a transferência da capacidade soberana – e a cunhagem simbólica da União enquanto forma de governo suportada por um *demos* constitucional, no caso do último exemplo – a partir do apoio formal dos povos europeus, os resultados foram desastrosos, espelhados pelo “*petit oui*” e pelo “*não*” que

---

<sup>2</sup> Dehousse, 1998.

<sup>3</sup> Schmitter: 1996; Christiansen, 2006.

taram dos referendos ao tratado de Maastricht e dos “nãos” que rejeitaram o Tratado Constitucional Europeu. Estes acontecimentos são muitas vezes descritos como sintomas visíveis do défice democrático da UE, de uma violação grave da legitimidade do governo perante os olhos dos povos cujas vidas são parcialmente governadas pela União, que comprometeria encará-la como uma estrutura política verdadeiramente democrática<sup>4</sup>. O estatuto jurídico e político da União Europeia parece, desta forma, ser assolado por uma contradição fundamental: é uma “constituição sem algumas das condições clássicas do constitucionalismo”<sup>5</sup>.

Apesar do diagnóstico pessimista habitual, existe uma panaceia que muitas vezes é divulgada. De facto, se tomarmos como verdadeira a ligação entre a avaliação de um regime enquanto justo e a existência se não de um povo entendido como um todo culturalmente coerente, pelo menos de um consciente coletivo, unido em torno de um laço cívico, perante o qual as instituições do governo são responsáveis, então o caminho para superar o paradoxo no cerne do constitucionalismo da UE seria aplicar este postulado ao contexto internacional: revelando a existência de um demos europeu ou criando as condições para o seu desenvolvimento. A questão é, portanto, definir quais são as condições para o seu surgimento.

Esta parece ser a abordagem que tem sido seguida na UE. O objeto deste texto visa clarificar esta asserção concentrando-se numa das estratégias de potenciação do sentimento de pertença comunitária entre cidadãos europeus de maior visibilidade e importância de entre as que foram seguidas nos últimos anos. Trata-se de uma estratégia documental, unindo-se em torno da elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDF).

Sustentarei aqui, por conseguinte, que os propósitos que sustentaram a decisão de se redigir uma Carta não se prendem tanto com as finalidades habitualmente atribuídas a esses documentos. No caso da CDF, parece haver motivos para afirmar umnexo entre o surgimento, na virada do século passado, da ideia de elaborá-la e a intenção de alcançar uma condição de ligação pós-nacional entre indivíduos, através da criação e difusão de um documento formal que pudesse

---

<sup>4</sup> Dobson e Weale, 2004.

<sup>5</sup> Weiler, 2001, 57.

demonstrar a posição axiológica comum da experiência europeia, tornando assim visível a raiz agregadora que une todos os cidadãos da União Europeia. Antes de lá chegarmos, passemos em revista o historial de proteção dos direitos fundamentais nas Comunidades Europeias, antes de a Carta ter sido concebida e ter ganho valor jurídico vinculativo.

### 1. A Carta que antes de o ser já o era

Ao que parece, não foi pela falta de uma Carta que assistimos, na história da integração europeia, a protestos contra violações de direitos fundamentais pelas instituições comunitárias. Os debates que se debruçaram sobre a melhor forma de garantir uma proteção adequada – tendo por mais evidentes hipóteses manter o status quo, aderir à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ou elaborar de um documento formal – foram na sua maioria realizados não enquanto reação a um estado insatisfatório da questão mas a partir da reflexão prospectiva sobre a melhor forma de garantir a autonomia dos nacionais dos Estados-membros contra possíveis violações de direitos humanos por parte dos organismos supranacionais.

No período pré-*Carta*, as fontes e âmbito da proteção judicial dos direitos fundamentais eram estabelecidas de forma *pretoriana* pelo TEJ. Esta questão é muitas vezes tida em conta como outra faceta da elaboração de um “modelo constitucional para uma estrutura de tipo federal na Europa” através da deliberação criativa dos juizes afastada da “metodologia tradicional do direito internacional”<sup>6</sup>.

A história da evolução jurisprudencial do Tribunal desde a recusa em ajuizar matérias de direitos fundamentais – encaradas como excluídas do âmbito de ação das Comunidades Europeias, entendido como estritamente económico e técnico, – até à declaração do léxico desses mesmos direitos como fazendo parte dos *princípios gerais de direito comunitário* e a assunção de crescentes de poder de supervisão da compatibilidade das ações não só das instituições europeias mas igualmente dos Estados-membros quando aplicam direito da UE com os direitos fundamentais dos cidadãos é já bastante conhecida. Por tê-la resumido noutro texto<sup>7</sup> passo adiante a análise histórica expondo

---

<sup>6</sup> Stein 1981, 1; Mancini 2000a, 2000b.

<sup>7</sup> Barcelos, 2015, 29-33.

diretamente a conclusão que se lhe pode extrair. De um conjunto importante de acórdãos, situados entre os anos sessenta (*Stauder*) e os anos noventa (*ERT*), pode deduzir-se que, mesmo na falta de um documento formal e na impossibilidade de criação de um mosaico a partir de um puzzle muito incompleto das cláusulas de proteção dos direitos fundamentais presentes nos tratados fundadores da UE, o TEJ foi desenvolvendo um quadro evolutivo de proteção judicial dos direitos humanos. Este foi delineado, como o indica Manfred Dausès<sup>8</sup>, “em antecipação à elaboração de sua própria carta”, ou mesmo, como também é defendido, eliminando totalmente a necessidade de um tal documento.

Quais as razões para esta evolução? É certo que uma delas, particularmente forte, parece ter sido o desenvolvimento de uma ‘estratégia defensiva’ por parte do TEJ para assegurar a manutenção das prerrogativas que o Tribunal se tinha auto-atribuído nos anos anteriores, e que foram desafiadas na década de 1970 pelos tribunais constitucionais alemão e italiano<sup>9</sup>. Houve, porém, razões complementares, que estão diretamente relacionadas com o assunto deste texto. Para além de uma conexão a um momento histórico favorável<sup>10</sup>, Weiler e Lockhart sustentam que a uma explicação fundamental para a mudança ‘humanitária’ da jurisprudência do TEJ desde os dias do caso *Stork* está ligada à perceção do carácter preocupante do défice democrático da Comunidade. A ligação dos cidadãos ao sistema europeu de governança poderia ser aumentada contrabalançando a estrutura de coerção pela delimitação dos direitos fundamentais dos cidadãos garantidos ao nível supranacional pela instância judicial da Comunidade.

Da mesma forma, tal compromisso seria também uma forma de resolver o problema estrutural do TEJ, que, ao contrário dos tribunais nacionais, não é apoiado pela existência de um demos claramente demarcado, a quem o Tribunal se relaciona simbolicamente como um *pouvoir constitué*<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> 1985, 418.

<sup>9</sup> Coppel e O’Neill, 1992, 227-230.

<sup>10</sup> Menéndez, 2001.

<sup>11</sup> 1995, 625.

## 2. Porquê uma Carta?

Independentemente de quão críticos sejamos para com o ativismo do TEJ no que se refere a esta lei em particular, dificilmente poderíamos afirmar que a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos estaria ameaçada se este sistema informal subsistisse. Podia simplesmente ter-se mantido o status quo<sup>12</sup>.

Outra opção seria o acesso a um sistema externo de proteção que avaliaria as ações das instituições comunitárias. A adesão da Comunidade como um todo, seguindo as adesões individuais de todos os Estados membros, à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais foi objeto de várias propostas e iniciativas<sup>13</sup>, mas acabou anulada por tempo indeterminado após o Parecer do Tribunal de Justiça sobre esse assunto (2/94, de 28 de Março de 1996) solicitado pelo Conselho. O Tribunal de Justiça rejeitou a possibilidade de adesão à Convenção por meio das condições definidas no artigo 235º do Tratado de Roma, que estabelece que as medidas não definidas nos tratados mas necessárias para atingir um dos objetivos da Comunidade podem ser tomadas pelo Conselho depois das devidas consultas com o Parlamento Europeu (PE). Uma mudança de tal magnitude no sistema político da Comunidade teria que implicar requisitos processuais mais robustos. Depois disso, os Estados membros deixaram cair o assunto, optando por fazer referência à Convenção e à necessidade de respeitar os direitos fundamentais no Tratado de Maastricht (artigo F). A prática anterior de revisão judicial foi mantida, deste modo, como a única opção até ao Conselho de Colónia, em 1999.

Há certamente muitas razões válidas que justificavam, e até mesmo tornavam necessário, um reforço da proteção dos direitos fundamentais na UE naquela época. O futuro alargamento a Leste, que incluiria países até poucos anos antes governados por regimes autoritários, induziu, por exemplo, a necessidade de se estabelecer uma norma europeia clara no que toca à proteção dos direitos humanos. A mesma necessidade foi sentida em relação à aproximação de uma conclusão “funcionalista” do plano para uma união monetária. A ênfase crescente sobre os direitos humanos podia, para além disso, servir

---

<sup>12</sup> Weiler, 2000.

<sup>13</sup> Moura Ramos 2001, 181-187.

como um dispositivo de proteção contra o surgimento de partidos de extrema-direita em muitos países europeus. Contribuiria, finalmente, para a harmonização dos diferentes níveis de proteção em cada um dos pilares da União<sup>14</sup>.

No entanto, tudo isso não teria inevitavelmente de levar à elaboração de uma carta de direitos. Estas razões incitam, com efeito, a uma extensão das medidas de proteção dos direitos fundamentais, mas isso independentemente do meio escolhido para realizá-lo. Por conseguinte, o que precisamos procurar são os argumentos que apelaram especificamente à criação de um documento com o propósito solene de se instituir em lista unificada dos direitos que são protegidos na esfera comunitária.

A partir da literatura e das discussões sobre a Carta, podemos discernir três principais razões alegadas para apoiar a sua redação. Lidando com cada uma delas, tentarei sustentar que essas melhorias não exigiam necessariamente a implementação de uma Carta, ou então exigiriam muito mais do que a CDF do modo como foi concebida.

### *2.1 Visibilidade e segurança jurídica*

Para alguns, mesmo que a Carta não alcance mais que uma mera codificação e consolidação da legislação existente, já atende a alguns propósitos importantes<sup>15</sup>.

Em primeiro lugar, a Carta reforça a participação dos cidadãos no debate sobre os princípios constitucionais da UE. A visibilidade concedida aos direitos na base da integração europeia através de sua publicação num documento agregado, ao contrário da antiga dispersão numa miríade de fontes legais, permite um escrutínio público do catálogo mais intenso e democrático.

Em segundo lugar, o código favorece a segurança jurídica, na medida em que uma única fonte pode substituir a variedade de fontes das quais o TEJ derivava os direitos a serem aplicados e a sua interpretação. A estrutura multi-nível de direitos fundamentais não desapareceria, mas os indivíduos passariam a ter uma imagem

---

<sup>14</sup> Para o elenco de outras razões veja-se McCrudden 2001; Bellamy e Schönlaue 2004, 418-9.

<sup>15</sup> Menéndez 2001, 13-14; 2003, 27; Eriksen 2003, 49-58; Twomey, 1994, 128.

unificada dos direitos que possuem face às instituições comunitárias. Além disso, para quem for favorável à domesticação da criatividade da jurisprudência do Tribunal de Justiça, pode ser alegado que a Carta faz balançar processo de proteção dos direitos fundamentais para fora do monopólio dos tribunais, já que agora estes têm um conjunto claramente definido de direitos aos quais se referir.

Se o primeiro argumento parece ser válido, é difícil, porém, não se relativizar a possível autonomia deliberativa dos cidadãos europeus. É verdade que o processo de redação da Carta foi muito mais aberto do que aquele utilizado para os tratados, com uma convenção de redação multinível e multi-institucional, contando com a participação – mesmo que residual – de algumas organizações provenientes da sociedade civil, e com reuniões semi-públicas da convenção. No entanto, não podemos dizer que tenha havido uma verdadeira participação popular na concepção do documento<sup>16</sup>. Além disso, nenhum processo de revisão periódica da Carta está previsto, e não foi definida a forma de iniciá-lo. Parece que o documento não foi pensado para ser revisto, muito menos a pedido do público, ou com a sua participação direta.

Na verdade, a cristalização dos direitos num documento formal pode até ter efeitos contraproducentes, uma vez que pode levar políticos e eleitores a “deixarem de pensar sobre direitos e discuti-los por si próprios”, remetendo essas questões para fora da legislatura e reenviando a tomada de decisão sobre interpretação e extensão dos direitos para o poder judicial<sup>17</sup>. Além disso, se não for acompanhada pela capacitação dos cidadãos através de uma mudança institucional, uma carta de direitos pode contribuir para desviar a atenção das questões de distribuição de poder e, portanto, estagnar pedidos de uma participação popular mais efetiva na esfera pública de deliberação<sup>18</sup>. No caso da UE, tal densificação democrática implicaria provavelmente algumas escolhas difíceis na direção de uma lógica mais marcadamente parlamentar no seu ordenamento institucional. Isto teria como consequência a reformulação dos modos de funcionamento e eleição da Comissão e do Conselho. Na verdade, independentemente do tipo

---

<sup>16</sup> Delouche Gauchez, 2002; de Burca, 2001b.

<sup>17</sup> Bellamy e Schönlau 2004, 452.

<sup>18</sup> Twomey, 1994, 129.

de alterações necessárias para promover uma esfera pública europeia, a sua existência parece ser uma condição *sine qua non* para a experiência de um verdadeiro *momento constitucional* na UE.

Quanto ao segundo argumento, se é verdade que os indivíduos obtêm uma imagem mais clara dos direitos a que têm direito no espaço europeu, este facto ainda não era forte o suficiente para justificar a criação de uma Carta, em vez de, por exemplo, se ter tirado partido de um dos anteriores processos de alteração de tratados para concretizar a muito solicitada adesão coletiva à Convenção Europeia<sup>19</sup>. A opção seguida não parece levar necessariamente a um aumento da proteção dos direitos fundamentais em comparação com o que já existia por via judicial. Existiam outras formas mais diretas e robustas de promover a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Quanto às fontes de proteção dos direitos fundamentais, o seu excesso, e não um défice, parece ser a regra na UE<sup>20</sup>.

## *2.2 Inclusão de direitos emergentes*

Poderá alegar-se que uma outra razão a tornar a Carta necessária seria o preenchimento de um certo vazio em termos de codificação, a fim de melhorar a proteção dos direitos ao “consagrar determinados ‘novos’ direitos que já existem mas ainda não foram explicitamente protegidos como direitos fundamentais”<sup>21</sup>. Os direitos emergentes são aqueles ligados à proteção da privacidade no âmbito das tecnologias de informação, às questões de bioética, ou ao direito a uma boa administração. O alargamento do catálogo de direitos que devem ser protegidos deriva, conforme indicado no Preâmbulo da Carta, da necessidade de acompanhar a “evolução científica e tecnológica” das últimas décadas.

Este argumento, não parece, porém, convincente, pois o problema que sinaliza é inevitável em todos os códigos legais, e a solução é apenas temporariamente eficaz, ou então requereria um fluxo constante de Convenções de redação. Na verdade, para adaptar uma

---

<sup>19</sup> A adesão veio entretanto a concretizar-se, formalizada no Tratado de Lisboa (artigo 6.º, n.2). Veja-se, sobre esta questão, o texto de Ricardo Pedro neste volume.

<sup>20</sup> Dausès 1985, 416; Weiler 2000, 95.

<sup>21</sup> Comissão Europeia, 2000.



expressão que Walter Benjamin utiliza num contexto muito diferente, cada código de direitos “pode ser perdido num vazio no momento mesmo em que abre a boca”. O facto de os desenvolvimentos sociais e a mudança de auto-compreensão cultural de uma comunidade possam dar lugar à perceção e codificação legal de direitos emergentes não obriga a entrincheirá-los através de constantes revisões de cartas de direitos, cada uma provavelmente já ultrapassada no momento em que é proclamada. Qualquer enunciação “constitucional” de direitos não precisa de ter a presunção de ser exaustiva. Isto é o que se enuncia, por exemplo, na Nona Emenda da Constituição dos Estados Unidos: “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo.” Um exemplo do panorama europeu é a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, onde o problema do envelhecimento de qualquer documento é tratado de forma dupla: por um lado, pela inclusão no texto legal de sucessivos protocolos, por outro lado, pela interpretação, por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, do significado dos direitos consagrados na Convenção como incluindo a possível extensão e atualização da sua abrangência<sup>22</sup>.

### *2.3 Veículo de constitucionalização*

As razões aludidas até agora apontam para uma necessidade ‘técnica’ de atualizar e publicitar os direitos fundamentais que se aplicam transversalmente aos cidadãos da União. De facto, tal tarefa, devido à sua natureza especializada e meramente compilatória (não criativa), seria adequada a um grupo pequeno de académicos e profissionais, um grupo de especialistas trabalhando por exemplo sob uma das Direções Gerais da Comissão. No entanto, se o exercício de elaboração da Carta foi confiado a uma equipa interinstitucional contando com figuras políticas de relevo, tal deve-se certamente ao facto de os membros do Conselho Europeu de Colónia contarem com um papel mais grandioso para o documento.

---

<sup>22</sup> Como podemos ler no Parágrafo 154<sup>o</sup> da sentença *Ireland vs. United Kingdom*, “Os julgamentos do Tribunal servem, com efeito, não apenas para decidir aqueles casos apresentados ao Tribunal mas, mais geralmente, para elucidar, salvaguardar e desenvolver as regras instituídas pela Convenção, contribuindo assim para a observância por parte dos Estados dos compromissos que assumiram enquanto Partes Contratantes” (citado em Krüger, 2004, xix).

O propósito de uma carta de direitos não está, com efeito, limitado à realização de funções pragmáticas (i.e. proteção dos indivíduos). Transmite também a força simbólica de um instrumento de legitimação política, funcionando como garante da mesma autonomia pessoal para cada signatário do *contrato social*, sendo, conseqüentemente, justificativa do exercício de coerção das instituições políticas face os cidadãos, perante os quais são responsáveis. As fronteiras de uma organização política são definidas por aqueles incluídos na moldura de direitos estabelecida pelos documentos fundadores de um regime político. É por isso que “os direitos humanos formam a base constitucional da ordem legal, seja ela nacional ou transnacional”<sup>23</sup>.

De acordo com este ponto de vista, se o plano é conceder uma nova fundação à UE a partir da cristalização de um ethos comum de princípios constitucionais, a sua proteção jurisprudencial a partir de uma amálgama de fontes é claramente insuficiente. Tal labirinto, do qual somente os especialistas jurídicos têm o fio de Ariana, é incapaz de suscitar entre os cidadãos a percepção de pertença ao mesmo corpo político. Esses princípios fundamentais requerem um documento formal no qual estejam claramente enunciados<sup>24</sup>. A Carta teria, assim, emergido enquanto “momento constitucional”.

Mesmo se a UE já estivesse de alguma forma constitucionalizada a nível legal, e em alguma medida em termos de supranacionalismo institucional; mesmo que uma narrativa de integração venha sendo desenvolvida desde os primeiros estágios da história das Comunidades, a Carta não só dotaria a União de um conjunto de princípios justificatórios como estabeleceria os direitos enquanto *lingua franca* para discutir desenvolvimentos futuros da integração europeia<sup>25</sup>.

Assim, o que estaria em causa com a Carta não poderia ser simplesmente uma legitimação *a posteriori* para uma estrutura de governação já definida, mas uma verdadeira reorientação da ética europeia. Esta redefinição da própria narrativa de integração levaria a uma transição desde a prevalência funcionalista dos objetivos económicos

---

<sup>23</sup> Twomey 1994, 121. Veja-se também Dutheil de la Rochère 2001, 2; Duff 2000, 14.

<sup>24</sup> Dausés 1985, 413.

<sup>25</sup> Menéndez 2001, 15.

para uma ênfase no seu núcleo axiológico compartilhado, ou seja, um “compromisso com um leque de valores fundamentais que transcendem objetivos puramente de mercado”<sup>26</sup>.

As raízes desta putativa reorientação não são tanto uma questão de extensão da competência da autoridade supranacional no que diz respeito aos direitos fundamentais, como de difusão do alcance dos direitos fundamentais a todas as etapas do direito derivado. Nas palavras de de Búrca: “não é somente uma questão de ver se a CE e a UE podem ganhar poderes legislativos mais fortes para agir na promoção dos direitos humanos, mas também se os restantes poderes legislativos e de outro âmbito existentes na UE são capazes de ser reorientados e infundidos com uma série de diferentes valores e considerações pela entrada em vigor da Carta enquanto instrumento constitucional”<sup>27</sup>. Esta abordagem poderia, finalmente, levantar a questão da possível *incorporação* daqueles direitos nos sistemas legais dos Estados-membros, da mesma forma que o Supremo Tribunal norte-americano incorporou as primeiras dez emendas da Constituição Norte-Americana na esfera dos Estados federados. Isto significaria que as atividades domésticas de todos os Estados-membros seriam monitorizadas pelas instituições supranacionais centrais tendo por critério avaliativo o seu respeito pelas provisões da Carta.

Estes ideais colidem, todavia, com um paradoxo fundamental na forma como a UE tem funcionado. Isto foi vigorosamente afirmado por Philip Alston e Joseph Weiler, que assinalam o hiato entre, por um lado, a retórica oficial e o perfil externo da UE e, por outro, o seu próprio compromisso institucional interno no que concerne à proteção dos direitos humanos. Existe, efetivamente, uma proliferação de declarações e disposições de tratados nas quais a UE se compromete a respeitar os direitos fundamentais. Da mesma forma, as suas políticas externa e de alargamento, no que tange ao comércio internacional e à assistência humanitária, bem como os critérios necessários para a adesão de novos membros, são guiadas por requisitos claros de direitos humanos. Por outro lado, esta posição não é – ou pelo menos não era, aquando da redação da Carta dos Direitos Fundamentais – acompanhada por uma “política de direitos humanos de pleno direito”

---

<sup>26</sup> de Búrca 2001, 7.

<sup>27</sup> *Idem*. Ver também von Bogdandy, 2000, 1333-4; Dausen, 1985, 416

dentro das fronteiras da União<sup>28</sup>.

Esta ocorrência deve-se à herança de conceber-se a proteção dos direitos humanos enquanto algo a ser alcançado unicamente através da vigilância do TEJ. A concepção pretoriana da monitorização dos direitos humanos, desacompanhada de iniciativas políticas que promovam proativamente e incitem ao respeito pelos padrões de direitos definidos, tem sancionado uma concepção “negativa” da integração dos direitos humanos no funcionamento da União, ou seja, uma que privilegia o estabelecimento de proibições legais à ação das instituições em detrimento da potenciação “positiva” da proteção dos direitos fundamentais. Esta última exigiria a criação dos meios institucionais que permitissem um câmbio de enfoque, desde um estrito princípio de não-violação para a sua sustentação numa “política afirmativa de direitos humanos”<sup>29</sup>. Isto remete para a ideia exposta anteriormente: o conceito de *infusão* de qualquer ato legislativo comunitário com o que Alston e Weiler intitulam de “cláusula de direitos humanos”, desta vez dotada de ‘dentes’ para proteger e capacitar os indivíduos a reagirem contra a violação dos seus direitos fundamentais<sup>50</sup>.

A criação de uma carta de direitos parece estar ligada, pois, à vontade de dotar a UE de uma legitimidade constitucional mais robusta, projetada pela entrada em vigor de um léxico de direitos individuais. Com efeito, podemos discernir, a partir do texto da Carta, a vontade dos redatores de ultrapassar o campo de aplicação limitado do documento e de lhe conferir um sentido verdadeiramente constitucional enquanto sinal do consenso mútuo sobre os direitos que seriam

---

<sup>28</sup> Há uma conexão natural entre este paradoxo e o *défice* democrático da União Europeia. “Uma clivagem entre a cada vez mais generosa afirmação verbal de compromisso para com os direitos humanos sem que essa retórica seja combinada com ação visível, sistemática e abrangente acabará por minar a legitimidade da construção europeia” (Alston and Weiler, 1998, 15).

<sup>29</sup> A insuficiência de uma estratégia de proteção dos direitos humanos centrada em recursos judiciais é explicada pelos autores, alegando que “o acesso efectivo à justiça requer uma variedade de políticas que capacitem os indivíduos a reivindicar os direitos judicialmente exigíveis a si atribuídos. A ignorância, a falta de recursos, a representação ineficaz, insuficiente posição legal e soluções deficientes, todos têm a capacidade de tornar ilusórios os direitos judicialmente exigíveis” (1998, 10).

<sup>50</sup> 1998, 20-21.

instituídos como basilares para a vida política da União.<sup>51</sup>

Não obstante, a estratégia aplicada para pôr essa intenção em prática levanta algumas perplexidades. Certamente, se gira apenas em torno da redação de um texto não destinado a engendrar mudanças práticas significativas no que diz respeito à proteção dos cidadãos, então a incorporação da lente dos direitos fundamentais a todas as esferas de ação da Comunidade não pode ter sido o objetivo final de tal documento. Parece que, apesar de tudo, o que está em jogo não é apenas o estabelecimento dos direitos fundamentais como princípios fundacionais na ação interna e externa das instituições da União, inscrevendo-os enquanto núcleo do ethos europeu. Como tentarei sustentar na próxima parte do texto, aquilo que se procurou incitar parece ter sido outro tipo de processo, para o qual o anterior é uma pré-condição – aquele que possivelmente vai da proclamação de um *ethos* para a criação de um *demos*.

### 3. O *demos* da democracia

“[O]s cidadãos perguntam-nos: para quê esta Carta dos Direitos Fundamentais? Os direitos fundamentais estão reconhecidos nas nossas constituições. Os Estados Membros da União Europeia respeitam os direitos fundamentais. Existe uma Convenção de Roma, garantida pelo Tribunal de Estrasburgo, que constitui a garantia última em caso de violação. Para quê esta Carta?”

Esta pergunta de Iñigo Mendez de Vigo, Presidente da Delegação do PE na Convenção redatora da Carta, feita numa das sessões do PE na qual a Carta foi discutida<sup>52</sup>, resume uma grande parte do que tenho tentado afirmar. Nenhuma das razões mais frequentemente referidas anteriormente tem substância suficiente para explicar por

---

<sup>51</sup> A Carta poderia, desta forma, ser uma resposta a este fundamento, segundo a qual aquilo de que a Europa precisa “não é uma constituição, mas um ethos e telos que justifiquem, se possível, o constitucionalismo que já abraçou” (Weiler, 1995: 220).

<sup>52</sup> Parlamento Europeu, Sessão Plenária de 14 de março de 2000. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20000314+ITEM-008+DOC+XML+V0//EN](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20000314+ITEM-008+DOC+XML+V0//EN) (Acedido a 30/07/2013).

si mesma a necessidade de uma Carta de direitos, e mais especificamente o porquê de esta ideia ter surgido no final dos anos noventa. Decerto que todas aquelas razões têm o seu papel, mas parecem ser subsidiárias de um motivo mais central, de uma narrativa nuclear que dê significado ao todo.

Podemos talvez começar por discernir o que está principalmente em jogo com a Carta olhando para o mandato que foi emitido no Conselho Europeu de Colónia em junho de 1999. No primeiro parágrafo das Conclusões da Presidência, Anexo IV, podemos ler o seguinte: “Parece haver uma necessidade, no presente estágio de desenvolvimento da União, para estabelecer uma Carta de direitos fundamentais por forma a tornar a sua importância primordial e a sua relevância mais visível aos cidadãos da União”.

Dos primeiros dois segmentos da frase, podemos inferir que o propósito de uma Carta de direitos da UE, tal como os representantes do povo a concebem, não é independente de um certo contexto. É uma reação a um determinado estado de coisas: o “presente estágio de desenvolvimento da União”. Parece ser claro que esse status quo é de um mal-estar democrático e de falta de legitimação popular, o que impede a concessão à União do estatuto de um sistema político constitucional efetivo<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> A dependência contextual da ideia de elaborar uma Carta é vigorosamente demonstrada nesta passagem de Daniel Tarschys, contrariando a visão que encara o documento como uma resposta à necessidade de aumentar a segurança jurídica dos cidadãos tornando os direitos mais visíveis: “Mas foi um desejo de iluminação legal realmente a principal razão por detrás do mandato de Colónia? Não é preciso ir ao fundo deste texto e dos fundamentos anteriores para encontrar um subtexto diferente. O desejo de uma maior visibilidade dos direitos fundamentais parece muito intimamente ligado ao desejo de um maior apego dos europeus face ao processo de integração. Com a baixa participação nas eleições europeias e o fraco apoio às instituições da UE constantemente relatados por pesquisas de opinião periódicas, uma preocupação constante entre os líderes europeus continua a ser o fraco apoio popular das suas iniciativas. No diagnóstico habitual desta condição, os europeus ainda são incapazes de conceber o que a UE significa para eles e de que forma suas ações e regras afetam as suas vidas diárias. Daí a grande necessidade de trazer para casa a mensagem de uma UE que faz a diferença. No fim da leitura é exatamente isso que o mandato de Colónia diz: não é realmente os direitos fundamentais que devem ser o mais visível, mas sim ‘a sua importância primordial e relevância’” (Tarschys, 2003, 173).

Podíamos talvez afirmar, seguindo a decomposição etimológica da palavra em *demos* e *kratos*, que o conceito de *défi ce democrático* aplicado à UE poderá ser decomposto da seguinte forma. Pode, por um lado, transmitir uma deficiência institucional no sistema de governança (de *poder* e de *domínio*) e representação dos cidadãos, que precisa de ser corrigida para compensar a extensão crescente do âmbito das competências políticas da União. Para além disso, pode igualmente apontar para uma questão mais fundacional da constitucionalização de um sistema governativo: a indefinição sobre a composição do *pouvoir constituant*, o grupo de cidadãos que agem enquanto titulares últimos da soberania e que, por acordarem ser regidos pelas instituições existentes, conferem legitimidade ao sistema governativo.

A primeira noção é uma questão amplamente discutida, e as declarações de insuficiências no funcionamento institucional da União são bem conhecidos e geralmente aceites<sup>54</sup>.

Quanto ao segundo aspeto do *défi ce democrático*, o diagnóstico é também comum. A UE estabeleceu-se como uma estrutura regional quasi-federativa, designando as disposições emanadas das suas instituições legislativas como a *lei suprema do território*, direta-

---

<sup>54</sup> Aqui está uma lista clássica (veja-se Weiler, Haltern e Mayer 1995 e Follesdal e Hix 2006): 1) A UE é dominada pelo poder executivo em detrimento do parlamentar. Dois dos principais contribuintes para o processo de tomada de decisão são compostos por representantes nacionais (o Conselho) e de comissários nomeados pelos governos nacionais, que não são controlados em pé de igualdade por cada um dos parlamentos nacionais ou pelo PE. 2) Mesmo após sucessivas reformas dos Tratados, o PE ainda está longe de ter poder suficiente para alcançar um equilíbrio entre a representação dos cidadãos da UE e dos governos nacionais. Acima de tudo, ainda não há um nexo entre o ‘governo’ europeu e a composição do Parlamento emanado de cada eleição. 3) As eleições europeias ainda são de segunda ordem a nível doméstico, com a perspectiva nacional contaminando cada uma das campanhas, opondo diferentes conjuntos de partidos nacionais tanto em termos de questões discutidas como de candidatos e explicação dos resultados. Ainda estamos muito longe da idealizada disputa transnacional entre partidos supranacionais. 4) A estrutura de governança da UE é demasiado ‘não identificada’ no que concerne aos padrões típicos de uma democracia doméstica para ser adequadamente percebida pelo cidadão não-especialista em politologia. Não encontramos, a nível europeu, uma demarcação clara entre os poderes executivo e legislativo, correspondendo a um governo e câmaras parlamentares, nem uma deliberação legislativa monolíngue, seguindo códigos conhecidos do debate político.

te aplicáveis aos ordenamentos jurídicos internos. Também adquiriu poderes institucionais a partir de transferências progressivas de soberania dos Estados-membros para as instituições supranacionais, preenchendo assim os requisitos constitucionais de um sistema governativo em termos legais e institucionais. No entanto, se indagarmos sobre a fundação normativa do constitucionalismo europeu, somos inevitavelmente levados a concluir que não foi separada da soma dos acordos individuais entre os Estados-membros, na tradição do *pacta sunt servanda*<sup>35</sup>. Os Estados, a partir dos representantes nacionais que designam, continuam podendo ser concebidos como os agentes primordiais no que diz respeito a decisões sobre a legislação primária da União. Assim, mesmo se entendêssemos a UE como um sistema governativo pós-moderno, é difícil não reparar que as suas bases normativas ainda derivam, em grande medida, da tradição confederativa moderna em relações internacionais.

Haverá verdadeiramente um povo europeu que se reconheça enquanto autor normativo das leis e instituições da União? É forçoso responder negativamente tanto no que diz respeito a aspetos psicológicos como no que toca à história recente. Quanto ao primeiro aspeto, considere-se a participação eleitoral habitual das eleições europeias, a relevância de questões relativas à União nas esferas públicas nacionais, o apego proclamado pelos cidadãos às instituições europeias, o sentimento de pertença entre europeus, e, nos últimos dois anos, o nível de solidariedade económica entre os países. É difícil identificar um sentimento forte de identificação coletiva entre os diferentes povos e de fidelidade para com as instituições políticas. Em termos empíricos, consideramos a altura em que as elites da União decidiram atribuir-lhe o seu próprio *momento Filadélfia*, redigindo e aprovando uma Constituição. Redundou num fracasso, rejeitado pelo próprio *povo* que seria simbolicamente instituído enquanto tal.

Este segundo aspeto do défice democrático europeu pode ser visto como fundacional já que coloca em questão a própria redefinição das fronteiras políticas entre os sistemas governativos nacional e supranacional. A permanência deste problema continuaria e comprometer a legitimidade da União mesmo se vigorassem todos os requisitos ‘instrumentais’ de um regime democrático. Mesmo assim não

---

<sup>35</sup> Weiler 1995, 220.



teríamos mais do que uma “constituição sem constitucionalismo”.<sup>56</sup>

#### 4. ‘Designo este povo de europeus’, ou Como fazer coisas com palavras

A redação de uma Carta de Direitos fundamentais parece ter sido vista como a solução para as objeções mencionadas anteriormente. Tal documento sustentaria a extensão internacional da ideia de contrato social, ancorada numa ligação axiológica comum e não num qualquer elo ancestral. A sua consequência esperada seria a revelação de um vínculo comunitário a partir dos valores e procedimentos democráticos partilhados pelos povos europeus.

Curiosamente, essas intenções replicam os componentes de uma noção que tem sido alvo de crescente interesse em teoria política: o *patriotismo constitucional*. Este conceito, surgido na Alemanha do pós-guerra para ser aplicado internamente, foi estendido à esfera da UE na obra de autores como Jürgen Habermas ou Jean-Marc Ferry.

Eis uma tentativa de definição sucinta. Patriotismo constitucional é um ideal de vínculo cívico no qual a base comum fazendo com que os indivíduos que partilhem o mesmo regime liberal-democrático se reconheçam enquanto concidadãos não é a tradicional coexistência etno-histórica. É, pelo contrário, um compromisso comum para com princípios abstratos: as normas, valores e procedimentos consubstanciados numa constituição (escrita ou consuetudinária).

O que é estabelecido como o recurso de ligação entre os diferentes indivíduos é, deste modo, uma cultura política comum, mesmo que os seus preceitos possam ser interpretados a partir de diferentes perspetivas culturais<sup>57</sup>. Trata-se, bem entendido, de um tipo de ligação de segunda ordem, que não pretende substituir os laços afetivos entre

---

<sup>56</sup> Weiler apresenta este desafio da seguinte forma: “Com que autoridade, se alguma – entendida no vocabulário da teoria política normativa –, se pode manter a alegação de o direito europeu ser constitucionalmente superior e com efeito imediato no plano interno dos Estados? Porque deveriam os sujeitos de direito na União Europeia, os indivíduos, os tribunais, os governos etc., sentir-se obrigados a observar a legislação da União como lei superior, tal como os seus homólogos de um país como os EUA estão obrigados perante e pela lei federal norte-americana? Esta é uma questão dramática desde que ocorreu a constitucionalização e dar-lhe uma resposta negativa seria muito subversivo” (1995, 220).

<sup>57</sup> Habermas 1996, 500.

aqueles que partilham a mesma origem étnica, linguística, religiosa, etc. Para além disso, o vínculo não é ao texto constitucional por si só, mas também aos princípios de justiça que encarna<sup>58</sup>.

A aplicação desta ideia – inicialmente pensada para o âmbito nacional – à UE pode parecer intuitiva devido às suas óbvias restrições empíricas. Certamente, num grupo muito heterogéneo de Estados, fraturado em todos os componentes básicos da identidade nacional, a enunciação de um terreno comum dificilmente pode ser feita através da arqueologia de um putativo *volksgeist* ou de uma afinidade etno-cultural, a partir de um entendimento orgânico de nacionalidade<sup>59</sup>. Sendo assim, o vínculo social de uma organização cujo lema é *In varietate concordia*, e cujo desiderato, como é notoriamente enunciado no Tratado de Roma, é o de “estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus”, teria de ser estritamente político, impermeável a qualquer dos traços classicamente encarados como compoendo a identidade nacional. Teria, pois, que desenvolver-se a partir de um ideal cívico, derivado dos valores implícitos na cultura política liberal-democrática: uma ênfase no assegurar de termos equitativos de cooperação entre povos e de participação comum na esfera pública da sociedade transnacional<sup>40</sup>. O conceito que incorpora esse ideal já está, efetivamente, criado: a

---

<sup>58</sup> Esse ideal surgiu da Alemanha dividida do pós-guerra, como uma forma de construir uma nova narrativa nacional longe do sentido *volkish* da nacionalidade. É por isso que tem sido ligada aos princípios do regime democrático. Na verdade, patriotismo constitucional não designa apenas qualquer tipo de ligação aos princípios de uma determinada constituição, mas apenas a fidelidade a uma interpretação particular da justiça democrática, situando necessariamente os indivíduos como parceiros “livres e iguais” no processo contínuo de deliberação social (Müller, 2007: 11-12).

<sup>59</sup> Os constrangimentos empíricos são óbvios: a partir da divisão linguística, étnica e cultural de uma história de conflito e reorganização territorial constantes, servindo mais como um *memento mori* do que como prova da aproximação entre os povos. Na melhor das hipóteses, poderíamos dizer que as diversas unidades que compõem a história da integração europeia são finamente reunidos na mesma “família de culturas” (Smith, 1992). Na pior das hipóteses, podemos postular que o que têm em comum será o engajamento conjunto no que Churchill chamou de “tragédia da Europa”, a partir do qual, não obstante, uns Estados Unidos da Europa poderiam emergir como uma interrupção, uma pausa na muito fluxo da história (Churchill, 2005[1946]).

<sup>40</sup> Weiler 1995, 243.

cidadania europeia. Não tendo a intenção de substituir a ligação principal de um indivíduo à sua sociedade de pertença, mas sendo-lhe “adicional”, como estipulado no Tratado de Maastricht, a noção de cidadania à escala supranacional visa criar, de forma complementar, uma dupla camada de afiliação em cada membro de um dos Estados da União.

Conscientes ou não da existência exata desse conceito e dos debates académicos que o rodeiam, os decisores políticos europeus que determinaram o mandato da Carta, e aqueles que a elaboraram, parecem ter coincidido nos propósitos, convergindo numa ideia de adaptação supranacional do ideal de patriotismo constitucional como uma estratégia para combater o défice democrático e estabelecer as bases para um apego pós-nacional entre os cidadãos europeus. Como tentei mostrar, a principal razão por trás da criação de tal documento não pertence ao reforço da proteção e consciência dos direitos de que gozam os cidadãos, ou à inclusão de novos direitos. Está, sobretudo, ligada ao exercício de prover a noção de povo europeu de conteúdo substantivo. O objetivo foi, certamente, o de conferir visibilidade, mas o que se tornou visível não foram os direitos enquanto instrumentos para a autonomia dos indivíduos, mas como contornos de comunidade<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Mais dois exemplos que poderiam ser apresentados são as afirmações de Johannes Voggenhuber (Verdes/Aliança Livre Europeia) e Elena Paciotti (Partido dos Socialistas Europeus), ambos membros da delegação do Parlamento Europeu na elaboração da Convenção, na sessão plenária do Parlamento Europeu já citada.

“Senhora Presidente, caros colegas, se é verdade que só se pode unir aquilo que já de si tem uma unidade intrínseca, que forma um conjunto, então isso faz suscitar a questão de saber o que é, na realidade, a unidade da Europa. Não somos um povo. Não temos a mesma origem étnica. Não falamos a mesma língua. Não temos uma cultura única nem uma só religião. A nossa história está marcada por guerras, guerras de uns contra os outros, e a imprecisão das fronteiras da Europa nem sequer permite que nos reconheçamos como unidade geográfica. Assim, o que é que nos liga? O que torna possível que vivamos em comum? A resposta pode parecer frágil a alguns. Contudo, creio que é tudo o que temos: a democracia e os direitos do Homem. É essa a unidade da Europa.”

“A União Europeia é convívio pacífico e solidário de diversos povos, de diversas culturas, graças à sua tradição de respeito pelos direitos individuais.

Este não é o momento para apresentar observações relativamente céticas quanto à aplicabilidade da ideia de patriotismo constitucional à fundação de uma comunidade supranacional, sobretudo quando este desiderato é encarado como podendo ser cumprido não a partir de uma reestruturação crítica de um vínculo social já existente mas a partir das ondas de choque de um documento como potencialmente criadoras de um sentimento de pertença consistente que transcenda a miríade de elos nacionais particulares. O que aqui proponho, considerando a Carta, é apontar algumas das incongruências na estratégia de incitar a criação de um constitucionalismo europeu que densificasse a existência de um demos a partir da redação de um documento como este. Parece haver quatro tipos de paradoxos entre as expectativas depositadas na Carta e aquilo que o documento efetivamente é.

1) O primeiro é estrutural. Como já foi sugerido, uma das maiores aspirações da Carta era superar o status quo de *malaise* democrática. Porém, não se planeava atingir esse objetivo através de uma mudança material no sistema institucional que confere e supervisiona direitos, mas pela mera força ilocutória do ato de divulgar o

---

A Carta dos Direitos Fundamentais tornarseá um conjunto de princípios partilhados, que definem a identidade da Europa no mundo, uma identidade que não se baseia em laços de sangue, em etnias ou em pertenças territoriais mas sim, precisamente, em valores comuns.”

Andrew Duff, também um membro da delegação do Parlamento à Convenção, estende as posições dos seus colegas em termos das consequências institucionais de se estabelecer uma narrativa agregadora para a identidade europeia. Num texto sobre o significado da Carta, Duff defende que o seu efeito pretendido não é alterar o balanço institucional da UE, fazendo-o pender cada vez mais em direção ao supranacionalismo. Para ele, esse é já o telos assumido da integração. O que é necessário é, pois, revestir de carne o esqueleto institucional a ser constituído. Noutras palavras, o que está ainda a faltar é uma “sociedade federal europeia” que acompanhe o sistema institucional de autoridade e o dote de legitimação através da “lealdade popular”. O propósito da Carta seria, pois, antes de mais o de definir o “património coletivo de valores e direitos que interliga todos os europeus e subjaz a todas as iniciativas políticas da União” (2000, 14 e 26). É precisamente esse diagnóstico que leva muitas das opiniões expressas nos debates em torno da Carta e pugnarem pela constituição de um núcleo de valores que una os europeus em torno de uma identidade comum. Mais do que uma constituição poder-se-ia chamar-lhe uma restituição, pois o que está em causa é tornar visível o que, veladamente, já lá estava.

conteúdo da Carta que se redigiu, por forma a desvendar uma afinidade oculta entre povos habitualmente concebidos como culturalmente díspares. Ademais, não se trata de qualquer tipo de afinidade ‘civilizacional’ genérica, mas uma que seja coesa o suficiente – ou seja, consideravelmente coesa – para incitar o vínculo comum do patriotismo, mesmo que seja um patriotismo a contrapelo.

Trata-se de colocar uma quantidade razoável de confiança no poder do discurso e da retórica para esperar que uma declaração não acompanhada de alterações substanciais no regime de proteção dos direitos pudesse incitar o tipo de apego cívico desejado. É como se a Carta funcionasse como um ato performativo, através do qual uma ação, e não apenas uma descrição de determinado aspeto do mundo, é provocada pelo próprio ato discursivo. Seria de esperar, adaptando as reflexões de John Austin sobre os *atos de fala*, que a Carta “fizesse algo ao invés de apenas dizer algo”. É como se esperasse que a Carta definisse as condições necessária para efetivamente “estabelecer uma cidadania da União” (como podemos ler no seu Preâmbulo), tal como o padre na igreja, quando diz a um casal ‘Declaro-vos marido e mulher’, efetivamente realiza o ato de casar essas duas pessoas.

2) No entanto, como explica Austin, para que um ato discursivo seja performativo (ou *felicitous*), têm de ser respeitadas certas condições contextuais. Algumas estão ligadas às “pessoas e circunstâncias particulares” adequadas em cada um dos casos nos quais há discurso.

Poder-se-á sustentar que os participantes de um sistema político, de forma a transferirem parte da sua ligação afetiva a um conjunto de princípios e procedimentos que guiam o seu Estado, têm de seguir um modelo ‘apropriado’ de cidadania, ou seja, não será suficiente ser um cidadão-eleitor que disfruta dos direitos negativos que o Estado aloca. Ser um patriota constitucional requer mais em termos de envolvimento na esfera pública, envolve um ideal *republicano* de participação política.

De facto, a transição em termos de lealdade desde a nacionalidade (enquanto forma unilateral e exclusiva para criar uma identidade coletiva) para o patriotismo constitucional não é acionada apenas pela importação de um conjunto de princípios provindos de fonte exterior, como sucede com as declarações de direitos, mas igualmente pelo engajamento de todos os indivíduos concernidos num processo de

deliberação comum, numa *razão pública*. Qual deverá ser, segundo os teóricos de um patriotismo constitucional à escala europeia, o objeto dessa deliberação conjunta entre os povos da União tornados *demos*? Precisamente o que habitualmente se considera ser o núcleo de separação entre os povos enquanto recipientes culturais relativamente estanques: a história nacional de cada país, as incongruências entre as diferentes visões nacionais dos mesmos acontecimentos (muitas vezes retratando confrontos entre Estados-membros da UE), os traumas coletivos e as histórias de opressão entre nações.

Este é um processo crucial para se alcançar um sentido coletivo de identificação que não é exatamente pós-nacional mas pós-nacionalista<sup>42</sup>. Processa-se em duas etapas. A primeira implica uma desestabilização interna, através do escrutínio público e académico e da contestação de narrativas oficiais sobre eventos históricos controversos, sobretudo os que envolvem contendas com outras nações, tantas vezes miticamente transmitida através de amnésia e reescrita seletiva. O segundo requer a criação de um fórum público europeu no qual as histórias cruzadas dos Estados-membros possam ser avaliadas e reformuladas coletivamente por meio do confronto de interpretações. Trata-se, neste passo, de um prolongamento do movimento iniciado pelo primeiro, uma vez que o corolário de uma postura autocrítica em relação às nossas memórias nacionais é o reconhecimento do *outro* através das injustiças que o nosso país possa ter cometido contra ele, num passado mais distante ou mais recente. Para Jean-Marc Ferry, esta “superação do narcisismo identitário” é o resultado produzido quando as relações entre os Estados são mediadas através dos princípios de *justiça histórica*, que podem ser o cimento que garanta estabilidade a um projeto como o da UE<sup>43</sup>.

O agonismo e a controvérsia que poderão emergir não são, neste sentido, algo a ser evitado. Estes estão estritamente ligados a um dos principais objetivos de um regime democrático: resolver as divergências entre os indivíduos através de procedimentos equitativos. Na verdade, se a UE é para ser constituída enquanto uma democracia supranacional, a ligação entre “autonomia, responsabilização e

---

<sup>42</sup> Muller 2007, 63.

<sup>43</sup> Ferry 2000, 23-24 e 145-147.

memória”<sup>44</sup> deve ser replicada nesta escala. É, por conseguinte, este processo de avaliação do passado comum europeu – e das narrativas que cada país criou para projetar o seu lugar na história – por meio de padrões morais e procedimentos de discussão comumente aceites que pode servir de motor para colocar esses mesmos valores e procedimentos como componentes de um consenso axiológico europeu. Em última análise, de acordo com Ferry, é aqui que reside a chave que pode impulsionar a realização contemporânea e extensão do projeto kantiano de paz perpétua através da *justiça cosmopolita*<sup>45</sup>.

Por mais complicada que seja a operacionalização dessa aproximação por meio de anamnese, suponho ser relativamente consensual haver a necessidade de a UE criar as condições para a existência de uma esfera pública de deliberação enquanto meio de dar um revestimento empírico ao conceito de cidadania<sup>46</sup>. Porém, como a literatura sobre o déficit democrático constantemente nos recorda, apesar da Euronews, do Financial Times e do Programa Erasmus, a UE está ainda muito aquém na concretização desse plano. Como vimos também, a própria Carta não foi concebida através de um processo de verdadeiro debate público, nem está previsto ser revista dessa forma. Finalmente, no que diz respeito ao próprio conteúdo da Carta, se esta contém uma lista extensa de direitos negativos, os direitos positivos que garantem a autonomia pública dos indivíduos e a possibilidade e incentivo à participação na esfera pública são inexistentes para além do clássico direito ao voto, da possibilidade de se ser candidato a algumas das eleições e de petição ao PE (Artigos 39º, 40º e 44º). Como afirma John Erik Fossum, “na sua presente forma e dentro do contexto dos presentes tratados, não podemos abonar que a Carta produza o carácter essencial de *reforço mútuo* da autonomia pública e privada, que o patriotismo constitucional pressupõe”<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Muller 2007, 35.

<sup>45</sup> Ferry 2000, 136-142.

<sup>46</sup> Como defende Habermas, “Só se uma tal interação entre formação de opinião e de vontade e comunicações públicas informais se materializasse poderia a cidadania significar mais hoje que a agregação de interesses individuais pré-políticos e a fruição passiva de direitos outorgados por uma autoridade paternalista” (1990: 506).

<sup>47</sup> 2003, 256.

3) O patriotismo constitucional está ancorado nos valores defendidos pelos regimes democráticos-liberais, encarados como sendo dotados de validade universal. A avaliação das práticas e instituições e as regras de deliberação social que estão contidas no ideal de cidadania crítica estão baseadas nesses valores.

No entanto, se o patriotismo constitucional não é apenas uma estratégia para uma cidadania crítica avaliativa, mas também uma forma de cimentar a identidade coletiva de uma dada comunidade, esses princípios supostamente universais de justiça devem ser incorporados e interpretados de acordo com um esquema de cooperação social particular. O apego e lealdade dos indivíduos não é mobilizado exatamente para com os próprios princípios abstratos, mas para as formas específicas como estes são interpretados por uma dada sociedade, as formas em que o ethos social integra e molda esses ideais. Com efeito, como afirma Müller, o patriotismo constitucional “não é uma teoria independente [*free-standing*] de formulação de fronteiras políticas (...), não pode por si só gerar níveis substanciais de solidariedade social”<sup>48</sup>.

Pressupondo comunidades políticas existentes, com um certo grau de homogeneidade entre os seus habitantes, o tipo de uniformidade necessário não é entendido, naturalmente, no sentido nacionalista. Não significa, da mesma forma, um sistema de fronteiras delimitado, impermeável à inclusão de indivíduos que lhe sejam exteriores. Pelo contrário. O que deve unir os cidadãos é uma cultura constitucional comum, um ideal político de cooperação social que organiza o fórum público. Por outro lado, no entanto, essa ideia não implica a negação absoluta da relevância do conceito de fronteiras. Não leva a adotar uma afiliação comunitária estendida a toda a humanidade. Patriotismo constitucional não equivale a cosmopolitismo<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> 2007, 48.

<sup>49</sup> Podemos recorrer a Thomas Pogge para fornecer uma breve definição de cosmopolitismo. Pogge afirma que, independentemente de todas as variantes cosmopolitas, existem três elementos fundamentais partilhados por todas. “Primeiro, o individualismo: as unidades finais de consideração são os seres humanos, ou pessoas – em vez de, digamos, linhas familiares, tribos, comunidades étnicas, culturais ou religiosas, nações ou estados. Em segundo lugar, a universalidade: o estatuto da unidade última de consideração é atribuído igualmente a cada ser humano, não apenas a algum subconjunto, tal como os



Baseia-se em comunidades políticas existentes como entidades significativas, dotadas de relevância moral, mesmo que o significado não esteja ligado ao conceito de nacionalidade, mas à compreensão das unidades políticas como esquemas de cooperação social, cada uma dotada de caráter axiológico distinto.

Desta forma, para que a ligação aos fundamentos constitucionais de uma sociedade seja eficaz, a interpretação social desses princípios não pode ser feita em termos estritamente abstratos. Precisa ser implantada em terreno sólido, através do ethos específico de uma determinada comunidade. Por outras palavras, é necessário ser ancorada em “suplementos de particularidade”<sup>50</sup>. Poderá ser a delimitação de um outro – por exemplo, regimes e movimentos antidemocráticos – que permite, a partir de seu repúdio, desenhar os limites do eu coletivo. Ou uma maneira particular para orientar a esfera pública que ajude à emergência de uma consciência comunitária por meio de hábitos de deliberação comum. Esta é a estratégia proposta pelos defensores da constituição de uma memória pública. Outra estratégia possível é a de delinear uma forma particular de interpretar os princípios gerais de justiça, ou definir um conjunto de valores e práticas processuais que estruturam um dado regime político de uma forma particular. Este poderia ser o papel de uma declaração de direitos, se definisse um núcleo de direitos especificamente ligados à experiência europeia, regulando as relações entre os cidadãos de um modo distintivo.

A Carta poderia ter estabelecido um grande número de direitos positivos abrindo espaço à participação direta dos cidadãos nos assuntos da União, empreender mudanças institucionais adequadas, e estabelecer assim um regime excepcional de proteção dos cidadãos no que diz respeito aos direitos fundamentais. Como vimos, no entanto, nenhuma destas vias foi explicitamente seguida.

Mais significativo ainda, no próprio texto da Carta parece haver algumas ambivalências no que diz respeito ao âmbito e conteúdo do

---

homens, aristocratas, arianos, brancos, muçulmanos. Em terceiro lugar, a generalidade: este estatuto especial tem força global. As pessoas são unidades finais de preocupação para todos – não só para os seus compatriotas, parceiros na religião, ou unidos por outros critérios semelhantes.” (1992, 48-49).

<sup>50</sup> Muller, 2007, 10-11; 47; 68-70.

catálogo de direitos. Na verdade, o documento assimilou uma tensão interna que permeia todo o projeto europeu, uma ambiguidade face ao tipo de modelo constitucional a adotar. Trata-se de uma indecisão entre uma UE principalmente intergovernamental, na qual um catálogo de direitos fundamentais tem por único objetivo garantir a conformidade entre as ações de instituições supranacionais e os sistemas nacionais de proteção dos direitos, e um efetivo regime supranacional. Esta última implicaria igualmente a existência de uma comunidade pós-nacional dobrando as camadas de governança que gerem as vidas dos cidadãos.

O estatuto constitucional “ambíguo” da Carta é visível em algumas contradições entre a declaração oficial do papel que deveria desempenhar e algumas das suas aspirações internas<sup>51</sup>. Por um lado, o mandato original atribuído ao grupo de redatores era muito claro no caráter limitado da sua amplitude. Do mesmo modo, as *cláusulas horizontais* do texto da Carta, especialmente o artigo 51º, destinam-se a truncar qualquer pretensão da Carta no sentido de levar a desenvolvimentos dos poderes e âmbito de atividade das instituições comunitárias. Para além disso, também definem rigorosamente as condições segundo as quais as atividades dos Estados-membros podem ser monitoradas em termos de respeito perante as disposições da Carta.<sup>52</sup>

Ao contrário das duas ideais anteriores, no entanto, o alcance expresso pelos direitos incluídos na Carta não é consonante com um documento cujo mandato consistia apenas em expressar os direitos sectoriais aplicados exclusivamente às ações das instituições da UE

---

<sup>51</sup> Veja-se Maduro 2005a, 2004.

<sup>52</sup> Todavia, segundo Maduro, a mera concessão do estatuto de ‘fundamentalidade’ aos direitos incluídos na Carta é suficiente para incitar uma mudança na sua consideração. O seu estatuto pode transformar-se desde conceitos abstratos que exigem um esclarecimento e aplicação através de legislação para princípios constitucionais de pleno direito, com validade imediata enquanto protetores do cidadão e avaliadores da legislação vigente. Dados os condicionalismos do texto da Carta, a possibilidade de aparecimento dos direitos fundamentais como “um novo objectivo primário da integração europeia” estaria na eventual dinâmica constitucional a ser desenvolvida a partir da mudança do estatuto dos direitos incluídos na – e fundamentalizados pela – Carta (Maduro, 2004: 76). Quando olhamos para o texto em si, no entanto, não podemos identificar espaço para qualquer alteração substancial em termos do alcance e poder da noção de direitos fundamentais.

perante os seus cidadãos e às dos Estados-membros na aplicação ou derrogação de atos legislativos europeus. De facto, como aponta Maduro, em algumas partes do documento pode perceber-se uma pendência para tornar-se uma carta geral de direitos, dotados de alcance global. Isso pode ser detetado na inclusão de cláusulas, como a relativa à pena de morte, que estão claramente fora do âmbito de atividade das políticas comunitárias. O texto parece, portanto, criar seu próprio impasse, posicionando-se entre um documento a ser rigorosamente aplicado às instituições europeias na sua relação com os cidadãos e uma declaração *universal* de âmbito cosmopolita, aplicando-se a áreas exteriores às da competência da União.

4) Mesmo aqueles segmentos da Carta que deveriam cumprir o desiderato de fundar uma regime supranacional *ex post* através de uma ligação patriótica constitucional são igualmente afetados por uma ambiguidade estrutural na sua intenção. Não parecem apontar para qualquer direção específica, para qualquer modalidade europeia particular de conceber os direitos e fundamentar os princípios básicos de justiça. Parece haver, pelo contrário, uma vagueza e indefinição gerais quanto ao conteúdo que deve instituir-se como a tal substância axiológica partilhada.

O Preâmbulo é particularmente ilustrativo. Se sinaliza um compromisso claro para com os “valores comuns” (1º e 3º parágrafos) e a “herança espiritual e moral” que fornecem a égide sob a qual a “união cada vez mais estreita” entre os povos da Europa se sustenta, não há nenhuma indicação do que esses valores exatamente são. Na verdade, quando encontramos referências diretas ao tipo de valores que vinculam a UE, à substância moral geral que pode ser discernida a partir do grupo dos direitos amalgamados no catálogo, há um resvalar para um cosmopolitismo monista. Os valores são aqueles que são “indivisíveis” e “universais”: dignidade humana, liberdade, igualdade e solidariedade (2º parágrafo). A referência ao património moral Europeu é apresentada de forma truncada – já que a UE não se inspira, mas é apenas “consciente” dele<sup>53</sup> – e inconclusiva<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> La Torre, 2005, 89.

<sup>54</sup> A mesma ambiguidade encontra-se presente, por exemplo, no Preâmbulo do Tratado de Lisboa, onde a única diferença entre os valores europeus e universais

Apenas uma vez encontramos referência a valores que não impliquem obrigações para com a “comunidade humana” como um todo (6º parágrafo), e que podem, portanto, ser reconhecidos como específicos da UE. É uma referência a esses direitos económicos que constituíram a base na qual assentaram os fundamentos das Comunidades Europeias: “livre circulação das pessoas, dos serviços, dos bens e dos capitais, bem como a liberdade de estabelecimento.” (3º parágrafo).

Tal não significa que não se possa, ou não se deva, compreender o processo de europeização como uma crescente consciência cosmopolita no que diz respeito a posturas individuais e institucionais perante a alteridade. Depende da noção de cosmopolitismo que adotemos. A UE encaixa-se perfeitamente no projeto cosmopolita se por este último entendemos abertura à figura do outro, enredamento entre diferentes culturas (europeias e não europeias), hibridização cultural, responsabilidade moral para com os extra-comunitários. Todos estes exercidos longe do apanágio da uniformidade que foi tradicionalmente ligada à construção da nação, e que por vezes ainda sustenta as demandas de um federalismo europeu<sup>55</sup>. No entanto, como Ulrich Beck admite, a compreensão de uma Europa cosmopolita deve ser aquela em que as pessoas tenham “raízes e asas”. É preciso haver um denominador comum, mesmo que não-étnico. Essa ideia entronca perfeitamente com a reivindicação por parte dos patriotas constitucionais de um núcleo de afiliação pós-nacional definido em termos estritamente políticos. Valores comuns e específicos, interpretações dos princípios universais de justiça, ou abordagens à proteção e usufruto dos direitos fundamentais são, portanto, necessários se o plano é conceder aos povos que compõem a UE alguma coesão substancial. O que não é consistente com a intenção de constitucionalização supranacional pós-nacionalista e formação de um demos é a compreensão desses processos como levando à (ou exigindo a) supressão da pertinência moral do conceito de fronteiras, tanto no que diz respeito à delimitação

---

é a prioridade genética dos primeiros: “Inspirando-se no património cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de direito”.

<sup>55</sup> Beck, 2007, 41-49.

cultural da estrutura política supranacional como na especificidade cultural dos diferentes *demoi* que a compõem.

A menos que os autores da Carta considerem a UE um estado preliminar para a construção de uma cidadania mundial, exige-se uma consciência muito mais clara do que poderá ser a narrativa axiológica especificamente europeia, se o que se pretende é acionar os *suplementos de particularidade* necessários para criar uma ligação coletiva. O texto da Carta, ao contrário, parece expor uma falta de decisão sobre o próprio conteúdo de um putativo patriotismo europeu. Ela reflete uma indefinição quanto a que ethos poderá ser cunhado como europeu, ou pelo menos que tipo de interpretação ou apreensão dos direitos universais pode ser mobilizada para potenciar a percepção de uma identidade ética e política partilhada entre os povos europeus.<sup>56</sup>

Não só, pois, o conteúdo da Carta revela algumas aporias que dificultam a percepção clara de quais deverão ser os contornos axiológicos de um demos europeu, como, a montante disso, a própria ideia que esse povo europeu é algo cuja existência se encontra latente e que, por conseguinte, carece apenas de ser devidamente ativado, ou convocado, chamando-o pelo seu nome, é bastante problemática. Se as estratégias documentais têm muito de louvável, não basta escrever-se uma Carta de direitos para criar-se um povo. É que a realidade, como explica o Imperador Adriano pela pena de Marguerite Yourcenar, não está toda contida nos livros.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alston, Philip and J. H. H. Weiler (1998), “An ‘Ever Closer Union’ in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights”, *European Journal of International Law*, 9, 658-723.
- Austin, John (1975), *How to Do Things With Words*, Cambridge, Harvard

---

<sup>56</sup> Esta mesma dualidade é também identificada por Christopher McCrudden, que se refere desta forma à “ambiguidade” da Carta: “É Europeia na sua orientação, mas reconhece a importância dos direitos humanos enquanto internacionais e universais. (...) É principalmente dirigida às instituições comunitárias / da União e aos Estados-membros quando ‘implementam’ o direito europeu, mas inclui direitos pelos quais apenas os Estados-membros têm a responsabilidade.” (2001, 10).

- University Press.
- Barcelos, Paulo (2013), “Vitangelo Moscarda’s Syndrome. The Charter of Fundamental Rights and European Constitutionalization”, in De Angelis, Gabriele and Barcelos, Paulo (eds.), *The Long Quest for Identity – Political Identity and Fundamental Rights Protection in the European Union*, Bern, Peter Lang, 27-62.
- Beck, Ulrich, (2007), “Reinventing Europe – a cosmopolitanism vision”, in Rumford, Chris (ed.), *Cosmopolitanism and Europe*, Liverpool, Liverpool University Press, 39-50.
- Bellamy, Richard and Schönlau, Justus (2004), “The Normality of Constitutional Politics: An Analysis of the Drafting of the EU Charter of Fundamental Right”, *Constellations*, 11(3), 412-433.
- Bogdandy, Armin von (2000), “The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union”, *Common Market Law Review*, 37, 1307-1338.
- Búrca, Gráinne de (2001), “Human Rights: The Charter and Beyond”, *Jean Monnet Working Paper* 10/01. Disponível em: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/013601.rtf> (Acedido a 30/07/2014).
- Caporaso, James (1996), “The European Union and Forms of State: Westphalian, Regulatory or Post-Modern?”, *Journal of Common Market Studies*, 34(1), 29-49.
- Christiansen, Thomas (2006), “European integration and regional cooperation”, in Baylis, J. and Smith, S. (eds.), *The Globalization of World Politics: An Introduction to International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 580-595.
- Churchill, Winston, 2003, “A Tragedy of Europe”, in Nelson, Brent and Stubb, Andrew (eds.), *Readings on the Theory and Practice of European Integration*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 8-11.
- Coppel, Jason and O’Neill, Aidan (1992), “The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?”, *Legal Studies*, 12, 227-245.
- Dobson, L. and Weale, A. (2004), “Governance and Legitimacy”, in Bomberg, Elizabeth and Stubb, Andrew (eds.), *The European Union: How Does it Work?*, Oxford: Oxford University Press, 156-172.
- Duff, Andrew (2000), “Towards a European Federal Society”, in Feus, Kim (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. Text and commentaries*, London, The Federal Trust for Education and Research, 13-27.
- Dutheil de la Rochère, Jacqueline (2001), “Droits de l’homme La Charte

- des droits fondamentaux et au delà”, *Jean Monnet Working Paper No.10/01*. Disponível em: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/013501.html> (Acedido a 30/07/2013).
- Eriksen, Erik Oddvar (2003), “Why a Constitutional Bill of Rights”. In Eriksen, Erik Oddvar, Fossum, John Erik and Menéndez, Agustín (eds.), *The Chartering of Europe: The Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 48-70.
- Ferry, Jean-Marc (2000), *La question de l’État européen*, Paris, Gallimard.
- Follesdal, Andreas and Hix, Simon (2006), “Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik”, *Journal of Common Market Studies*, 44(3), 533-562.
- Fossum, John Erik (2003), “The European Charter – Between deep Diversity and Constitutional Patriotism?”. In Eriksen, Fossum and Menéndez (eds.), 228-255.
- Habermas, Jürgen (1996), *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Massachusetts: MIT Press.
- \_\_\_\_\_ (2003), “Why Europe needs a Constitution”. In Eriksen, Fossum and Menéndez (eds.), 256-274.
- La Torre, Massimo (2003), “The law beneath rights’ feet: law, politics and the Charter of Fundamental Rights of the European Union”. In Eriksen, Fossum and Menéndez (eds.), 71-92.
- Maduro, Miguel, (2003a), “The Double Constitutional life of the Charter of Fundamental Rights”. In Eriksen, Fossum and Menéndez (eds.), 199-227.
- \_\_\_\_\_ (2003b), “Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action”, in Walker, Neil (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 502-537.
- \_\_\_\_\_ (2004), “Carta dos Direitos Fundamentais : limite ou instrumento do processo de integração europeia”, *Europa: Novas Fronteiras Espaço de liberdade, segurança e justiça*, 16/17, 71-77.
- Mancini, Federico (2000a), “The Making of a Constitution for Europe”, in *Democracy and Constitutionalism in the European Union: Collected Essays*, Oxford, Hart Publishing, 1-16.
- \_\_\_\_\_ (2000b), “Democracy and the European Court of Justice”, in *Democracy and Constitutionalism in the European Union: Collected Essays*, Oxford, Hart Publishing, 31-50.
- McCrudden, Christopher (2001), “The Future of the EU Charter of

- Fundamental Rights”, *Jean Monnet Working Paper*10/01. Disponible en: [centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/013001.rtf](http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/013001.rtf) (Acedido a 30/07/2013).
- Müller, Jan-Werner (2007), *Constitutional Patriotism*, New Jersey, Princeton University Press.
- Pogge, Thomas (1992), “Cosmopolitanism and sovereignty”, *Ethics*, 103(1), 48-75.
- Schmitter, Philippe (1996), “Examining the Present Euro-Polity with the Help of Past Theories”, in Marks, Gary et al., *Governance in the European Union*, London, Sage Publications, 1-14.
- Smith, Anthony (1992), “National identity and the idea of European unity”, *International Affairs*, 68(1), 55-76.
- Stein, Eric (1981), “Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution”, *American Journal of International Law*, 75(1), 1-27.
- Twomey, Patrick (1994), “The European Union: Three Pillars without a Human Rights Foundation”, in O’Keefe, David and Twomey, Patrick (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, London, Chancery Law Publishing, 121-131.
- Weiler, Joseph (1995), “Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision”, *European Law Journal*, 1(3), 219-258.
- \_\_\_\_\_ (2000), “Editorial: Does the European Union Truly Need a Charter of Rights?”, *European Law Journal*, 6(2), 95-97.
- \_\_\_\_\_ (2001), “Federalism without Constitutionalism: Europe’s *Sonderweg*”, in Nicolaïdis, Kalypso and Howse, Robert (eds.), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU*, Oxford, Oxford University Press, 54-70.
- Weiler, Joseph and Lockhart, Nicolas (1995), “‘Taking Rights Seriously’ Seriously: The European Court of Justice and its Fundamental Rights Jurisprudence”, Parts I&II, *Common Market Law Review*, 32, 51-95 and 579-627.
- Weiler, Joseph, Haltern, Ulrich and Mayer, Franz (1995), “European Democracy and its Critique”, *West European Politics*, 18(3), 4–39.





## Direitos Humanos para os Europeus... Que Europeus? A proteção das minorias na União Europeia

Ana Filipa Guardião  
Instituto de Filosofia da Nova  
Universidade Nova de Lisboa<sup>1</sup>

Et ce qu'il faut entendre par la disciplinarisation des sociétés, depuis le XVII<sup>e</sup> siècle en Europe, ce n'est pas bien entendu que les individus qui en font partie deviennent de plus en plus obéissants ni qu'elles se mettent toutes à ressembler à des casernes, à des écoles ou à des prisons ; mais qu'on y a cherché un ajustement de mieux en mieux contrôlé – de plus en plus rationnel et économique – entre les activités productives, els réseaux de communication et le jeu des relations de pouvoir.

Michel Foucault, 1982, 220.

Os Direitos Humanos constituem, provavelmente, a matéria mais inquietante com que um investigador das ciências sociais se pode deparar pois no seu estudo está inserida uma confrontação básica, visceral mesmo, com a condição humana na sua verdadeira essência. O problema do ser humano enquanto tal, exposto perante o outro, à mercê do outro, das suas normas, dos seus hábitos.

O impulso original para reavivar o conceito de direitos humanos internacionais no período contemporâneo ocorreu na esteira das atrocidades cometidas pelas grandes potências contra civis

---

<sup>1</sup> Bolseira de investigação do projeto “Soberania pós-nacional: a União Europeia rumo a uma identidade política” (PTDC/FIL-ETI/108287/2008).

durante a Segunda Guerra Mundial, gerando um novo conjunto de instituições e diplomas, como tribunais internacionais e transnacionais, declarações, tratados e convênios, e ainda o renascimento de teorias do direito natural e os direitos morais face a um positivismo jurídico desacreditado<sup>2</sup>. Paralela a este processo, e intimamente relacionada com o mesmo, surgiu a necessidade de uma reconstrução europeia com recortes políticos mais equilibrados e possibilitadores de um sistema de paz e justiça duradouro e exemplar na tentativa de apaziguar conflitos entre Estados-nação caracterizados pela afirmação de identidades aliadas a tentativas de dominação territorial.

Tendo em conta que a igualdade de soberania e os direitos humanos constituem dois princípios legais distintos mas interligados do mesmo sistema internacional e que ambos são necessários para construir uma versão mais justa desse mesmo sistema, torna-se relevante uma apreciação de como estes dois princípios são equacionados na balança de poderes que caracteriza o processo de formação da União Europeia enquanto unidade soberana dentro de um sistema internacional cada vez mais intrincado.

O estudo da proteção das minorias e dos seus direitos na União Europeia (UE) insere-se, assim, numa faixa alargada de questões complexas do processo de construção europeia que passa, na sua essência, por um jogo do equilíbrio de graus de soberania e de poder de decisão.

O que se pretende, portanto, será a elaboração de uma análise crítica acerca da evolução da abordagem ao problema e direito de proteção das minorias pelas elites políticas europeias, tentando espelhar,

---

<sup>2</sup> Após a II Guerra Mundial, o positivismo entra em decadência com o surgimento dos movimentos neoconstitucionalistas que advogavam um judicialismo ético-jurídico, exigindo dos operadores do direito a comunhão das técnicas substantivo-jurídica e ética. A crise do positivismo jurídico fica em muito a dever-se aos esforços de Gustav Radbruch. Numa cartilha elaborada por este autor aos estudantes da Universidade de Heidelberg logo após o final do conflito pode ler-se: «Ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática de um crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções desde género à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser ei, e é sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor.» in Almeida, 2012, 6463. *Vide* ainda Himma, 2004.

com o exemplo desta questão em concreto, outros dilemas encrustados no processo de decisão europeu.

No presente capítulo pretende-se abordar o problema da proteção das minorias no decorrer do processo de construção europeia. Desta forma, far-se-á primeiramente um esboço da evolução da ideia de direitos humanos na teoria e a aplicação desde o início deste processo, tendo como especial enfoque a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* e, depois, os mecanismos específicos da União Europeia face à proteção das minorias no seguimento dos padrões da Convenção. Em seguida trabalhar-se-á a problemática do próprio conceito de minoria relacionada com a questão da soberania e processo de decisão, o que levará diretamente ao problema do conflito entre intergovernamentalismo e soberania pós-nacional na relação entre os Estados-membros e as instituições europeias, e à questão da sobreposição dos diferentes espaços europeus e que implicações essa sobreposição traz para o problema da proteção das minorias. Finalmente far-se-á uma reflexão sobre a evolução desta questão e das redes de poder aqui envolvidas, bem como as consequências da abordagem das elites europeias perante o direito de proteção das minorias.

### **Camínhos cruzados: evolução dos direitos humanos e construção europeia**

No rescaldo da II Guerra Mundial, a defesa dos direitos humanos constituiu uma prioridade dentro do movimento de reconstrução da Europa. As atrocidades que levaram aos julgamentos de Nuremberga colocaram, pela primeira vez em destaque, uma nova abordagem perante a questão da proteção da pessoa humana. Vários foram os documentos e convenções que resultaram desta nova preocupação formal dentro da constituição das comunidades europeias. Desde logo, a resolução política da Haia e o memorando de 18 de Agosto de 1948 exigiram a elaboração de uma Carta Europeia dos Direitos Humanos e a criação de um Tribunal encarregado de garantir os princípios daquela. Não sendo surpreendente que os primeiros acordos assinados sob a égide do Conselho da Europa estivessem no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais devido a este primeiro impulso, desde o princípio houve notórios sinais de que este não seria um processo de fácil e célere execução.

A 12 de julho de 1949, o projeto da *Convenção Europeia para os Direitos Humanos* e um projeto para o Estatuto do Tribunal Europeu, foram preparados por Pierre-Henri Teitgen, delegado representante da França no Conselho, Sir David Maxwell-Fyfe, delegado representante do Reino Unido, e pelo Professor Fernand Dehousse, delegado representante da Bélgica, e submetidos ao Comité de Ministros do Conselho da Europa<sup>5</sup>. No entanto, na primeira sessão do Comité, a 9 de agosto de 1949, uma votação de sete para quatro votos e uma abstenção decidiam eliminar a “[d]efinição, salvaguarda e desenvolvimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” enquanto item na agenda para a primeira reunião da Assembleia Consultiva do Conselho. Os delegados da Noruega, França e Suécia opuseram-se ao item dos direitos humanos na agenda porque o assunto “havia já sido discutido extensivamente” nos debates que levaram à Declaração Universal dos Direitos Humanos na Organização das Nações Unidas.<sup>4</sup>

Apesar da decisão do Comité de Ministros, muitos dos delegados na Assembleia Consultiva mantiveram a linha de interesse em desenhar uma convenção de direitos humanos especial para a Europa. A 13 de Agosto, Rasmussen, um dos delegados representantes da Dinamarca, rejeitou a noção de que trabalhar na questão dos direitos humanos na Europa iria meramente duplicar os esforços feitos nas Nações Unidas:

“Although the question of human rights had been discussed at length by the United Nations, it had not yet been possible to draft a text which held good in International Law. The universal declaration lacked precision. It could not be otherwise in view of the differences in civilization and forms of Government existing in different Member States of the United Nations. It would be a very different matter if the question was reconsidered on a purely Western European basis, in which case a text might be elaborated which would

---

<sup>5</sup> O Conselho da Europa foi fundado a 5 de maio de 1949, constituindo a mais antiga instituição europeia presentemente em funcionamento. À data da sua fundação, o Conselho era composto por dez membros: Bélgica, Dinamarca, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Reino Unido e Suécia.

<sup>4</sup> Janis, 2008, 13.

be binding in the legal sense.”<sup>5</sup>

Em resposta a uma crítica desta natureza, o Comité de Ministros concordou levar novamente a questão dos direitos humanos para a agenda da Assembleia Consultiva, e uma outra moção foi proposta à Assembleia novamente por Maxwell-Fyfe, Teigten, e mais 45 assinantes:

“The Assembly recommends that the Member States of the Council of Europe should, in pursuance of the aim enunciated in Article I of the Statute, accept the principle of collective responsibility for the maintenance of human rights and fundamental freedoms, and for this purpose should immediately conclude a convention by which each Member State would undertake:

- a) To maintain intact the human rights and fundamental freedoms assured by the constitution, laws and administrative practice actually existing in their respective countries at the date of the signature of the convention; and
- b) To set up a European Commission of Human Rights and a European Court of Human Rights for the purpose of assuring the observance of the above mentioned convention.”

A Assembleia reuniu sobre esta matéria no período decorrente entre 22 de Agosto e 5 de Setembro do mesmo ano. A meio dos trabalhos, o Comité Legal decidiu unanimemente que “apesar de cada Estado ter o direito a estabelecer as normas pelas quais os direitos humanos estão protegidos dentro do seu território, o objeto da garantia coletiva deveria assegurar que tais normas e a sua aplicação estão de acordo com os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas” (Art. 38º do Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional).

Após a declaração do Comité Legal, a 5 de Setembro, que apoiava “o estabelecimento de uma garantia coletiva das liberdades essenciais e direitos fundamentais [...] baseados, tanto quanto possível” nos

---

<sup>5</sup> Council of Europe, *Travaux Préparatoires*, n. 28, em XXIV. As três citações seguintes encontram-se na mesma obra e página.

direitos enumerados na Declaração Universal dos Direitos do Homem a constituição de uma Comissão Europeia para os Direitos Humanos e de um Tribunal, novas objeções foram colocadas, nomeadamente no respeitante ao direito de petição da pessoa individual e à jurisdição do Tribunal. Assim, em Agosto de 1950, o Comité de Ministros decidiu tornar opcionais<sup>6</sup> tanto a jurisdição do Tribunal como o direito de petição da pessoa individual e esse projeto constituiu praticamente o modelo final assinado pelos Estados a 4 de Novembro do mesmo ano. A *Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais* entraria em vigor apenas três anos mais tarde, a 3 de Setembro de 1953.

Simplesmente enquanto uma *bill of rights* europeia, a Convenção oferecia pouco de ‘exceção’ na cena internacional. O que se tornou extraordinário acerca da Convenção acabou por ser a sua máquina de execução. O núcleo da sua eficácia acabou por se basear, por mais de cinquenta anos (até 1998), em duas cláusulas essenciais tornadas ‘opcionais’: o antigo artigo 25<sup>o7</sup> (depois tornado obrigatório pelo artigo 34<sup>o</sup>) dando aos indivíduos e aos Estados o direito de petição, e o antigo artigo 46<sup>o</sup> (depois tornado obrigatório pelo novo artigo 32<sup>o</sup>) que conferia ao Tribunal Europeu para os Direitos Humanos jurisdição judicial para ouvir e julgar casos apresentados à Comissão.

O que se tornou crucial nos primeiros anos de via da Convenção foi a questão de se um qualquer Estado europeu concordaria em aceitar a figura da petição individual e a jurisdição judicial. Historicamente, os europeus estavam familiarizados com este tipo de documento, mas ao contrário dos Americanos, não estavam muito acostumados com o cumprimento judicial de tais direitos. Internamente, confiavam nos ramos legislativo e executivo, ao invés do ramo judicial, para prote-

---

<sup>6</sup> Desta forma, um qualquer Estado poderia ratificar a Convenção Europeia para os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, com a opção de ratificar ou não os artigos referentes à jurisdição do Tribunal de Justiça e ao direito de petição da pessoa individual.

<sup>7</sup> Que acabou por entrar em vigor somente em 1955, quando 6 países o ratificaram (a 3 de Setembro de 1953, apenas 3 países haviam ratificado o art. 25<sup>o</sup>). A título de exemplo da mora e dificuldade deste processo, pode-se destacar o caso da França que, apesar de ser um dos Estados fundadores do Conselho da Europa, só adotou o art. 25<sup>o</sup> em 1981.

ger as liberdades fundamentais.<sup>8</sup> Na década de 50, a questão seria, então, se os governos europeus estavam dispostos a dar poder a uma comissão e a um tribunal internacionais para salvaguardar os direitos humanos.

O título I da Convenção constitui um catálogo detalhado dos direitos civis e políticos que os Estados signatários se comprometem a garantir a toda e qualquer pessoa que esteja sob a sua jurisdição: direito à vida, ao respeito pela vida privada e familiar, direito à liberdade, à segurança, a uma justiça equitativa, garantia das liberdades de pensamento, expressão, religião, reunião, associação, circulação... Este precisa ainda em que medida as restrições podem ser aplicadas a esses direitos, em nome da segurança pública, da prevenção da desordem, e da segurança nacional.

A originalidade da Convenção acaba por ser ainda o estabelecimento de um mecanismo para garantir estes direitos. Para além do Comité de Ministros que pode intervir no final do procedimento, dois órgãos desempenham um papel essencial: a Comissão e o Tribunal. A Comissão Europeia dos Direitos do Homem<sup>9</sup> tem o papel de examinar, com total independência, as petições que podem ser movidas contra um Estado por parte de outro Estado, por uma organização não-governamental ou por um indivíduo, desde que o país em questão tenha aceite o artigo 25º. Este órgão decide ainda se a petição é admissível e, em caso afirmativo, tenta um acordo. Em caso de falha desta solução, um relatório detalhado é enviado para o Comité de Ministros. Numa segunda fase, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos<sup>10</sup> pode ser introduzido no processo pela Comissão ou por um Estado após a entrada em vigor do Protocolo de 1994 n.º 9.

Este sistema um pouco complexo permitiu deputar inúmeros assuntos para a jurisdição de Estrasburgo. Nas duas primeiras décadas, as aplicações interestaduais apresentadas, em particular contra a Grécia e Turquia, eram muito poucas. Os pedidos

---

<sup>8</sup> Frowein, 1984, 5-7.

<sup>9</sup> A Comissão é composta por juristas (um para cada Estado que tenha ratificado a Convenção), eleitos por seis anos pelo Comité de Ministros.

<sup>10</sup> Composto por juristas (um para cada membro do Conselho da Europa Estado-Membro), eleitos por nove anos pela Assembleia, o Tribunal age, como a Comissão, de forma independente dos governos. As suas decisões são finais e obrigatórias.



individuais constituíam a vasta maioria dos processos, referindo-se a uma variedade de problemas. Durante os anos setenta e oitenta, os pedidos foram aumentando. Houve cerca de 5.000 em 1989, cem dos mesmos declarados admissíveis. Diante de inúmeros recordes, a Comissão e o Tribunal começaram a apresentar problemas de natureza burocrática, atrasando o período de mora dos despachos. Embora a duração do processo se fosse sempre prolongada<sup>11</sup>, a reforma do mecanismo de Direitos Humanos só foi considerada de 1985 a 1986. Decidida na Cimeira de Viena em outubro de 1993, levou à criação de um Tribunal Permanente, capaz de acelerar os procedimentos para melhorar a eficiência do sistema. Os anos 90 espelharam, assim, o preço do sucesso. A adesão ao sistema de grande parte dos países da Europa Central e de Leste e da região do Báltico, bem como da Finlândia e de Andorra trouxe um aumento exponencial do número de casos, que acabou por levar, em 1999, à fusão da Comissão com o Tribunal. Na década seguinte, com um total de 47 membros, o Tribunal continuou a registar uma subida exponencial de casos, com mais 80% de todas as sentenças proferidas da sua história enquadradas na primeira metade dos anos 2000.

Assim, um processo que se iniciou com alguma relutância por parte de vários Estados europeus foi-se afirmando dentro da esfera jurídica internacional. E, apesar de a maioria dos casos expostos perante o Tribunal partirem de pessoas não estaduais, essa evidência demonstra também a aceitação por parte dos Estados da figura da pessoa individual<sup>12</sup>.

Outros acordos também procuram criar condições para uma melhor proteção dos Direitos Humanos nas Comunidades Europeias, complementando, desta forma, o âmbito da Convenção.

Adotada em 1961, em Turim, e em vigor em 1965, a *Carta Social* apareceu como uma contrapartida para a Convenção de Direitos Humanos, enumerando uma série de direitos económicos e sociais (direito ao trabalho, à segurança social, à assistência médica, à orga-

---

<sup>11</sup> Média de cinco anos a partir da apresentação do pedido e a decisão do Tribunal.

<sup>12</sup> O aumento de membros nas décadas de 90 e 2000, quando o antigo artigo 25º já era obrigatório, mostra a disposição por parte dos novos membros de reconhecimento da pessoa individual.

nização sindical, às negociações coletivas...), posteriormente complementada por um Protocolo em 1988. O sistema de garantias estabelecido pela Carta Social foi renovado por um outro protocolo, em 1991, acabando por ser menos restritivo do que o mecanismo dos Direitos Humanos<sup>15</sup>.

Um sistema semelhante foi estabelecido pela *Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Tratamento Desumano ou Degradante*, em vigor a partir de 1989. A Convenção também deixa ao cuidado de um comité independente de especialistas para monitorar as condições de detenção antes da elaboração de um relatório com as recomendações apropriadas aos Estados.

### **Uma questão de necessidade: instrumentos para a proteção das minorias nas comunidades europeias**

Mais recentemente, o conjunto de instrumentos de proteção dos direitos humanos foi complementado pela adoção de um protocolo adicional à *Convenção dos Direitos Humanos* e de uma *Convenção Quadro da Proteção das Minorias Nacionais* em matéria de proteção das minorias nacionais. Para além destes dois documentos, é de salientar a inclusão da questão da proteção das minorias em alguns dos tratados e mecanismos provindos diretamente das instituições da União, como o Tratado de Amsterdão e os critérios políticos de Copenhaga.

Os parâmetros internacionais no respeitante aos direitos das minorias foram moldados no decorrer dos anos 90. A formulação por parte da União Europeia das condições para a adesão, conforme estabelecido pelo Conselho de Copenhaga de 1993, marcou uma disjunção significativa através da menção explícita de proteção das minorias entre as normas políticas associadas com a democracia. Esta questão tornou-se uma prioridade na agenda enquanto questão de política externa, quando a União começou a redefinir as suas relações com os países da Europa Central e de Leste após a queda dos regimes

---

<sup>15</sup> A monitorização é realizada por uma comissão de peritos independentes estabelecida para cada país que, a cada dois anos, envia um relatório à Secretaria-Geral da Assembleia e do Comité de Ministros, responsável por enviar recomendações aos Estados para uma melhor aplicação da lei.

comunistas autoritários<sup>14</sup>.

O colapso sangrento da Jugoslávia foi tomado como um alerta dramático do potencial de toda a região para a reemergência do tipo de conflito étnico que havia desestabilizado a Europa no entre guerras. A formação de novos Estados, com o desmantelamento da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e da Checoslováquia foi acompanhada por um aumento do sentimento nacionalista por parte de ambas as maiorias recém-independentes e triunfantes, bem como por parte de outros grupos minoritários que não haviam sido consultados em relação a este desfecho e se sentiam mais inseguros do que antes. Mesmo em Estados que permaneceram intactos durante a transição, as relações entre maiorias e minorias nacionais têm mostrado sinais de tensão. Ao mesmo tempo, a aspiração óbvia de todos os Estados da Europa Central e de Leste para ‘voltar para a Europa’ apresentou à UE uma oportunidade para influenciar o resultado dos acontecimentos, incluindo a proteção das minorias, numa definição ampla da condicionalidade política.

Assim, as relações externas da União forneceram um impulso fundamental para a internalização de um compromisso explícito com os direitos humanos e uma maior consciência das questões das minorias. Assim, os direitos humanos e das minorias mapearam uma área em que as relações externas têm empurrado para repensar parcialmente a nível interno os seus valores, objetivos e políticas.

Os critérios políticos de Copenhaga estipulam a necessidade de “estabilidade das instituições que garantem a democracia, o Estado de direito, os direitos humanos e o respeito e proteção das minorias”<sup>15</sup> e, assim, combinam excepcionalmente grandes conceitos, deixando uma ampla margem para a sua interpretação. O primeiro critério de Copenhaga da União trouxe a marca amorfa da condicionalidade democrática do Conselho da Europa<sup>16</sup>. Após os critérios de Copenhaga terem sido formulados, mas antes das negociações de acesso terem

---

<sup>14</sup> Sasse, 2006.

<sup>15</sup> In [http://europa.eu/legislation\\_summaries/glossary/accession\\_criteria\\_copenhague\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/accession_criteria_copenhague_en.htm).

<sup>16</sup> As credenciais democráticas de um país tinham sido um ponto proeminente de referência, mas não uma condição explicitamente formulada durante alargamento a sul na década de 70.

começado, o Comité da *Convenção Quadro da Protecção das Minorias Nacionais* de 1995 na Europa pôs em prática um instrumento complexo para a avaliação contínua das questões das minorias. Assim, o critério democrático do Conselho da Europa foi estendido para incluir os direitos das minorias. No entanto, os membros (e não-membros) do Conselho da Europa podem optar se querem ou não ratificar a *Convenção*, uma abertura que limita gravemente o controlo sobre as políticas adoptadas pelos Estados, e que desta forma acaba por delegar à entidade estatal o poder total perante a protecção das minorias.

Desde 1990, o processo CSCE/OSCE<sup>17</sup> enfatizou cada vez mais a base normativa, tornando o elo entre democracia, direitos humanos, prevenção de conflitos e a protecção das minorias mais explícito<sup>18</sup>. A Carta da CSCE de 1990 estipulava que a “paz, justiça, estabilidade e democracia, requerem que a identidade étnica, cultural, linguística e religiosa, das minorias tem de ser protegida e que as condições para a promoção dessa identidade têm de ser criadas”<sup>19</sup>. Para além disso, as Recomendações Gerais da OSCE de 1996, 1998 e 1999 tentaram refinar o parâmetro europeu para a protecção das minorias<sup>20</sup>.

A União adotou explicitamente as normas da CSCE no contexto do Comité de Arbitragem de Badinter. A sua ênfase nos direitos dos “povos e minorias” foi afirmada por duas declarações proferidas pelo Alto Representante da União Europeia referentes à formação de novos Estados na Europa Central e de Leste e à questão da Jugoslávia. Enquanto a União retirava o elo entre democracia e direitos humanos, e mais tarde a protecção das minorias dos mecanismos do Conselho da

---

<sup>17</sup> Convenção sobre a Segurança e Cooperação na Europa (CSCE) que viria mais tarde a tornar-se na Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE).

<sup>18</sup> Vide o Capítulo 4 do *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*, 5-29 de junho de 1990 in <http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/hd/cope90e.htm>. A tensão entre os advogados de um conceito tradicional da soberania estatal e aqueles que favoreciam uma reformulação da soberania para incluir a obrigação da protecção das minorias surgiu pela primeira vez no CSCE Meeting de Copenhaga em 1990.

<sup>19</sup> O texto citado encontra-se na secção “Dimensão Humana” da Carta.

<sup>20</sup> Vide as Recomendações de Haia sobre os Direitos à Educação das Minorias Nacionais (1996), as Recomendações de Oslo sobre os Direitos Linguísticos das Minorias (1998), e as Recomendações de Lund na Participação Efetiva das Minorias na Vida Pública (1999).

Europa, o processo CSCE/OSCE veio dotar a proteção das minorias de um fundamento baseado na segurança, uma combinação que ressoava muito aproximadamente a posição dos Estados-membros nos anos 90.

Assim, os direitos das minorias étnicas têm constituído uma nova área de preocupação para a União Europeia que, apesar de estar retoricamente estabelecida dentro das várias organizações que constituem a arquitetura regional europeia, na prática espelha uma ambivalência ‘natural’ num espaço de diálogo algo marcado pelo intergovernamentalismo.

### **A prerrogativa das incongruências: o conceito de minoria no sistema europeu**

A existência de vários documentos internacionais juridicamente vinculativos que dotam as minorias étnicas e nacionais de direitos específicos a fim de proteger a sua singularidade cultural, linguística e religiosa é um facto. No entanto, nenhum desses documentos oferece uma explicação sobre o que deve ser entendido como “minoria” e não resolve o enigma de apurar se cabe aos Estados decidir quem é o sujeito dos direitos das minorias ou se os Estados são obrigados a garantir estes direitos para quem pede tal proteção.

Desta forma, algumas questões surgem no universo conceptual que acabam por ter repercussões confusas na prática. Como podem as minorias ser identificadas e reconhecidas como tal? Que grupo de pessoas é uma minoria e quem pertence a esse grupo?

O conceito de minoria expressa como a regulação jurídica se reflete na existência de uma minoria, o que é entendido pela noção de “minoria” e que critérios são utilizados por forma a identificar certos grupos sociais enquanto minorias. Não há dúvida que o problema principal dos sistemas de proteção das minorias contemporâneos não passa pela questão do alcance e conteúdo dos direitos garantidos, logo, que direitos particulares podem ser garantidos aos membros de um grupo minoritário, mas por saber-se quem está intitulado a exercer estes direitos e quem está dotado de capacidade para determinar o escopo pessoal dos direitos das minorias.

Não existe uma definição claramente formulada contida num tratado internacional que seja geralmente aceite, devido à dificuldade em identificar elementos comuns que possam compreender a pluralidade de comunidades relevantes existentes que vivem dentro dos

Estados. E, apesar de terem surgido várias iniciativas em diferentes fóruns internacionais a fim de esclarecer o conceito de minoria, os esforços não deram ainda um resultado que englobe toda a amplitude do conceito e que seja, ao mesmo tempo, universalmente aceite. A importância de uma definição encontra-se a um nível prático e teórico: a saber, na sua capacidade de delimitar os sujeitos que devem beneficiar da proteção e para a exigência fundamental da clareza e previsibilidade da lei.

Segundo Riva Kastoryano, na maior parte dos textos jurídicos na Europa, o conceito de minoria refere-se a “um grupo minoritário histórico, que há muito tempo adquiriu um estatuto permanente dentro de um Estado e cujos membros são cidadãos com desejo de preservar os seus traços étnico-culturais que os distinguem do resto da população”<sup>21</sup>. Assim ‘minoría nacional’ no contexto europeu significa sempre um grupo, independentemente do tamanho (os Livs na Estónia são pouco mais de 100 pessoas, os catalães em Espanha mais de 6 milhões), enraizado no território de um Estado cujas características etno-culturais são muito diferentes do resto da sociedade.

Algumas outras categorias de ‘diferenças’ desde pessoas migrantes, refugiados e grupos sociais, como as castas ou tribos, não são abrangidos por esta definição<sup>22</sup>. No caso das comunidades religiosas, que por número são minorias no que diz respeito à maior religião praticada num determinado Estado, muitas vezes não são referidas como ‘minoría’, mas antes como ‘comunidades religiosas menores’. Para além disso, apesar de a *Convenção Europeia para os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais* afirmar os direitos e liberdades baseados na cultura, língua, ou religião de cada indivíduo, não estabelece um mecanismo de proteção dos direitos desses indivíduos quando inseridos num grupo considerado enquanto ‘minoría’<sup>23</sup>.

As estipulações que vão sendo estabelecidas pelos vários documentos que regulam a proteção das minorias vêm tentar complementar esta deficiência. Não obstante, há que ter em conta que a vinculação a

---

<sup>21</sup> Kastroiano, 2004.

<sup>22</sup> *Ibid.* Vide ainda “Minority Rights Protection in the EU: Contradictions and Problems” in <http://www.euroalter.com/2009/minority-rights-protection-in-the-eu-contradictions-and-problems>.

<sup>23</sup> Baille, 2007.

estes documentos é, até hoje, opcional.

O Comité para a *Convenção Quadro da Protecção das Minorias Nacionais* estipulou que a existência de uma minoria é independente da decisão do Estado, sendo, pelo contrário, uma questão de fato baseada na sua existência objetiva<sup>24</sup>. Ao mesmo tempo, não tem necessariamente que ser um grupo numericamente inferior ao resto da população desde que o facto de que este grupo se encontra na posição de não dominante seja cardinal. Segundo o Comité, não há ainda necessidade de que os membros das minorias sejam cidadãos do Estado relevante, nem moradores permanentemente estabelecidos no território do Estado. Não apenas a categoria das chamadas minorias autóctones, mas a também a categoria das novas minorias (inclusive as minorias migrantes) goza dos direitos das minorias nacionais.

Dentro do quadro da União Europeia propriamente dita, a protecção das minorias nacionais é caracterizada por um certo paradoxo. Por um lado, a sua protecção representa uma das importantes questões de política externa da União, mas, por outro, desempenhou um papel marginal até recentemente, no âmbito do *acquis communautaire*, quando determinado Estado pretende tornar-se membro da UE.

Considerando que a protecção das minorias e respeito das mesmas formou uma base para o reconhecimento de Estados recém-formados no sul e leste da Europa (*Declaração sobre as Orientações para o Reconhecimento de Novos Estados na Europa Oriental e na União Soviética*, e *Declaração sobre a Jugoslávia* de 16 de Dezembro de 1991), sendo parte integrante dos chamados critérios de Copenhaga, esta questão desempenhou apenas um papel insignificante na agenda interna da UE. Como já foi mencionado, até meados da década de 1990 a protecção específica das minorias não tinha sido considerada um assunto digno de atenção na integração europeia. A única exceção é representada pelas resoluções aprovadas pelo Parlamento Europeu em 1981, 1983, 1987 e 1994, nas quais este órgão apelou aos Estados-Membros e instituições europeias para criar um sistema de medidas específicas em favor das minorias linguísticas e culturais<sup>25</sup>.

Até ao Tratado de Amesterdão, em 1999 não havia provisão no direito primário cláusulas específicas que determinavam e assegurava-

---

<sup>24</sup> Art. 3º da Convenção-Quadro.

<sup>25</sup> Toggenburg, 2005.

vam os direitos das minorias, exceto a proibição geral de discriminação, que teria garantido às minorias de direitos específicos e proteção específica. No entanto, a relutância dos Estados-Membros em consignar-se com a proteção das minorias encontra-se também refletida neste tratado.

A União Europeia continua sem um instrumento juridicamente vinculativo que abranja os direitos das minorias. No entanto, tem um corpo crescente de referências em tratados no respeitante à cultura e educação e à diversidade cultural e linguística da Europa. Sob artigo 151.º (ex-artigo 128.º) do Tratado que institui a Comunidade Europeia (Tratado CE), a Comunidade é obrigada a contribuir para o desenvolvimento das culturas dos Estados-membros, “respeitando a sua diversidade nacional e regional, e pondo simultaneamente em evidência o património cultural comum [dos Estados-membros]”<sup>26</sup>. Para além disso, é exigido que os aspetos culturais sejam tidos em conta nas suas ações ao abrigo de outras disposições do Tratado CE, com vista a “respeitar e promover a diversidade das suas culturas”<sup>27</sup>. O papel da Comunidade é limitado pelo princípio da subsidiariedade, cingindo-se a apoiar e completar a ação dos Estados-Membros neste domínio.

Apesar do princípio de não-discriminação, que faz parte do *acquis communautaire*, ser uma questão bastante debatida e desenvolvida no seio da União, os direitos das minorias permanecem um campo vago e enublado. Não tendo qualquer referência vinculativa no que diz respeito ao conceito de minoria e aos direitos a ele referentes, a UE vê-se obrigada a referir-se sempre aos direitos das minorias outras organizações como a OSCE ou o Conselho da Europa.

Desta forma, o impacto da União em relação aos direitos das minorias permanece apenas num segmento fino da política de alargamento. Em primeiro lugar, a UE espera que os Estados se tornem membros do Conselho da Europa e que se rejam pelos critérios do Conselho no respeitante aos direitos humanos e da proteção das minorias<sup>28</sup>. Em segundo lugar, a União espera que os Estados candidatos à adesão assinem dois documentos referentes à proteção das

---

<sup>26</sup> Parágrafo 1.º do art. 151.º do Tratado CE, *in Jornal Oficial da União Europeia*, caderno 321 de 29 de dezembro de 2006, p. 114.

<sup>27</sup> Parágrafo 4.º do art. 151.º do Tratado CE.

<sup>28</sup> Ram, 2003.



minorias: a Diretiva do Conselho 2000/43, referente ao princípio da não-discriminação, e a *Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais*. Finalmente, a União monitoriza a proteção das minorias num Estado candidato, clarificando as medidas específicas para cada país por forma a compreender os direitos das minorias<sup>29</sup>.

Embora as instituições da UE tenham abordado questões pertinentes no respeitante às minorias, não há ainda uma política interna abrangente. Por outro lado, o União tem desenvolvido políticas significativas sobre as minorias nas suas relações externas, especialmente no respeitante aos novos Estados-membros, com a introdução dos Critérios de Copenhaga na constituição do *acquis communautaire*. O resultado direto desta abordagem bifurcada acaba por ser um tratamento diferencial entre Estados-membros e Estados candidatos à adesão no respeitante à proteção das minorias<sup>50</sup>.

Segundo Sasse, a “condição” relativa às minorias do último dos critérios de Copenhaga colocou vários problemas de conformidade durante o processo de adesão dos países da Europa Central e de Leste. Nomeadamente, verifica-se que a “condição” não tinha uma base sólida no direito da União, nem parâmetros concisos, pelo que as práticas dos atuais Estados-membros vão desde a elaboração de meios constitucionais e legais para proteger as minorias e à concessão da participação política, até à negação absoluta de que essas minorias existem<sup>51</sup>.

Estes dilemas foram agravados pelo fato de que o primeiro critério de Copenhaga tinha de ser “cumprido” no momento inicial das negociações de adesão, limitando a alavancagem posterior da UE na esfera política. Além disso, o critério de minoria não figura predominantemente no financiamento de pré-adesão da UE. A ironia está na ênfase dada pelas elites políticas da União ao êxito das instituições europeias na promoção da estabilidade e proteção das minorias na Europa Central e de Leste apesar de todas estas dificuldades.

Os casos da Letónia e da Estónia espelham bem a relação entre

---

<sup>29</sup> Toktaş, 2006.

<sup>50</sup> Schweltnus, 2002.

<sup>51</sup> Sasse, 2006, p. 5. Esta questão é complementada, segundo a autora, pelos problemas de ambiguidade no referente à definição de ‘minorias’ no direito internacional e pelo fato de que os direitos das minorias terem estado à margem no que diz respeito à política interna da UE.

cidadania e os direitos políticos das minorias, por um lado, e os limites da condicionalidade internacional em matéria de proteção das minorias, por outro. Em ambos os países, as minorias russófonas (e também os roma enquanto comunidade através de toda a Europa Central e de Leste) formavam o maior grupo minoritário durante o processo de adesão. Porém, na ausência de interesses minoritários organizados, a atração nacional de uma política sensível às minorias nestes dois Estados foi muito limitada. As leis e procedimentos restritivos foram sendo alterados gradualmente durante o processo de adesão à União, mas a persistência de um elevado número de apátridas residentes nos dois países – cerca de 22% na Letónia e 13% na Estónia – ilustram a limitação do efeito da pressão europeia e internacional sobre esta situação<sup>52</sup>.

Outra questão determinante será a da soberania nacional e supranacional e a de saber em que escopo recaem os direitos das minorias. Na União, o conceito de minoria – desenvolvido em relação à realidade social, cultural e política dos países da Europa Central e de Leste, onde o problema da democracia se coloca desde 1989 em termos de reconhecimento das minorias – está na origem da aplicação do direito das minorias pelas instituições europeias a outros países da Europa Ocidental. Porém, como não existe um sistema jurídico vinculativo supranacional que abarque a proteção das minorias, o poder de decisão fica remetido à jurisdição interna dos Estados-membros.

Em França, quer se trate de identidades regionais ou religiosas, quer ainda de identidades coletivas expressas pelas populações resultantes da imigração, o termo é rejeitado. Aquando da elaboração da Convenção Quadro – com o intuito de garantir as liberdades individuais das minorias sem atentar contra a unidade e coesão do Estado – a França não assinou, já que o seu ministro com a pasta dos Assuntos Europeus considerou que o texto não era “compatível com a Constituição”.

Desta forma, várias Declarações, Cartas ou Convenções, oscilaram, como explica Emmanuel Decaux, entre a proteção da identidade étnica das pessoas e as condições favoráveis à sua promoção, passando assim do direito individual ao direito coletivo, para, no final, desembocar num “relativismo das situações” que

---

<sup>52</sup> *Ibidem.*

pudesse ter em conta a diversidade das experiências nacionais e dos sistemas constitucionais<sup>55</sup>.

A integração supranacional cria, assim, condições inteiramente novas para a conceptualização das minorias nacionais. É um ambiente em que o conceito de minoria pode diferir tanto dos conceitos criados no direito internacional como dos formulados nas ordens jurídicas internas. O ambiente circundante da organização supranacional em volta do Estado acaba por criar uma fronteira enublada que delimita a entidade que formou a estrutura primária do conceito tradicional de minoria nacional, i.e., o Estado-nação. Promover as liberdades comunitárias, especialmente a livre circulação de pessoas tem causado o aumento da mobilidade no interior da União e o agravamento de várias formas de discriminação de pessoas de diversas origens nacionais e étnicas em diferentes Estados-Membros, como as políticas adotadas face aos roma na maior parte dos Estados europeus, ou a indivíduos de origem eslava, turca e africana nos países “da fronteira europeia”.

É principalmente nas políticas de direito de asilo ou de imigração e de integração que se faz sentir a força do Estado conducente. De resto, há uma tensão entre a supranacionalidade e o nível intergovernamental, bem como a uma tensão entre uma tendência para unificar o espaço europeu e a soberania dos Estados espelhada na questão da livre circulação de pessoas no território europeu<sup>54</sup>.

As migrações intraeuropeias levantam diretamente o problema da proteção das minorias e a legislação supranacional tem-se mostrado insuficiente para responder a vários abusos ocorridos dentro do ‘espaço europeu’. Algumas das mais alarmantes situações de abuso foram identificadas em relação a comunidades nómadas, com especial incidência nos roma.

Nos últimos anos, os roma foram alvo de comentários e políticas de exclusão por parte de políticos de várias comunidades dentro da UE. Em Itália, em 2007, o presidente da câmara de Roma, Carlo Mosca, disse à imprensa, referindo-se aos roma, que “um pulso firme era necessário” para lidar com “estes animais.” Líderes nacionais e

---

<sup>55</sup> Decaux, 2004.

<sup>54</sup> Há que ter em conta que esta livre circulação é permitida dentro do designado ‘Espaço Schengen’.

locais afirmaram os seus planos para a expulsão dos roma das regiões próximas das maiores cidades e a intenção de expulsar os imigrantes ilegais. Os presidentes das câmaras de Milão e Roma assinaram ainda ‘Pactos de Segurança’ em maio de 2007 que tinham como objetivo a expatriação de mais de dez mil roma. Episódios de remoção e destruição de acampamentos sem aviso prévio, indemnização, ou provisão de habitação alternativa foram relatados ao longo do ano. Este ato levou a protestos por parte das instituições e líderes europeus e a tensões consideráveis entre a Itália e a Roménia<sup>55</sup>.

O ano de 2007 viu a criação, na República Checa – como noutros novos Estados-membros recém-chegados à UE – de uma estrutura parlamentar formal expressamente assente em fundações anti-imigração e anti-roma. Em dezembro desse ano, o Partido Nacional Socialista anunciou que iria iniciar o recrutamento de membros da Guarda Nacional paramilitar em resposta ao “medo crescente do comportamento das minorias e imigrantes que não estão adaptados” e às falhas da polícia nacional<sup>56</sup>.

No Reino Unido, o *expert* independente das Nações Unidas para os assuntos das minorias declarou que as trezentas mil pessoas que faziam parte das comunidades roma e cigana “face serious discrimination, exclusion, poverty and even violence. The equation is a simple one: ... the violations of the rights of members of these communities, in all walks of life, are due to the pervasive effects of racial discrimination and centuries of marginalization and exclusion that persist today. Negative and inaccurate reporting by certain sectors of the media has fuelled hostile attitudes towards Gypsies, Roma and Travelers.”<sup>57</sup>

Em 2010, na França, cerca de 700 roma foram expulsos do país, numa medida anunciada pelo Presidente Nicolas Sarkozy como reação a atos de violência entre a polícia e comunidades roma em duas cidades francesas e os comentários xenófobos em relação a estas comunidades têm continuado.

De acordo com as leis da UE<sup>58</sup>, um cidadão europeu tem o direito

---

<sup>55</sup> Human Rights First, 2008, pp.5-7.

<sup>56</sup> *Ibid*, p. 11.

<sup>57</sup> *Ibid*, p. 15.

<sup>58</sup> Após a integração do Acordo de Schengen no direito europeu pelo Tratado de

de se mover livremente dentro do território da União e, apesar de estarem salvaguardadas exceções quando a segurança e saúde pública estão em risco, as medidas contra comunidades específicas não podem ser impostas arbitrariamente como aconteceu e acontece em vários Estados-membros, façam parte da União há mais (França, Itália, Reino Unido) ou há menos (Bulgária, Hungria, Eslováquia, República Checa) tempo.

Desta forma, a falta de uma definição de minoria geralmente aceite e juridicamente vinculativa permite aos Estados apresentar e usar as suas próprias definições ou os seus próprios conceitos de minorias nacionais, aplicando políticas contrárias à proteção das minorias baseadas na ambiguidade jurídica existente, tornando, assim, a ideia de proteção internacional ilusória.

### **Conclusão**

A Europa moderna mostra duas faces em relação ao respeito pelas diferenças. Não-discriminação e igualdade estão consagradas nas leis nacionais e convenções internacionais. Por outro lado existem dezenas de exemplos de completa ausência de ação pública responsável para atender as necessidades das minorias, de grave violação de normas internacionais para a sua proteção e até mesmo perseguição ativa e opressão dirigidas a estes grupos.

Apesar do progresso em muitas direções, a Europa ainda não é um 'paraíso' para as minorias. A discriminação das minorias traz várias reações, de sofrimento silencioso a resistência violenta, e torna-se uma fonte de conflito social e político. Mas se a paz, estabilidade e harmonia das relações entre maiorias e minorias devem ser atingidas, os políticos e os cidadãos europeus têm de estar ativamente comprometidos com o respeito pela diversidade e com a proteção das minorias. Conflitos étnicos (no País Basco, Irlanda do Norte, Córsega, partes da ex-Jugoslávia, Moldávia, Geórgia e Chipre), padrões persistentes de discriminação direta e indireta, a popularidade de movimentos nacionalistas de direita e a retração do espaço cultural e económico das minorias étnicas têm colocado algumas afrontas flagrantes por parte dos atores políticos nacionais perante a comunidade internacional, tanto na forma de prevenção como de resolução destes

---

Amsterdão em 1999.

problemas. As instituições europeias têm respondido com vários instrumentos jurídicos, programas sociais e políticos, mas ainda muito precisa ser feito.

No presente texto tentou-se mostrar algumas das questões determinantes no que diz respeito à jurisdição para a proteção das minorias no espaço da União Europeia. Um aspeto incontornável diz respeito à própria história dos direitos humanos na Europa. A segunda metade do século XX foi marcada pela tentativa de dar aos Estados, organizações não-governamentais e aos cidadãos um aparelho jurídico que colocasse os direitos humanos em posição de destaque. Porém, inúmeras objeções principalmente por parte dos Estados culminaram numa construção desenfreada de vários mecanismos jurídicos e instituições que colocam em causa tanto a clareza do processo judicial, como a sua aplicação, demonstrando claramente as tensões existentes entre a soberania nacional e a soberania supranacional auferida às instituições europeias.

Ademais, verificou-se que no processo de atribuição de um papel de destaque aos direitos humanos enquanto parte da construção da comunidade europeia, a proteção dos direitos das minorias surgiu como um assunto tardio e problemático. Só a partir da década de 90, com a candidatura dos países da Europa Central e de Leste, houve a preocupação de integrar a proteção dos direitos das minorias na jurisdição da União. No entanto, ainda hoje, verifica-se que a UE continua a necessitar de recorrer a mecanismos aplicados por outras organizações, nomeadamente o Conselho Europeu e a OSCE, na tentativa de proteção dos direitos das minorias.

Mais ainda, essa jurisdição contínua deficiente no que diz respeito à identificação de uma definição de minorias aceite por toda a comunidade e remete para um paradoxo diferencial quando examinamos as exigências feitas a Estados candidatos à adesão e aos Estados já integrantes na UE. Isto porque o mecanismo jurídico que mais claramente inclui a proteção dos direitos das minorias encontra-se nos Critérios de Copenhaga, parte integrante do mecanismo de condicionalidade política do *acquis communautaire*. Assim, a partir do momento em que um Estado passa fazer parte da União Europeia, parece retornar à interação oposicional entre os poderes estatais e os poderes das instituições europeias em aplicar uma legislação efetiva perante o problema das minorias. A regra tende a pender para

uma ambivalência tanto no que diz respeito à teoria e prática jurídicas por parte das instituições europeias por forma a conceder aos Estados-membros espaço de manobra para manterem a soberania nacional nesta questão em concreto.

O que se verifica, então, acaba por ser um processo de indecisão que se vai arrastando por parte das instituições supranacionais, que acaba por colocar os direitos mais básicos dos cidadãos numa rede complexa, marcada por lutas de poder entre as elites políticas europeias.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almeida, B. A. (2012), “Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico”, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, 11, 6455-6506.
- Baille, L. C. (2007), “Protection of Religious Minorities in Europe: The Council of Europe’s Successes and Failures”, in *American University International Law Review*, 23, 3, 617-645.
- Bomberg, Elizabeth, Peterson, John, e Coerbett, Richard (2012). *The European Union: How does it work?*, Oxford. Oxford University Press.
- Chalmers, Damian, Davies, Gareth e Monti, Giorgio, (2010). *European Union Law*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Decaux, Emmile (2004) “Os novos quadros do direito das minorias nacionais na Europa”, in Riva Kastroyano, (ed.); *Que Identidade para a Europa? O multiculturalismo e a Europa. O problema da identidade europeia*; Lisboa. Ulisseia, 113-127.
- Evans, Malcom D. (ed.), (2010). *International Law Documents*, Oxford. Oxford University Press.
- Foucault, Michell (1982), “Le Sujet et le Pouvoir”. in H. Dreyfuss e P. Rainbow, *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*. Chicago. Chicago University Press.
- Frowein, J. (1984), ‘European Integration Through Fundamental Rights’, in *Journal of Law Reform*, 18, 5-7.
- Himma, K. E. (2004), *Law, Morality and Legal Positivism: Proceedings of the 21st World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, ARiP Beihefte, 98.
- Human Rights First (2008), *Violence against Roma – 2008 Hate Crime*

- Survey*, Washington. Human Rights First.
- Ishay, Micheline R., (2004), *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, Berkley e Los Angeles. University of California Press.
- Janis, M. W., Kay, R. S., e Bradley, A. W. (2008), *European Human Rights Law: Text and Materials*, Oxford. Oxford University Press.
- Kastroiano, Riva (ed.), (2004). *Que Identidade para a Europa? O multiculturalismo e a Europa. O problema da identidade europeia*, Lisboa. Ulisseia, 2004.
- Ram, M. H. (2003) “Democratization through European Integration: The Case of Minority Rights” in *Studies in Comparative International Development*, 38, 2, 2003, 28-56.
- Sasse, W.; “Gone with the Wind? Minority Rights in Eastern and Central Europe before and after the EU enlargement”, in *Workshop “Ethnic Mobilization in the New Europe”*, Bruxelas. 21-22 de Abril.
- Schwellnus, G. (2002). “Much Ado about Nothing? Minority Protection and the EU Charter of Fundamental Rights”, in *Constitutionalism Web-Papers*, 5.
- Toggenburg, G. (2005) “A rough orientation trough a delicate relationship: The European Union’s endeavours for (its) minorities”; *European Integration Online Papers*, 4/16.
- Toktaş, Ş. (2006). “EU Enlargement Conditions and Minority Protection: A Reflection on Turkey’s non-Muslim minorities, in *East European Quarterly*, 40, 4, 489-518.
- Wallace, Helen, Pollak, Mark A., e Young, Alasdair R., (2010). *Policy Making in the European Union*. Oxford. Oxford University Press.





### III.

CIDADANIA E MECANISMOS COMUNITÁRIOS DE PROTEÇÃO DE  
DIREITOS



O reenvio prejudicial de urgência no contexto do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça: rumo a uma soberania emergente?

Teresa Bravo

Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)

Universidade Nova de Lisboa

## 1. Introdução

Os mecanismos de tutela jurisdicional constituem em qualquer sistema jurídico o elemento dinâmico da defesa dos direitos fundamentais na medida em que estabelecem a ponte entre a “law in books” e a “law in action”, habilitando os cidadãos a exercer, na prática, os respectivos direitos.

O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ), pelo impulso normativo e institucional que tem sofrido nos últimos anos, constitui um palco privilegiado para a realização de um teste de eficácia aos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais e garantias processuais na União Europeia.

O Tratado de Lisboa operou significativas mudanças no seio do ELSJ, a primeira das quais foi a comunitarização do (anterior) III pilar e a reunificação das matérias concernentes à Justiça e Assuntos Internos (JAI) num único Título V do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que passou a abranger a cooperação judiciária em matéria civil (capítulo 3, art. 81<sup>o</sup>) a cooperação judiciária e policial em matéria penal (capítulo 4, art. 82<sup>o</sup> e ss) bem como as políticas de controlo de fronteiras, asilo e imigração (capítulo 2, art. 77<sup>o</sup> e ss).

Por outro lado, a análise do Título V (arts. 67<sup>o</sup> e ss) do TFUE revela a vontade do legislador europeu na atribuição de um carácter unitário

às matérias do ELSJ (que se encontravam anteriormente dispersas nos Tratados da União Europeia e CEE) bem como no aprofundamento de alguns aspectos desse espaço de cooperação judiciária e policial. A eliminação dos pilares e a inclusão das matérias do anterior III pilar, num regime jurídico único<sup>1</sup> pôs termo ao carácter disperso e fragmentário que caracterizava a herança de Amesterdão.<sup>2</sup>

Resulta da conjugação dos arts. 3º do TUE e 67º do TFUE que o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça é um objectivo da União Europeia e que as matérias da cooperação policial e judiciária (civil e penal), bem como as políticas de asilo e imigração são componentes estruturantes desse espaço. De acordo com as disposições conjugadas dos artigos 2º, nº 2 e 4º, nº2 al. j) do TFUE, o ELSJ constitui um vector de competências partilhadas entre os Estados-membros (EM) e a União Europeia. Isso significa que, a União Europeia apenas legislará nesses domínios se estiver em causa um interesse europeu. Uma vez identificado esse interesse, à UE apenas caberá fixar as orientações, os princípios e os objectivos, ao passo que, aos EM ficará adstrita a concretização dessas linhas gerais de actuação, por via da transposição da legislação europeia para os ordenamentos internos, ao abrigo dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade.

A coerência e a uniformidade do direito europeu, no contexto de uma ordem normativa pluralista, tem sido conseguida através da introdução, nos tratados constituintes, do mecanismo do reenvio prejudicial. Este instrumento de interpretação e aplicação do direito europeu estabelece um elo de ligação entre os tribunais nacionais e o tribunal de justiça da União Europeia (TJUE) numa lógica de cooperação inter-jurisdicional permitindo aos primeiros colocar junto do TJUE questões respeitantes à axiologia e validade das normas euro-

---

<sup>1</sup> Mesquita, 2010, assinala que, não obstante, a eliminação da estrutura dos pilares, subsistem (na era pós Tratado de Lisboa) elementos de intergovernamentalidade no ELSJ que criam, quanto a este, um regime normativo diferenciado, designadamente: a iniciativa legislativa a cargo de um quarto dos Estados-membros, a possibilidade dos EM invocarem aspectos fundamentais dos seus sistemas de justiça penal para obstem ao desenrolar do processo legislativo, em determinadas matérias, bem como as cláusulas de opt out do Reino Unido e Dinamarca entre outros aspectos.

<sup>2</sup> Neste sentido, Piçarra, Nuno, 2005, aludia a uma “ dualidade ou fragmentação da sua disciplina jurídica”.

peias.

A existência deste mecanismo fomenta (pela via jurisprudencial) uma progressiva consolidação do direito europeu no seio dos ordenamentos internos, abrindo caminho a um fenómeno de progressiva interpenetração e atenuando, dessa forma, as diferenças entre eles.

Anteriormente à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o reenvio prejudicial não obedecia a uma disciplina normativa única, encontrando distintas configurações nos tratados constituintes. Inicialmente previsto no Art. 177º do Tratado CEE (na versão do Tratado de Roma) foi, posteriormente, transposto para o art. 234º do Tratado CEE, encontrando-se, no tocante ao TCECA, ínsito no art.150º. Esta particularidade não se alterou com a redacção introduzida nos tratados constituintes, pelo Tratado de Amesterdão, que fez prever o reenvio prejudicial em dois normativos: o art. 68º do Título IV, Parte III do TCE, especificamente previsto para as matérias correspondentes ao I pilar, visas, asilo e imigração<sup>5</sup> e o art. 35º do TUE, exclusivamente vocacionado para o Título VI, dedicado à cooperação policial e judiciária em matéria penal.<sup>4</sup>

Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (e por força da “despilarização” da União Europeia<sup>5</sup>) o mecanismo do reenvio prejudicial passou a estar sujeito a uma disciplina normativa única, vertida nos arts. 19º, nº 3 al. b) do TUE e 267º do TFUE.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Piçarra, Nuno, 2001, refere a este propósito que: “O art. 68º do TCE constitui uma modulação da competência genericamente atribuída ao TJ pelos arts. 220º e ss, decorrente das particularidades do Título IV.”

<sup>4</sup> Importa, no entanto, não esquecer que, de acordo com o art. 10º Nº s 1 e 3 do Protocolo nº 36 anexo ao Tratado de Lisboa, as competências do TJ relativas aos actos normativos adoptados antes da entrada em vigor do referido Tratado, nos domínios da cooperação policial e judiciária em matéria penal e que não sejam objecto de alteração, manter-se-ão idênticas pelo período máximo de cinco anos após a entrada em vigor daquele Tratado (ou seja, até 01 de Dezembro de 2014).

<sup>5</sup> Esta despilarização da União é contestada por alguns autores que vêm nas disposições relativas ao processo decisório, em matérias concernentes à Política Externa e de Segurança Comum (PESC), um resquício da estrutura dos pilares. *Vide* Craig, 2008, 142.

<sup>6</sup> O Tratado de Lisboa assume-se como um Tratado modificativo do Tratado da União Europeia (TUE) e do Tratado da Comunidade Europeia. Porém, o Tratado de Lisboa não substituiu o TUE e o TCE por um único Tratado, antes o desdobrou em dois: os actualmente denominados, Tratado da União Europeia e Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Nesta medida, desapareceu o sistema “à la carte” introduzido pelo art. 35º do TUE, quer por força da eliminação do sistema de declarações de aceitação de competência previstos pelo Tratado da União, quer por via do alargamento do espectro de actos normativos submetidos ao controlo jurisdicional do Tribunal.<sup>7</sup>

Por outro lado, consagrou-se expressamente (no § 4 do art. 267º do TFUE) a necessidade do TJUE decidir, de forma urgente, nos casos em que se suscite questão prejudicial em processo pendente numa jurisdição nacional e haja um cidadão detido. A redacção daquela norma constitucionalizou a aplicação desta forma de processo às matérias do ELSJ.

Contudo, o que impulsionou a introdução deste preceito no texto do Tratado da União Europeia foi a iniciativa do Tribunal de Justiça, vertida num documento apresentado ao Conselho da União Europeia, em 28 de Setembro de 2006 (13272/06).<sup>8</sup>

Nesse documento, o Tribunal (inspirado pelo pré-existente procedimento urgente) salientava a importância de se prever um mecanismo semelhante para as matérias JAI, e a alteração de algumas das normas processuais e da forma de funcionamento do próprio Tribunal.<sup>9</sup>

## **2. As características do processo de reenvio prejudicial**

O reenvio prejudicial constitui um mecanismo processual, previsto nos tratados constituintes, que permite aos tribunais nacionais aceder ao TJUE quando se lhes deparem problemas de interpretação das normas dos tratados ou da legislação secundária europeia, bem como a apreciação da (in) validade dos actos normativos emanados dos órgãos, instituições ou agentes da União. Tem sido considerado

---

<sup>7</sup> Excepção feita aos casos do Reino Unido da Grã-Bretanha, Irlanda do Norte e Dinamarca que mantêm um estatuto especial em matérias JAI. O Protocolo 21 relativo à Posição dos dois primeiros países e o Protocolo 22 relativamente a este último, anexos aos Tratados da União Europeia e sobre o Funcionamento da União Europeia prevêm que os tribunais daqueles países não podem colocar questões ao TJ, em sede de reenvio prejudicial, naquelas matérias.

<sup>8</sup> “Discussion paper on the treatment of questions referred for a preliminary ruling”.

<sup>9</sup> O recurso a este mecanismo urgente já havia sido posto em prática em três acórdãos: C-189/01 Jipes and Others, C-39/03 Commission v. Artegon and Others e C-27/04 Commission vs. Council.

a “jóia da coroa” do contencioso europeu porquanto, foi por via do recurso a este mecanismo, que o Tribunal de Justiça tem construído, ao longo dos anos, os conceitos “chave” que permitiram aprofundar a integração europeia, nomeadamente, a supremacia e o efeito directo das normas de direito europeu, o princípio da interpretação conforme, entre outros.<sup>10</sup>

Este processo que se tem vindo a desenrolar, pelo menos, desde a década de 70 e que deu origem a acórdãos inovadores como *Costa v. Enel*, *Handelsgesellschaft e Van Gend en Loos*, tem permitido o desenvolvimento sistémico da ordem jurídica europeia, dotando-a de uma axiologia própria.

O reenvio prejudicial não é um processo de partes mas um tipo de processo que envolve dialecticamente os tribunais nacionais e o tribunal de justiça, numa lógica de cooperação leal. Neste tipo de procedimento, os juízes do TJUE não apreciam nem aplicam o direito aos factos (tarefa que só aos tribunais nacionais cabe efectuar) mas respondem às questões concretamente colocadas pelas jurisdições «a quo» que sejam essenciais à boa resolução das causas.

No contexto do ELSJ, o reenvio prejudicial também poderá assumir uma ou outra dessas configurações. Apesar do Tribunal de Justiça deter a “última palavra” quanto à interpretação dos normativos europeus, assumindo um papel eminentemente constituinte, os tribunais nacionais configuram – se, também eles, como órgãos jurisdicionais de controlo da legalidade dos actos de direito europeu, uma vez que, estão colocados na primeira linha de tutela jurisdicional dos cidadãos, por força do princípio da subsidiariedade e da autonomia processual dos estados membros.

Nos últimos anos, o recurso a esta forma de tutela jurisdicional, nas matérias do ELSJ, tem sido cada vez mais frequente, como bem o demonstram os arestos proferidos em matéria de *ne bis in idem*<sup>11</sup>. Apesar do crescimento exponencial do número de reenvios prejudiciais, este mecanismo não está na disponibilidade directa dos parti-

---

<sup>10</sup> Vide, em suporte desta afirmação, Rafaraci e Belfiori, 2007.

<sup>11</sup> São cerca de nove os acórdãos proferidos pelo TJUE, sob a forma de reenvio prejudicial, em matérias JAI. A grande maioria debruçou-se sobre a interpretação do princípio *ne bis in idem* previsto no art. 54º da CAAS. O último aresto (Mantello C- 261/09) abordou o conceito de “mesmos factos” ínsito no art. 3º, nº2 da Decisão-quadro sobre o MDE, 2002/584/JAI.



culares. À semelhança do que já acontecia com o processo de reenvio previsto para os pilares comunitários, a possibilidade de suscitar a intervenção do TJUE, num processo que corra termos numa jurisdição estadual, dependerá sempre da mediação do juiz do processo.

Apesar do reenvio prejudicial assumir primordial importância na uniformização da interpretação e aplicação do direito europeu, essa dimensão não afasta a sua relevância na esfera jurídica dos particulares, sobretudo, quando estão em causa violações dos seus direitos ou interesses legítimos.

Ora, desde que uma norma de direito europeu se mostre dotada de efeito directo (porque é incondicional e suficientemente precisa), os direitos daí decorrentes para os particulares devem ser salvaguardados pelas jurisdições nacionais, uma vez que estas estão adstritas a efectuar uma interpretação conforme ao sentido e ao alcance fixados pelo legislador europeu. Isto decorre do facto de serem as instâncias nacionais que se encontram na primeira linha defensiva de tais direitos, atentos os princípios da subsidiariedade e da autonomia processual dos Estados-membros e o deficit de harmonização das legislações processuais na UE.

Na verdade, este mecanismo ancora-se nas legislações processuais de cada Estado-membro dado que é a partir do processo da jurisdição nacional que a questão prejudicial se configura e se suscita. Decorre do art. 19º, nº1 §2 do texto do Tratado da União Europeia (na redacção introduzida pelo Tratado de Lisboa) que cabe, em primeira linha, aos EM assegurarem no direito interno os mecanismos de recurso e de tutela jurisdicional efectiva, nos domínios abrangidos pelo direito da União.

O legislador europeu, ciente das limitações impostas pelos tratados (e pelo contencioso europeu), devolveu aos ordenamentos nacionais a responsabilidade pela criação e desenvolvimento de tais mecanismos processuais. Saliente-se, além do mais que, o texto do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia admite, no art. 82º, nº2, §3, a subsistência de níveis de protecção mais elevados constantes das legislações nacionais: "A adopção das regras mínimas referidas no presente número não impede os Estados-membros de manterem ou introduzirem um nível mais elevado de protecção das pessoas."

Também o sistema de recursos da União Europeia, particularmente no tocante ao reenvio prejudicial, alicerça-se numa arqui-

tectura multinível, em que o acesso ao patamar seguinte (*in casu*, o recurso ao TJUE) depende das configurações processuais da legislação interna. Aliás, na caracterização do sistema europeu instituído pelo ELSJ, Ulrich Sieber aponta para um modelo híbrido, assente nos direitos internos dos Estados-membros com elementos de supranacionalidade.<sup>12</sup>

Expostas as linhas gerais que enformam o reenvio, analisaremos o caso concreto do reenvio prejudicial (de urgência) no seio do ELSJ, procurando avaliar se este representa um passo em frente, no sentido do aperfeiçoamento dos mecanismos de tutela jurisdicional na União Europeia.

### **3.1. Características do procedimento de reenvio prejudicial de urgência**

Ciente da morosidade do processo prejudicial ordinário (que dura em média um ano e meio) foi instituído, com aplicação a partir de 1 de Março de 2008, um novo tipo de tramitação – a tramitação prejudicial urgente – cujo objectivo é permitir ao Tribunal de Justiça apreciar, num prazo mais curto, as questões mais sensíveis que se podem colocar no ELSJ e que digam respeito, designadamente, à situação jurídica das pessoas privadas de liberdade.<sup>13</sup>

A matriz processual das acções que decorrem perante o Tribunal de Justiça encontra-se vertida nos arts. 37.º e ss do Título II do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça (RPTJ), ao passo

---

<sup>12</sup> Trata-se de uma espécie de terceira via entre os modelos clássicos de cooperação e os modelos de integração supranacional como os que são característicos dos estados federais. Esta visão do ELSJ foi explicada numa conferência subordinada ao tema “Fundamentals and perspectives of European Criminal Justice” que teve lugar, no dia 04 de Março de 2011, no Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Simpósio sobre “Direito Penal e Conflitos de Valores na União Europeia”

<sup>13</sup> Este mecanismo pode ser utilizado nas situações de privação de liberdade em que se torna imperioso a definição da situação legal de pessoas e ainda nos casos relacionados com a custódia de crianças e responsabilidades parentais, quando a decisão do TJ seja essencial à definição da jurisdição aplicável. Veja-se, neste sentido, a Informação para a Imprensa nº 12/08 de 3 de Março de 2008, emitida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e disponível no sítio [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_16799](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_16799) (Acedido a 9/8/2013).

que, o seu Título III mostra-se inteiramente dedicado aos processos especiais, entre eles, o reenvio prejudicial. Este último segue, na sua forma ordinária aquela tramitação regra, encontrando-se igualmente previstas, no regulamento do TJUE, duas outras formas de procedimento: o procedimento simplificado (art. 104º, nº3)<sup>14</sup> e o processo acelerado (vide art. 104º-A). A distinção entre cada uma delas radica, sobretudo, na simplificação das suas diversas etapas, quer no que toca aos prazos, quer no que concerne às exigências de tradução.

O procedimento prejudicial de urgência constitui um reenvio prejudicial, embora submetido a uma tramitação processual simplificada e acelerada<sup>15</sup> e foi produto da Decisão do Conselho 2008/79/CE/EURATOM de 20 de Dezembro de 2007<sup>16</sup>, que alterou o Regulamento do Tribunal de Justiça e o Protocolo Relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça.<sup>17</sup>

O regime jurídico deste procedimento urgente decorre, fundamentalmente, do art. 23º - A do Protocolo Relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça (PRETJ) e do art. 104º-B do RPTJ. Trata-se de uma forma de processo com características particulares que permitem um tratamento abreviado das questões urgentes que surjam no seio do ELSJ. Nesta medida, tanto pode ser utilizado para apreciar e decidir questões interpretativas como outras relacionadas com a vali-

---

<sup>14</sup> É de salientar que não se tratará, em bom rigor, de uma outra forma de processo mas sim de um despacho de indeferimento, no qual o TJ se pronuncia quanto à inadmissibilidade do reenvio com base num ou nuns dos seguintes fundamentos: a questão colocada é idêntica a uma outra já resolvida, a jurisprudência está firmada quanto a esse ponto e/ou quando a resposta à questão prejudicial não suscite qualquer dúvida razoável.

<sup>15</sup> O que não se confunde com o procedimento prejudicial acelerado previsto no art. 104ºA do regulamento e que foi introduzido em 16 de Maio de 2000. Este mecanismo apenas deve ser utilizado em circunstâncias “extraordinárias”, a pedido da jurisdição nacional ou por iniciativa do presidente do TJUE. Em geral implica também um encurtamento de prazos, o aligeiramento das traduções e da fase escrita do procedimento.

<sup>16</sup> Publicada no JO nº 24, 29 de Janeiro de 2008.

<sup>17</sup> É de salientar, no entanto, que o Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça já previa um procedimento acelerado desde 2000 (vide art. 104º bis) que compreendia as mesmas etapas do procedimento ordinário mas com prazos mais curtos, daí que os críticos apontassem este mecanismo como sendo uma forma de comprometer a boa resolução de outros litígios e um factor de entorpecimento do tribunal.

dade dos actos das instituições, dos órgãos ou agentes da União, cfr. arts. 19º, nº1 al. b) do TUE e 267º do TFUE.

Esta nova forma de processo prejudicial surge como alternativa ao procedimento urgente do art. 104º-A do RPTJ, dado que este se revelou inapto a garantir a rapidez que se pretendia imprimir às decisões do ELSJ. Essa inaptidão resultava, sobretudo, do facto daquele compreender as mesmas fases do processo ordinário e da sua aplicação, a certos casos, comprometer a resolução de outros.<sup>18</sup>

A tramitação do processo ordinário de reenvio está prevista nos arts. 37º e ss do RPTJ conjugados com os arts. 103º e 104º do mesmo regulamento e art. 25º do PRETJ. Da sua análise resulta que, após o expediente ter dado entrada na secretaria do TJUE, é remetido para o serviço de documentação a fim de ser examinado e avaliada a tramitação a seguir. Posteriormente, é encaminhado para o gabinete do presidente do TJUE e para o primeiro advogado geral que designam o juiz relator e o advogado geral que irão apreciar o caso.

Assim que as traduções, nas diferentes línguas oficiais, estão efectuadas, a questão prejudicial (na versão original e na versão traduzida) é notificada às entidades elencadas no art. 25º do PRTJ (as partes do litígio principal, cada um dos Estados-membros da União, as instituições da União, designadamente, o BCE, entre outras). Estas disporão de um prazo máximo de dois meses para produzir observações escritas, que serão traduzidas na língua original do processo e na língua de trabalho do Tribunal e, posteriormente, notificadas à jurisdição nacional de reenvio. No final desta fase e, após ter recebido o parecer do Advogado-Geral (AG), o juiz relator elabora um relatório preliminar que distribui aos demais elementos do Tribunal, do qual constam as diligências e os trâmites que, em seu entender, a boa decisão da causa exige (designadamente, a necessidade de realização

---

<sup>18</sup> Foi, aliás, esta uma das explicações avançadas pelo próprio Presidente do Tribunal de Justiça, num documento emanado daquele órgão jurisdicional e dirigido ao Conselho da União Europeia em 16 de Julho de 2007 (11759/1/07), nos seguintes moldes: “The accelerated procedure provided for in article 104º of the Rule of Procedure for references for a preliminary ruling comprises the same stages as the normal procedure for preliminary rulings and can be applied only in exceptional cases, since acceleration is achieved primarily by giving priority to the reference for a preliminary ruling in question all over pending cases at all stages of the proceedings.”

de uma audiência, a utilidade de incluir conclusões do AG, a realização de diligências instrutórias).

A decisão acerca do tipo de diligências que o processo acarretará cabe ao plenário do Tribunal. Previamente à realização da audiência (que se verifica na maior parte dos casos) as partes referidas no art. 23º do PRETJ recebem um documento elaborado pelo juiz relator (e traduzido na língua do processo) do qual consta uma descrição do litígio e uma síntese das posições vertidas nas observações escritas.

Na audiência, todas as partes podem produzir alegações orais (ainda que não as hajam efectuado por escrito). Cerca de um a dois meses após a sua realização, o AG divulga as suas conclusões que contêm uma resposta motivada à questão prejudicial<sup>19</sup>. Finalmente, o Tribunal profere o acórdão que será traduzido nas línguas da União e na língua do processo principal.<sup>20</sup>

Como se viu, trata-se de um mecanismo complexo que compreende a tradução de todo o expediente nas línguas de trabalho da união, bem como a notificação das peças processuais aos diversos Estados-membros que têm, desta forma, a possibilidade de se pronunciar relativamente à questão prejudicial, ainda que não sejam partes na causa principal.

Ora, o reenvio prejudicial de urgência foi concebido para aligeirar este formalismo, introduzindo simplificação e celeridade na tramitação das questões prejudiciais. O impacto da sua introdução fez-se sentir a dois níveis: por um lado, na estrutura orgânica do Tribunal de Justiça e, por outro, na configuração processual do reenvio. Relativamente ao primeiro aspecto, foi prevista no art. 9º, nº1, 1º § do Regulamento do Tribunal, a criação de uma secção especializada, composta por cinco juízes, funcionalmente adstrita à apreciação e resolução destes procedimentos, num regime de rotatividade anual.<sup>21</sup> A esta secção cabe decidir, num curto prazo e após parecer do Advogado Geral, se o pedido em causa deverá seguir ou não a tramitação urgente, *vide* art. 104º B, nº1§4 do RPTJ.

---

<sup>19</sup> Após a entrada em vigor do Tratado de Nice (ou seja, após 01 de Fevereiro de 2005) foi introduzida a possibilidade do TJ decidir sem observações escritas do AG.

<sup>20</sup> *Vide*, Chevalier, Bernard, 2009.

<sup>21</sup> No entanto, e tal como prevê o art. 104º-B, nº5, 1º§ do RPTJ, a secção pode decidir conhecer do processo com uma formação de apenas três juízes.

Porém, o regulamento do Tribunal é omissivo quanto ao preenchimento do conceito de “urgência”. Nesta medida, a sua interpretação será casuística e resultará do labor da secção à qual ficará adstrita a apreciação do processo, pelo menos, até que a jurisprudência se consolide e defina critérios operativos mais seguros. Relativamente à forma como o TJ efectuou a densificação deste conceito, são particularmente ilustrativos dois dos acórdãos já proferidos até à data: o acórdão Inga Rinau (C-195/08 PPU) de 11 de Julho de 2008 e o acórdão Santesteban Goicochea C-296/08 PPU, datado de 12 de Agosto de 2008.

No primeiro acórdão estava em causa um pedido prejudicial, efectuado por um tribunal lituano (Lietuvos Teismas) quanto à interpretação de normas do Regulamento 2201/2003 do Conselho de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, reconhecimento, e à execução das decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental. Esse pedido estava relacionado com a execução de uma sentença de um tribunal alemão (Amstgericht Oranienburg) que determinara a entrega de uma menor (filha de um cidadão alemão e de uma cidadã lituana) ao pai. No caso concreto, a menor, nascida a 11 de Janeiro de 2005, fora levada da Alemanha para a Lituânia, pela sua mãe, à revelia do pai e da decisão judicial então proferida pela justiça alemã que determinara a guarda da criança ao progenitor.

O tribunal lituano pediu ao Tribunal de Justiça que apreciasse as questões prejudiciais por ele suscitadas, ao abrigo do procedimento prejudicial de urgência. O TJ deferiu o pedido invocando que estavam verificados os pressupostos para a tramitação do caso, ao abrigo do art. 104º-B do RPTJ. Para o Tribunal de Justiça, a urgência resultava, não só dos normativos do regulamento (designadamente do considerando 17 e do art. 11º nº3) como da natureza do próprio caso. O Tribunal invocou, em suporte da sua decisão, que aquele regulamento prevê prazos apertados de seis semanas para os tribunais (aos quais sejam dirigidos pedidos de regresso de crianças) se pronunciarem em situações como a dos autos. Invocou ainda que, as demoras nessas decisões podem comprometer as relações entre as crianças e os progenitores, contribuindo para a sua degradação, e causando prejuízos irreparáveis. A necessidade de proteger o menor de um eventual prejuízo e de assegurar um justo equilíbrio entre os seus interesses e o dos pais justificou, na óptica do tribunal, o recurso à tramitação urgente.

O outro caso em que o TJ se pronunciou favoravelmente à aplica-

ção da tramitação prejudicial de urgência, teve por base a iniciativa da Chambre d'Instruction de Montpellier, relativamente a um pedido de extradição efectuado pelo Juzgado Central de Instrucción de Madrid, no tocante a Ignácio Santesteban Goicoechea. Este indivíduo (suspeito do envolvimento em actividades terroristas cometidas em território espanhol entre Fevereiro e Março de 1992) encontrava-se preso em França e preparava-se para ser libertado a 6 de Junho de 2008.

A fim de prevenir essa ocorrência, as autoridades judiciais espanholas, em 27 de Maio de 2008, pediram às autoridades francesas que o prendessem preventivamente a fim de vir a ser extraditado para Espanha. No dia 28 de Maio de 2008, Santesteban Goicoechea foi preso preventivamente por iniciativa do Procurador da República francês. A 2 de Junho de 2008, as autoridades espanholas pedem a sua extradição, com base na Convenção de 1996. O Procurador da República requer junto da Chambre d'Instruction de Montpellier que se pronuncie favoravelmente e defira a pretensão das autoridades judiciais espanholas. O visado recusa, por seu turno, a extradição.

A Chambre d'Instruction de Montpellier decide suscitar então, junto do TJ e em sede de reenvio prejudicial, duas questões: a primeira respeitante à interpretação do art. 31º, nº2 da Decisão Quadro relativa ao Mandado de Detenção Europeu e uma segunda (subsidiária da primeira) peticionando que os autos fossem tramitados ao abrigo do art. 104ºB do RPTJ.

O TJUE (após a emissão de parecer do AG) decidiu-se favoravelmente pela aplicação daquele procedimento, invocando o seguinte: “Santesteban Goicoechea (...) was being detained, after serving a sentence of imprisonment, on the sole basis of detention for the purpose of extradition ordered in the extradition proceedings in which the reference was made”.<sup>22</sup>

Afigura-se-nos prematuro efectuar um balanço quanto à forma como a jurisprudência do TJ irá interpretar o conceito de “urgência” previsto no art. 104ºB do RPTJ, uma vez que, o sucesso deste mecanismo dependerá, em grande parte, do posicionamento das jurisdições nacionais. Isto porque, o TJUE funciona numa lógica de *input*, ou

---

<sup>22</sup> Texto do acórdão, consultado no site <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0296:EN:HTML> (Acedido a 9/8/2013)

seja, a partir das iniciativas das instâncias jurisdicionais dos Estados-membros.

No ponto 36 da nota informativa relativa à aplicação do procedimento prejudicial de urgência, o Tribunal de Justiça avança com alguns exemplos que poderão “guiar” as autoridades nacionais nessa tarefa:

“Um órgão jurisdicional nacional poderá apresentar um pedido de tramitação urgente, por exemplo, nas situações seguintes: no caso previsto no art. 267º, quarto parágrafo do TFUE, de uma pessoa detida ou privada da liberdade, quando a resposta à questão colocada seja determinante para a apreciação da situação jurídica dessa pessoa ou, no caso de um litígio relativo ao poder parental ou à guarda de crianças, quando a competência do juiz chamado a julgar a causa, nos termos do direito da União, dependa da resposta à questão prejudicial.”<sup>25</sup>

O impacto profundo que, as decisões proferidas pelo TJUE poderão ter nos processos nacionais compromete, em nosso entender, a tradicional divisão de competências entre os Estados-membros e a União Europeia, na vertente da autonomia processual daqueles Estados-membros e na independência do poder judicial nacional.

Apesar de, como já se salientou, a jurisdição europeia não se pronunciar directamente sobre os factos constantes do processo da jurisdição «a quo», a verdade é que tal decisão acaba por definir os cânones em que o tribunal nacional irá decidir, determinando, através de uma via interpretativa as linhas de rumo dos ordenamentos dos Estados-membros, configurando-se como um último patamar jurisdicional.

Por outro lado, o tipo de matérias às quais o reenvio prejudicial de urgência agora se aplica configura uma espécie de “core business” da soberania interna. É que, se ao longo das décadas de 70 e 80 a jurisprudência debruçou-se, sobretudo, sobre questões do foro económico e do domínio do direito da concorrência, a partir dos anos 2000

---

<sup>25</sup> Nota informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais publicada no JO C 297/1 de 05.12.2009 e que substitui as duas anteriores ao Tratado de Lisboa JO C143 de 11 de Junho de 2005 e o seu complemento JO C64 de 8 de Março de 2008, respectivamente.



em diante, o TJUE começou a decidir pedidos de reenvio prejudicial em matérias de direito penal e, mais recentemente, em matérias de direito da família.

A jurisprudência do TJUE acaba por penetrar os ordenamentos internos através da interpretação normativa, conduzindo a um efeito de “harmonização indirecta” e produzindo uma integração legislativa do tipo vertical.

Por esta via, os actores judiciais ultrapassam, em certa medida, a iniciativa política e legislativa dos Estados-membros produzindo um fenómeno que alguns autores apelidam de “activismo judiciário”.<sup>24</sup>

Ao impregnar os ordenamentos jurídicos nacionais com a axiologia europeia, subordinando-os aos cânones do direito europeu, o TJUE direciona e condiciona o modo de pensar e aplicar o direito, situando-o num contexto mais vasto. Esse facto fragiliza o papel quer dos órgãos legislativos nacionais, quer dos próprios tribunais nacionais.

### **3.2. As limitações à utilização do reenvio prejudicial de urgência**

Este procedimento prejudicial de urgência apenas pode ser aplicado às matérias abrangidas pelo Título V da parte III do TFUE, relativo ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. O recurso a esta forma de processo é decidido pela secção especializada do Tribunal de Justiça (art. 104º B, nº1§ 2 do RPTJ) após pedido fundamentado do tribunal nacional ou solicitação oficiosa do Presidente do Tribunal de Justiça. Por conseguinte, a mesma só deve requerida em circunstâncias em que seja absolutamente necessário que o TJ profira uma decisão rápida (um desses casos será, como já se viu, o de detenção ou aplicação de medida coactiva privativa da liberdade, conforme resulta do art. 267º & 4º do TFUE). Nem as partes/interessados nem o tribunal do reenvio têm qualquer tipo de intervenção nesta decisão, não se encontrando tão pouco, prevista qualquer medida de recurso contra a decisão da secção que indefira o recurso à forma de processo urgente.

Uma outra restrição à aplicação deste tipo de procedimento (que não constitui uma novidade do Tratado de Lisboa) e que decorre da limitação da própria competência jurisdicional do TJ, reside no facto

---

<sup>24</sup> *Vide* Giupponi e Chacón, 2011.

das medidas de polícia, respeitantes à salvaguarda da ordem pública e da segurança interna, se mostrarem de todo excluídas da jurisdição do Tribunal de Justiça, por força do disposto no art. 276º do TFUE.<sup>25</sup>

#### 4. O papel das “partes” no processo de reenvio prejudicial e o estatuto da cidadania europeia

À semelhança do que se passa com o mecanismo do reenvio prejudicial *tout court*, este procedimento de urgência não constitui um processo de partes. Na verdade, a iniciativa de suscitar o recurso a esta forma de processo não incumbe aos particulares (cuja legitimidade processual activa nem está tão pouco prevista no regulamento do Tribunal) mas apenas ao órgão de reenvio<sup>26</sup> e *ex officio* ao Presidente do TJ.

Os particulares não detêm um direito subjectivo ao reenvio prejudicial<sup>27</sup> (no sentido em que este implica um poder ou uma faculdade, para a realização efectiva de interesses, que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios daquele titular) que se materialize numa legitimidade processual activa. Em rigor, apesar destes poderem suscitar, no processo pendente, uma questão prejudicial, o tribunal *a quo* não está adstrito a dirigir-se ao TJUE, se não for uma instância de último recurso.

Conforme já sublinhado, o mecanismo descrito estabelece um diálogo jurisdicional entre juízes europeus e o TJUE e não entre os cidadãos e o tribunal de justiça, tratando-se como tal de um contencioso endógeno.

O que se encontra previsto no nº2 do art. 104ºB do RPTJ, relativa-

---

<sup>25</sup> O Tratado não esclarece, no entanto, o que se entende por “medidas de polícia” nem resulta, de forma clara, de nenhuma das suas disposições uma definição do conceito de “ordem pública” ou “segurança interna”.

<sup>26</sup> O conceito de “órgão de reenvio” foi construído pela jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça em diversos arestos, um dos quais, o acórdão Vassen (C- 61/65). De acordo com os critérios ali vertidos, este será um órgão estabelecido por lei, com carácter permanente e independente, encarregado de decidir disputas em termos gerais, balizado por regras processuais cujas decisões são obrigatórias e gozam de força coerciva. O Tribunal de Justiça Internacional e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não podem, por ora, suscitar questões prejudiciais junto do TJUE.

<sup>27</sup> Acompanhamos a definição operativa de direito subjectivo avançada por Vieira de Andrade, 2009, 112.

mente à posição subjectiva dos particulares é, tão somente, a obrigatoriedade de serem notificados (pelo Secretário do Tribunal) de que foi pedida a aplicação daquela forma de procedimento, pelo tribunal nacional ou pelo Presidente do TJ,<sup>28</sup> bem como do direito que lhes assiste de apresentarem alegações ou observações escritas, após a notificação daquele despacho. Isto significa que não podem, de mote próprio dirigir questões ao órgão europeu, e que estas terão sempre que passar pela mediação do juiz nacional.

O reenvio prejudicial constitui um incidente do processo principal, estabelece um diálogo “juiz a juiz” (entre o tribunal *a quo* e o TJ) limitando, substancialmente, o papel das partes principais. Reveste uma dimensão de “ordem pública” na medida em que visa garantir a uniformidade da aplicação do direito comunitário e o seu primado sobre as ordens jurídicas nacionais e é, fundamentalmente, uma forma de cooperação entre actores judiciários europeus.<sup>29</sup>

Ainda assim, como já se aflorou, o recurso a este mecanismo pode revestir uma mais-valia para os cidadãos, sobretudo, nos casos em que estejam em causa interpretações de normas ou actos normativos inválidos que contendam com direitos dos particulares.<sup>30</sup>

Inês Quadros salienta o “interesse legítimo dos particulares”<sup>31</sup> no reenvio prejudicial, configurando-o como um direito à tutela jurisdicional efectiva, previsto no art. 6º do TUE, no art. 47º da CDFUE e no art. 6º da CEDH. Nesta perspectiva, aquele mecanismo constituirá uma emanção do direito ao juiz legal, ou seja, ao juiz cuja competência e atribuições decorre da lei e é obrigatória/vinculativa, quer para

---

<sup>28</sup> No entanto, esta notificação não será apenas efectuada às partes do litígio principal mas incluirá o Estado Membro do Tribunal de reenvio e as instituições a que se alude no art. 23º, § 1, do Estatuto do Tribunal de Justiça.

<sup>29</sup> No texto do Acórdão proferido no âmbito do Processo C-296/08 - Extradition proceedings against Santesteban Goicoechea, o Tribunal salienta que apenas os tribunais de reenvio podem colocar questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça. Este aspecto é referenciado da seguinte forma: “under article 35 EU, it is for the national court or tribunal, not the parties to main proceedings, to bring a matter before the court of Justice. The right to determine the questions to be put to the court thus devolves on the national court alone and the parties may not change their tenor”.

<sup>30</sup> Moura e Silva, 1995.

<sup>31</sup> Seguiu-se a definição de Freitas do Amaral para quem: “interesse legítimo será um direito à legalidade de uma decisão que verse um direito próprio.”

as partes, quer para os demais órgãos jurisdicionais.

Parece-nos, contudo, que este entendimento apenas será plausível nos casos em que se desenhe uma obrigação de reenvio, como defende Nuno Piçarra.<sup>52</sup> Nos demais casos (ou seja, em todos aqueles em que o órgão nacional não constitua uma jurisdição obrigada ao reenvio) ao particular apenas resta esperar pela análise efectuada pelo juiz *a quo*, relativamente à questão prejudicial, sendo certo que se este entender que não há lugar ao reenvio, não existe forma de ultrapassar esse entendimento.

Assim sendo, o papel dos interessados particulares, na dinâmica do reenvio prejudicial, tem que ser analisado em dois momentos distintos: no momento em que, junto do tribunal *a quo*, suscitam a necessidade de proceder ao reenvio e invocam as normas europeias cuja interpretação está em causa ou os actos cuja (in)validade se suscita e, num segundo momento, quando o processo decorre já perante o Tribunal de Justiça.

Relativamente à tramitação do processo no tribunal *nacional*, a configuração processual da questão prejudicial depende dos normativos em vigor nos ordenamentos nacionais isto porque, como já se referiu anteriormente, o legislador europeu apenas regulou a tramitação junto do TJUE por força da autonomia processual dos Estados-membros e devido à incipiente harmonização, em matéria de processual, na União Europeia.<sup>53</sup>

No texto dos tratados, no Regulamento do Estatuto do Tribunal de Justiça e no Protocolo Relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça, não está prevista qualquer norma que habilite os particulares a acederem directamente ao TJ, através do mecanismo do reenvio prejudicial, ultrapassando a jurisdição nacional. Também a ausência de um

---

<sup>52</sup> Nuno Piçarra defende tratar-se de um princípio - garantia que atribui ao cidadão o direito fundamental a que uma causa seja julgada pelo tribunal previsto como competente por lei anterior, excluindo qualquer fixação arbitrária ou discricionária de competência. Vide, Piçarra, Nuno, 1991, 12.

<sup>53</sup> Foi a jurisprudência do Tribunal de Justiça que consagrou um princípio da equivalência entre os meios contenciosos fundados no direito nacional e os meios contenciosos fundados no direito “comunitário” e de acordo com o qual, os EM não podem dificultar, de um ponto de vista da legislação processual interna, o acesso dos particulares aos meios contenciosos europeus para defesa dos seus direitos e interesses legítimos. Vide, Quadros, 2006.

mecanismo, no direito interno, que vincule o juiz nacional a remeter a “questão prejudicial” ao TJ, pode ser entendida como um sério limite ao papel das partes.

Por outro lado, estas também não podem formular directamente as questões prejudiciais, alterar o seu conteúdo ou acrescentar outras. Podem, tão somente, sugerir ao juiz nacional a colocação das questões que entendam pertinentes à boa decisão da causa, ao abrigo de um princípio de colaboração processual. No entanto, a limitação do acesso dos particulares a este mecanismo explica-se pelo facto do reenvio prejudicial ter sido concebido como uma forma de cooperação judiciária, em que o diálogo se estabelece directamente entre órgãos jurisdicionais.

Também o recurso ao mecanismo da queixa por incumprimento contra o Estado-membro (por violação da obrigação de reenvio) previsto no art. 258º do TFUE e o accionar da responsabilidade civil extracontratual do estado não solucionam a questão de forma satisfatória.

Na verdade, tais mecanismos não repõem o exercício efectivo do direito e exigem do particular maior investimento pessoal e financeiro no sistema de justiça, com as delongas que lhe são inerentes. Por outro lado, a autonomia processual dos Estados-membros (designadamente, em termos de organização judiciária) e o princípio da separação de poderes podem dificultar quer a procedência destas acções quer o ressarcimento dos danos.

A questão reveste um interesse teórico e prático e podemos questionar até que ponto não estaremos perante um caso de violação do direito à tutela jurisdicional efectiva, tal como decorre do art. 47º da CDFUE ou do art. 6º da CEDH.

Na anotação ao art. 47º da CDFUE o Praesidium esclarece que, o direito à acção num tribunal imparcial (assim se mostra redigida a epígrafe daquele normativo), pese embora, constitua um princípio geral do direito da União, não teve por objectivo: “modificar o sistema de controlo jurisdicional previsto pelos tratados e, nomeadamente as regras relativas à admissibilidade de acções interpostas directamente no Tribunal de Justiça da União Europeia.”<sup>54</sup>

Vale isto por dizer que, não obstante a aprovação da Carta dos

---

<sup>54</sup> *Vide* Duarte e Lopes, 2008, 309.

Direitos Fundamentais da União Europeia, o legislador constituinte não pretendeu derrogar o *acquis* europeu no acesso ao TJUE nem tão pouco sobrepor-se aos normativos internos dos Estados-membros, no tocante aos meios de tutela jurisdicional dos particulares.

Isto significa que, mesmo após a entrada em vigor da CDFUE e do Tratado de Lisboa, são os ordenamentos internos que definem as condições processuais através das quais se acede ao Tribunal de Justiça. No caso particular do reenvio prejudicial, uma vez que não se trata de um processo de partes (como já se salientou) mas de um mecanismo de cooperação ou de diálogo entre Tribunais, não estão previstas formas do cidadão recorrer, no imediato, no seio do ordenamento interno e do direito europeu, de um despacho que indefira um pedido de reenvio prejudicial.

A propósito do modelo de relacionamento entre o direito interno e o direito europeu, Nuno Piçarra esclarece que “o direito comunitário e o direito de cada um dos Estados-membros não se configuram como um único sistema jurídico integrado, mas antes como “sistemas jurídicos autónomos e distintos embora coordenados.”<sup>55</sup> Este autor salienta ainda (pese embora se reporte ao anterior art. 177º do TCEE) que “o art. 177º não constitui um expediente jurídico colocado à disposição das partes num processo pendente num órgão nacional.”

Esta especial configuração do reenvio prejudicial contenderá com as garantias de defesa (designadamente, o direito ao recurso) e o princípio do contraditório que enformam o direito processual penal português, de acordo com o art. 32º da Constituição da República Portuguesa (CPR)?

O legislador constitucional consagrou um princípio das garantias de defesa que outorga aos arguidos a faculdade de recorrerem de quaisquer actos judiciais que, no decurso do processo, tenham como efeito a privação da liberdade ou de quaisquer direitos fundamentais.

Ora, a faculdade de recurso pode ser restringida em certas fases do processo, pode ser limitada a certos actos ou pode mesmo nem existir uma vez que este não é um direito absoluto, mas um direito processualmente regulado e limitado<sup>56</sup>. O alcance do art. 32º, nº1 da CPR

---

<sup>55</sup> In Piçarra, 1991, 29.

<sup>56</sup> O direito ao recurso traduz-se tout court na reapreciação da questão por um tribunal superior, quer quanto à matéria de facto, quer quanto à matéria de

pressupõe que o processo penal deve ser justo e leal ficando, como tal, proibidas as restrições intoleráveis ou inadmissíveis da possibilidade de defesa dos arguidos.<sup>37</sup>

No entanto, e de um ponto de vista de direito interno há a salientar que os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados, sendo que, a própria Constituição admite a existência de limites e restrições ao exercício desses direitos, liberdades e garantias. Como salienta Vieira de Andrade, a Constituição autorizou a lei ordinária a restringir direitos (em alguns aspectos ou para determinadas finalidades) ou então atribuiu-lhe expressamente competência de regulação geral da matéria que pode ser interpretada como incluindo poderes de restrição, tal é caso da legislação processual penal.<sup>38</sup>

Por outro lado, o princípio do contraditório traduz-se numa intervenção activa do arguido no desenvolvimento do processo penal e na possibilidade deste se pronunciar, sindicar e intervir nos actos e nas decisões que lhe digam respeito. É verdade que, nas configurações do reenvio prejudicial em geral (e, inclusivamente, no reenvio prejudicial de urgência) o princípio do contraditório reveste contornos específicos, ou seja, assume algumas limitações. No entanto, essa especial configuração do princípio do contraditório resulta não só da natureza jurídica do próprio mecanismo do reenvio (enquanto forma de cooperação entre actores judiciários nacionais e europeus) como da estrutura das relações entre a ordem jurídica europeia e nacional.

A integração do ordenamento jurídico nacional numa realidade mais alargada (como é a realidade normativa e institucional da União Europeia) implicou um processo de «adaptação mútua» e «cedências recíprocas», de molde a prevenir efectivas colisões constitucionais.<sup>39</sup> Miguel Poiães Maduro salienta a necessidade de assegurar a participação dos tribunais nacionais no processo de construção do ordenamento jurídico europeu de molde a evitar que o processo de integração normativa a que se assiste, não se processe numa lógica vertical imposta de cima (pelo TJUE) para baixo (às jurisdições nacionais).

Os princípios e os valores que enformam as constituições nacionais

---

direito. *Vide* Canotilho e Moreira, 2007, 516.

<sup>37</sup> *Vide* AC.TC de 19 de Junho de 1990 in BMJ, 398, 152.

<sup>38</sup> Vieira de Andrade, 2010, 279.

<sup>39</sup> *Vide*, Miguel Poiães Maduro, 2006, 36.

estão sujeitos à dinâmica do processo de integração europeia e às (re) configurações desta resultante. O que importa, sobretudo, é garantir que a coerência e a unidade do sistema não se consiga à custa dos direitos fundamentais dos cidadãos.<sup>40</sup>

Garantir que a coerência e a unidade do sistema europeu não se façam com sacrificio dos direitos fundamentais dos cidadãos é uma responsabilidade (em primeira linha) dos próprios tribunais nacionais. Vale isto por dizer que é sobre o juiz *a quo* que impende o dever de garantir o respeito e a salvaguarda das posições subjectivas dos indivíduos no desenrolar do processo, perante a jurisdição nacional, aplicando os princípios e os normativos de forma a prevenir reivindicações concorrentes e a evitar possibilidades de conflito sistémico entre o ordenamento nacional e europeu.

Reside aqui o desafio fundamental que se coloca aos juízes nacionais na utilização do reenvio prejudicial: garantir o efectivo diálogo entre actores judiciais europeus assegurando, simultaneamente, que daí não resultem violações dos direitos dos cidadãos.

### **5. O impacto do reenvio prejudicial de urgência nas soberanias estaduais**

O reenvio prejudicial destina-se a obter uma decisão do TJ, relativamente à interpretação de uma norma europeia ou à apreciação da validade de um acto de uma instituição, órgão ou agente da UE. Assim, a interpretação de normativos do direito interno e a apreciação da sua validade, face ao direito europeu, está liminarmente excluída porque essa é uma tarefa da exclusiva responsabilidade do juiz nacional, conforme tem sido entendido pelo próprio TJUE, designadamente, nos acórdãos proferidos nos Casos Keraffina-Keramische de 12 de Novembro de 1992 C-134/91 e 135/91.

Cabe ao juiz *a quo* extrair, a partir da decisão do TJ, as respectivas consequências no caso concreto, avaliando se a norma do direito interno é ou não compatível com o direito da união e, caso não o seja,

---

<sup>40</sup> *Idem*, 46: “A coerência do sistema jurídico não implica a adopção de uma única e generalizada teoria do direito e hierarquia das normas jurídicas. É possível obter um ordenamento coerente, num contexto de subdeterminações rivais do direito, desde que todos os participantes se vinculem a um projecto coerente de construção de um ordenamento jurídico comum”.



afastar a sua aplicação no litígio.

Também no caso do reenvio prejudicial de urgência, o Tribunal de Justiça segue os cânones de interpretação firmados para o reenvio em geral, com a diferença que tem que determinar, com recurso a uma actividade hermenêutica prévia, se a urgência se verifica. O TJUE tem que precisar os termos da interpretação da norma que vai ser submetida à sua apreciação (sem se debruçar sobre os termos concretos do litígio) e dessa interpretação terá que resultar um “efeito útil” na decisão da causa principal.

Neste contexto, interpretar significa determinar o sentido da norma, a delimitação do seu âmbito de aplicação territorial e pessoal bem como a fixação dos efeitos da sua aplicação no tempo. O acto de interpretação implica, muitas vezes, a determinação do efeito directo da norma e pode compreender a uma dimensão de validade (tratar-se-à, na terminologia de Jacques Pertek, de um reenvio “misto”).<sup>41</sup>

Partindo destes postulados, cumpre questionar quais os actos normativos que podem ser objecto do mecanismo de reenvio prejudicial de urgência. Analisando os preceitos, quer do tratado, quer do RPTJ constata-se que, poderão ser objecto de apreciação prejudicial o direito primário e secundário da União europeia, ou seja, as normas dos tratados, as normas do direito da União (em sentido lato) bem como os actos das instituições, órgãos e organismos que se incluam no âmbito do Título V, Parte III do TFUE, vide arts. 19º n.º3 al. b) do TUE e 104ºB do RPTJ.<sup>42</sup> Este domínio abarca todas as matérias do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (controlo de fronteiras, asilo, imigração, cooperação judiciária em matéria civil e penal e cooperação poli-

---

<sup>41</sup> Pertek, Jacques, 2001, 20.

<sup>42</sup> Alguns autores discutem se os acórdãos do TJUE também podem ser objecto de um reenvio prejudicial uma vez que, podem constituir “actos de uma instituição” em sentido lato. Jacques Pertek, na obra citada pág. 38 assinala que, com base no art. 254º do TCE, o TJUE aceitou interpretar arestos anteriores por si proferidos, tal foi o que sucedeu nos acórdãos CJCE de 16 de Março de 1978, Bosch C- 155/77, no Bagusat, C- 87/79 e 113/79, proferido em 20 de Março de 1980. No entanto, e em bom rigor, Pertek afirma que, tal não constituirá, propriamente, uma interpretação de um acórdão mas uma segunda apreciação da matéria que enforma o reenvio anterior. O mesmo autor assinala ainda a existência de um mecanismo processual específico para a interpretação de acórdãos e que resulta do art. 40º do Estatuto do Tribunal de Justiça e do art. 102º do RPTJ.

cial). Encontra-se subtraída à apreciação do Tribunal, como já vimos supra, a matéria do art. 276º do TFUE: validade e proporcionalidade de operações efectuadas pelos serviços de polícia (ou outros serviços responsáveis pela aplicação da lei num EM) bem como as responsabilidades destes últimos, em matéria de manutenção de ordem pública e segurança interna.

No entanto, há ainda que ter em conta o Protocolo nº 36 relativo às disposições transitórias uma vez que este releva, para efeitos da jurisdição do TJUE, nas matérias do ELSJ. De acordo com o texto do art. 10º, nºs 1 e 3 do mencionado protocolo, as competências do TJUE relativas aos actos adoptados antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, nos termos do Título VI do TUE, ou seja, nos domínios da cooperação policial e judiciária em matéria penal e que não sejam alterados posteriormente, permanecerão submetidos ao quadro normativo herdado de Amesterdão, ou seja, estão submetidos ao duplo regime dos arts. 35º do TUE e do art. 68º do TCE, conforme se incluíam nos então denominados III e I pilar respectivamente.

O actual quadro jurisdicional só se aplicará aos actos normativos que entraram em vigor após 1 de Dezembro de 2009 bem como aos anteriores que tenham, entretanto, sido adaptados.<sup>45</sup>

De acordo com o art. 1º do Protocolo nº21 anexo ao Tratado de Lisboa, o Reino Unido e a Irlanda não verão ser-lhes aplicados os actos normativos previstos no Título V da III parte do TFUE nem as competências das instituições a estes associados, a não ser que notifiquem o Conselho de que pretendem a sua aplicação. Daqui resulta que os actos normativos que vierem a ser adoptados ao abrigo daqueles normativos, bem como as competências jurisdicionais a estes associadas, não vincularão em princípio aqueles dois países.

No entanto, relativamente aos actos anteriores à entrada em vigor do Tratado de Lisboa (tal como decorre do protocolo atinente às disposições transitórias relativas aos actos dos títulos V e VI adoptados anteriormente ao tratado de Lisboa) o Reino Unido terá que declarar

---

<sup>45</sup> Os actos normativos aprovados antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa e que não sejam alterados no prazo de cinco anos, passarão a ser sindicáveis apenas a partir de 1 de Dezembro de 2014 pelo que, só a partir desta data os tribunais da União passarão a ser plenamente competentes para a sua apreciação.

ao Conselho (até seis meses antes do final do período transitório) que não pretende ser submetido à competência das respectivas instituições. Se o fizer, todos os actos anteriores deixarão de se lhe aplicar após 1 de Dezembro de 2014.

Este regime priva os cidadãos daqueles países, não só da possibilidade de invocarem aquelas normas europeias, bem como do acesso aos mecanismos de tutela jurisdicional previstos nos tratados, designadamente, do acesso ao tribunal de justiça.

No que concerne à Dinamarca, também esta se mostra (por força do protocolo nº22) excluída da aplicação das medidas europeias tomadas com base no título V, III parte do TFUE e das respectivas competências institucionais naqueles domínios. Porém, decorre do mesmo protocolo (em concreto, dos seus arts.3º e 4º) que os actos da UE relativos à cooperação judiciária e policial em matéria penal, adoptados antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa e que sejam modificados, continuam a vincular a Dinamarca.

Mais uma vez, os cidadãos daqueles países mostram-se privados (até declaração em contrário do EM) não só da possibilidade de invocarem as normas europeias adoptadas naqueles domínios como dos respectivos mecanismos de tutela jurisdicional, entre os quais o recurso ao reenvio prejudicial de urgência.

Consequentemente, aqueles países também não estarão abrangidos pelos efeitos normativos dos acórdãos proferidos pelo TJUE em sede de reenvio prejudicial.

Relativamente a este ponto importa efectuar duas distinções. A primeira reporta-se aos efeitos gerais ou externos do reenvio (ou seja, à sua repercussão na globalidade da ordem jurídica da união e dos Estados-membros) e a segunda aos seus efeitos específicos no processo principal.

O Tribunal de Justiça vinha afirmando (apoiado no art. 177º do TCE e, posteriormente, no art. 234º) que os acórdãos proferidos, em sede de reenvio prejudicial, têm um carácter vinculativo para o juiz do reenvio. Essa jurisprudência foi, posteriormente, consagrada como *acquis* europeu no caso Pretore di Salo C-14/86. A norma passa a valer com a interpretação (no caso de se tratar de um reenvio de interpretação) o sentido e o alcance fixados pelo TJ, por força dos princípios da cooperação leal e da interpretação conforme.

Ainda que o processo (no seio da jurisdição nacional) venha a ser

objecto de um recurso para uma instância de nível superior, se tiver havido um reenvio prejudicial suscitado pela instância inferior, o tribunal superior está adstrito à interpretação firmada pelo TJ, quanto à questão concretamente suscitada.<sup>44</sup>

No tocante ao reenvio prejudicial para apreciação da validade, o TJUE vem assinalando o carácter *erga omnes* daquela decisão salientando, porém, que os seus acórdãos não têm por efeito fazer “desaparecer” o acto da ordem normativa, mas tão somente vincular a(s) entidade(s) do qual este emanou, a reparar a fonte dessas invalidades.

Valem também aqui os considerandos acima efectuados, quanto aos efeitos do reenvio de interpretação: a jurisdição nacional tem que respeitar a declaração de validade ou invalidade do acto (tal como proferida pelo TJ) e daí retirar as respectivas consequências. Essa declaração de invalidade pode ser total ou parcial (neste último caso, estão apenas em causa disposições parcelares do normativo) e reveste eficácia *erga omnes*, ou seja, a declaração de invalidade constitui razão/fundamento suficiente para qualquer outro juiz, em qualquer jurisdição de um outro Estado-membro recusar a aplicação do acto nas decisões que haja de tomar.

Finalmente, impõe-se reiterar a aludida dimensão de ordem pública (que caracteriza o reenvio prejudicial) e que significa que as jurisdições dos outros Estados-membros estão vinculadas a seguir a interpretação ou a apreciação de validade firmada pelo TJ, relativamente ao normativo ou ao acto em causa.<sup>45</sup>

## Conclusão

Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa desapareceram

---

<sup>44</sup> Contudo, tal não inibe o tribunal superior de vir a suscitar novo reenvio se entender que tal se justifica porque a questão inicial foi mal diagnosticada, está incompleta ou a resposta do TJUE não elucida a dúvida colocada, vide neste sentido, Jacques Pertek, ob. cit., 157: “En application de la doctrine de la primauté du droit communautaire, le juge national a l’obligation d’appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliqué toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale (...)”

<sup>45</sup> Não obstante, tal não invalida que, essas jurisdições questionem, em sede de reenvio, a orientação do TJUE espelhada nesse aresto, com as restrições decorrentes da jurisprudência CILFIT de 06 de Outubro de 1982, C- 283/81.

os arts. 68º (TCE) e 35º (TUE), ficando o mecanismo do reenvio prejudicial submetido a uma disciplina normativa única, pese embora, se haja mantido essa bicefalia durante o período transitório, nas condições já acima referidas.

As matérias JAI, pelas implicações que revestem em sede de direitos fundamentais dos particulares, exigem decisões judiciais em tempo útil, exigências às quais o processo de reenvio prejudicial ordinário não correspondia.

O procedimento prejudicial de urgência, embora decalcado do reenvio prejudicial ordinário, apresenta características específicas que se relacionam com a orgânica do TJUE e com a forma e prazos de tramitação. Na verdade, a tramitação é entregue a uma secção especializada de três ou cinco juízes que aprecia essa urgência, após audição do AG.

Neste regime, ficaram consagrados diversos limites às intervenções no processo, a saber, apenas podem apresentar observações escritas, o EM do órgão do reenvio, as partes do processo principal e as instituições das quais o acto em apreciação haja emanado. Por outro lado, o prazo de tais observações pode ser reduzido por iniciativa da secção e limitar-se ainda a extensão das peças processuais. A secção à qual os autos foram distribuídos também pode determinar que estes prossigam, directamente, para a audiência oral (sem fase escrita) e que o AG não produza alegações nos autos.

As decisões prejudiciais assumem um carácter *erga omnes* e efeitos vinculativos, na medida em que, produzem um efeito irradiante para toda a ordem jurídica europeia vinculando os órgãos jurisdicionais nacionais à sua observância.

Finalmente, incumbe assinalar que, apesar da extrema importância das matérias submetidas à apreciação do TJUE, por via do reenvio prejudicial de urgência, os particulares não possuem legitimidade processual activa nem um “direito subjectivo ao reenvio”. Na verdade, a decisão de proceder ao reenvio cabe sempre ao órgão jurisdicional nacional. Este facto condiciona o exercício da tutela jurisdicional efectiva por parte dos indivíduos, limitando uma das vertentes da cidadania na União Europeia.

Porém, compreende-se que tenha sido essa a opção do legislador europeu, face aos princípios da subsidiariedade e da autonomia processual dos estados membros.

Os Tratados constituintes pretenderam manter, numa lógica de cooperação leal, o contencioso europeu no domínio da cooperação inter-jurisdicional deixando assim, aos órgãos jurisdicionais nacionais, a tarefa de decidir, em primeira linha, as questões que envolvam a interpretação e aplicação do direito da União.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Canotilho, J.J, Vital Moreira, A. (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada – arts. 1º a 107º*, Volume I, 4ª Edição revista e aumentada, Coimbra, Coimbra Editora.
- Chevalier, Bernard (2009), *Les nouveaux développements de la procédure préjudicielle dans le domaine de l'espace judiciaire européen : la procédure préjudicielle d'urgence et les reformes principales prévues par le traité de Lisbonne*, in ERA FORUM, 591-607, disponível em [www.springerlink.com](http://www.springerlink.com).
- Giupponi, Marian Belén Olmos, Chacón, Enrique Ulate (2011), *Dialogo Judicial y Gobernanza Global: La influencia del derecho comunitario europeo en la jurisprudencia de la Corte Centro Americana de Justicia* [CD-ROM]. Madrid: Dykinson.
- Craig, Paul (2008), *The Treaty of Lisbon: process, architecture and substance*, European Law Review, vol.33, nº2, April, Florence, European University Institute.
- Duarte, M.L e Lopes, A.C (2008), *Tratado de Lisboa, versão consolidada do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, Lisboa, AAFDL.
- Mesquita, Maria José R. (2010), *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina.
- Moura e Silva, Miguel (1995), *O papel das partes e outros interessados no processo de reenvio*, *Direito e Justiça*, vol. IX. Tomo I, pág. 124-163, Lisboa, FDUCP.
- Rafaraci, T. e Belfiori, R (2007), *Judicial protection of Individuals under the Third Pillar of the European Union*, Jean Monet Working Paper 10/07, consultado no sítio [www.JeanMonnetProgram.org](http://www.JeanMonnetProgram.org), em 16 de Junho de 2011.
- Pertek, Jacques (2001), *La pratique du Renvoi Préjudiciel en Droit Communautaire-Coopération entre CJCE et Juges Nationaux*, Paris,

Litec.

- Piçarra, Nuno (2001), *O Tratado de Amesterdão e as novas competências do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Working Paper 1/01, Lisboa, FDUNL, disponível no sítio: [www.faculdadededireitodanova.pt](http://www.faculdadededireitodanova.pt).
- Piçarra, Nuno (1991), *O Tribunal de Justiça das Comunidades europeias como juiz legal e o processo do art. 177º do Tratado CEE - As relações entre a ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas dos Estados-membros da perspectiva dos tribunais constitucionais*, Lisboa, AAFDUL, Lisboa.
- Piçarra, Nuno (2005), “O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: unificação e aprofundamento”, *O Direito*, 137, IV-V, 967-1014.
- Poiarés Maduro, Miguel (2006), *A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia*, Cascais, Principia.
- Quadros, Inês (2006), *A função subjectiva da Competência prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Lisboa, Almedin
- Rafaraci, T. e Belfiori, R (2007), *Judicial protection of Individuals under the Third Pillar of the European Union*, Jean Monet Working Paper 10/07. Disponível em: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/07/071001.pdf> (Consultado em 16/06/2011).
- Vieira de Andrade, J. C (2010), *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª Edição, Coimbra, Almedina.

A tutela multinível dos direitos:  
Quantidade é sinónimo de qualidade?

Giovanni Damele  
Instituto de Filosofia da Nova  
Universidade Nova de Lisboa

Francesco Pallante<sup>1</sup>  
Università degli Studi di Torino

1. Na sequência de um acidente de viação, ocorrido em 1997, J.P. – tomador do seguro e proprietário do automóvel envolvido no acidente – viria a interpor, contra a seguradora, uma acção de responsabilidade civil emergente de acidente de viação, reclamando para si uma indemnização por danos pessoais na qualidade de vítima/terceiro, pois, no momento do acidente, seguia no veículo enquanto passageiro e não como condutor. O processo haveria de percorrer as instâncias até à decisão final do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), a qual, por sua vez, viria a dar origem a uma nova acção, intentada pelo mesmo autor, reclamando do Estado uma indemnização por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional. Ao comentar este caso, a doutrina portuguesa parece pressupor a ideia de que a existência de um juiz no Luxemburgo, cuja jurisdição se sobrepõe aos juízes nacionais, representa, por si só, um dado positivo, como instrumento de ulterior

---

<sup>1</sup> Giovanni Damele é autor das secções 1-5; Francesco Pallante é autor das secções 6-8. As conclusões (secção 9) são fruto de uma reflexão comum. Os autores agradecem ao advogado José Manuel C.M. Roubaud y Pujol pelas informações prestadas a propósito do caso e do ordenamento jurídico português. Agradecem também à mestre Patrícia André pela revisão da tradução. Em qualquer caso, a responsabilidade pelas afirmações ou omissões constantes do texto é unicamente dos autores.



garantia dos direitos individuais. O caso mencionado parece constituir, efectivamente, a melhor demonstração dessa ideia: a análise das várias decisões judiciais relevantes para o caso demonstra claramente que, relativamente ao autor, o desfecho da acção inicial lhe teria sido favorável, caso os juizes do STJ tivessem acolhido a questão prévia suscitada pelo autor no sentido da obrigatoriedade do reenvio prejudicial interpretativo para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)<sup>2</sup>.

Aquela ideia revela-se, aliás, absolutamente consentânea com a evolução do mecanismo do reenvio prejudicial interpretativo previsto actualmente no art. 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), o qual tem passado, gradualmente, de instrumento “interno” do direito da União Europeia (visando assegurar a coerência interpretativa nos casos em que os juizes nacionais actuam como juizes da própria União), a instrumento “externo” de tutela integrativa dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus (numa óptica, mais abrangente, de integração funcional recíproca das competências do direito europeu e dos direitos nacionais).

Partindo destas considerações introdutórias, procurar-se-á, em seguida, descrever e reconstruir os principais contornos do caso acima referido (capítulos 2-4), apresentando igualmente alguns dos comentários suscitados pelo caso na doutrina portuguesa (capítulo 5), com vista à análise das implicações teóricas da chamada doutrina da protecção multinível dos direitos e do instituto do reenvio prejudicial interpretativo, tal como decorre das disposições dos tratados e da sua aplicação pelo TJUE (capítulos 6-8). Com base nesta reconstrução – e, em particular, nos comentários críticos aduzidos por parte da teoria jurídica relativamente à protecção multinível dos direitos e, também, à ambígua concepção do direito implícita no instituto do reenvio – tentar-se-á desenvolver algumas considerações dubitativas sobre a ideia de que o sistema previsto nos tratados garante, por si só, uma melhor protecção dos direitos individuais (capítulo 9).

---

<sup>2</sup> Poderá eventualmente dizer-se o mesmo relativamente à decisão final do STJ no processo de responsabilidade extracontratual do Estado-Juiz, pois também neste caso – se se tiver em conta a jurisprudência anterior do TJUE –, a decisão poderia ter sido favorável ao autor, caso o STJ tivesse lançado mão do reenvio prejudicial para o TJUE.

2. Em primeiro lugar, cumpre descrever e enquadrar juridicamente o longo *iter* processual que constitui o ponto de partida para as considerações que se seguem, o qual culminou na decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Dezembro de 2009<sup>5</sup>.

O caso articula-se em duas acções distintas, mas interpostas pelo mesmo autor: a primeira diz respeito a um pedido de indemnização por danos decorrentes de acidente de viação; a segunda diz respeito a um pedido de indemnização por danos decorrentes da decisão final proferida na primeira acção (em particular, da decisão de não proceder ao reenvio da questão a título prejudicial para o TJUE).

3. Os factos que se encontram na origem da tramitação processual são, sumariamente, os seguintes: o autor seguia como *passageiro* num veículo de que era *proprietário* e que se viu envolvido, no dia 25 de Outubro de 1997, num grave acidente de viação, em resultado do qual o autor sofreu várias lesões corporais. O acidente ocorreu por culpa exclusiva do condutor do veículo propriedade do autor e a acção inicial, interposta a título de reclamação pelos danos pessoais sofridos, foi instaurada contra a seguradora na qual o veículo se encontrava seguro e perante a qual o autor era o próprio tomador do seguro.

O autor alegava – à luz das alterações introduzidas no regime jurídico do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel<sup>4</sup> pelo Decreto-Lei n.º 130/94, de 19 de Maio, que transpôs a Directiva 90/232/CEE, do Conselho, de 14 de Maio de 1990 sobre o seguro automóvel (conhecida como a 3.<sup>a</sup> *Directiva Automóvel*) – que não se encontravam excluídos do âmbito de garantia do seguro obrigatório os danos decorrentes de lesões corporais sofridas pelo proprietário do veículo, *quando não fosse ele o seu condutor*. O autor invocava, portanto, em suma, o direito a ser considerado como um *terceiro* para efeitos de cobertura do seguro automóvel, pois, no seu entender, a lei excluía do âmbito da garantia apenas os danos decorrentes de lesões sofridas pelo condutor.

O pedido do autor foi, porém, indeferido nas três instâncias de

---

<sup>5</sup> Para uma reconstrução do caso e, em particular, da decisão da 1.<sup>a</sup> secção do STJ (acórdão de 05/12/2009, P. 9180/07.3TBRRG.G1.S1): Silveira, 2009, 773-804 e Mesquita, 2010, 29-45.

<sup>4</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 522/85, de 31 de Dezembro.

juízo, com decisão final do STJ em 14 de Dezembro de 2004<sup>5</sup>. Nas motivações deste acórdão lê-se: «O segurado nunca pode ser considerado terceiro, visto que responsável originário é ele, e a seguradora apenas responsável indirecta, por via do contrato de seguro. [...] Uma vez que estamos ainda perante um seguro de responsabilidade civil, e não em face de um seguro de danos [...], a mesma pessoa não pode figurar, simultaneamente, como beneficiário da garantia [...] e como beneficiário da indemnização»<sup>6-7</sup>.

4. Pouco tempo após a decisão definitiva do STJ, a 1ª secção do TJUE proferiu o acórdão *Katia Candolin* (acórdão de 30 de Junho de 2005, processo C-537/05), que veio confirmar a interpretação da Diretiva 90/252/CEE sustentada pelo autor na acção nacional acima indicada, ou seja, no sentido de admitir que todos os passageiros vítimas de acidente de viação têm direito a indemnização, ainda que sejam proprietários do veículo sinistrado. Este entendimento veio a ser confirmado pelo TJUE no acórdão *Elaine Farrell* (de 19 de Abril de 2007, processo C-356/05) e sufragado pelo próprio STJ em dois acórdãos sucessivos, datados de 16 de Janeiro de 2007 e 22 de Abril de 2008<sup>8</sup>.

Invocando aquela jurisprudência em seu favor, o autor interpôs,

---

<sup>5</sup> A acção de responsabilidade civil emergente de acidente de viação interposta pelo autor contra a seguradora correu termos no Tribunal da Comarca de Santo Tirso (4º Juízo Cível, Processo 541/2000), o qual veio a decidir-se pela improcedência da acção por sentença proferida em 2 de Dezembro de 2002. Esta decisão veio a ser confirmada, em 22 de Abril de 2004, pelo Tribunal da Relação do Porto e, em 14 de Dezembro 2004, pelo STJ (Revista nº 3902/04, 1ª secção).

<sup>6</sup> Acórdão do STJ de 14/12/2004, cit. no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25.04.2009 (Processo 9180/07.3TBBRG.G1.S1).

<sup>7</sup> Pode, incidentalmente, ser interessante salientar como também no ordenamento jurídico italiano a questão da ressarcibilidade dos danos sofridos pelo proprietário do veículo e tomador do seguro, que não seja condutor no momento do acidente, não se encontra totalmente estabelecida. Em sentido contrário à admissão da ressarcibilidade vai o acórdão de 18 de Janeiro de 2006 n.º 854, da Terceira Secção cível do Tribunal de Cassação (Terza Sezione civile della Corte di Cassazione), proferido já em data posterior ao acórdão Candolin do TJUE. No mesmo sentido, veja-se o acórdão de 25 de Novembro de 2008, n. 28062, também da Terceira secção cível do Tribunal de Cassação. Em sentido contrário vai, por exemplo, o acórdão de 2 de Agosto 2011, n. 777 do Tribunal de Trieste.

<sup>8</sup> Processos n.os 06A2892 e 08B742.

então, uma segunda acção, reclamando uma indemnização, com base na responsabilidade do Estado-Juiz, por violação do direito da União Europeia por parte do STJ com a prolação do acórdão de 14.12.2004. Violação decorrente – segundo o entendimento do autor – por um lado, da errada interpretação da Directiva europeia sobre o seguro automóvel e, por outro lado, do incumprimento da obrigação de reenvio prejudicial para o TJUE, segundo o disposto no artigo 267º, parágrafo 3.º, do TFUE.

4.1 Este segundo pedido foi julgado improcedente, em primeira instância, pelo Tribunal da Comarca de Braga, que absolveu o Estado com base na ausência, à data da decisão do STJ, de jurisprudência, tanto nacional como comunitária, que apoiasse a interpretação da 3ª Directiva Automóvel sustentada pelo autor (interpretação que veio a prevalecer apenas na sequência do mencionado acórdão *Candolin* proferido, posteriormente à decisão do STJ em crise, em 30.06.2005). Para além disso, o tribunal de primeira instância, ao sustentar a inexistência, na decisão proferida no primeiro processo pelo STJ, de um “erro grave” que pudesse justificar a indemnização, fez referência à jurisprudência prevalecente, tanto comunitária como nacional<sup>9</sup>, segundo a qual “o erro de direito praticado pelo juiz só poderá constituir fundamento de responsabilidade civil do Estado quando seja grosseiro, evidente, crasso, palmar, indiscutível e de tal modo grave que torne a decisão judicial numa decisão claramente arbitrária, assente em conclusões absurdas, demonstrativas de uma actividade dolosa ou gravemente negligente”<sup>10</sup>.

Assim sendo, segundo o entendimento do tribunal de primeira instância, no caso em apreço não se verificavam as condições necessárias para reconhecer ao autor o direito à indemnização pelo dano

---

<sup>9</sup> À luz das decisões do TJUE, foi sendo desenvolvido e aperfeiçoado um regime de responsabilidade civil extracontratual dos Estados-Membros por violação do direito da União Europeia. Este regime encontra-se estabelecido em diferentes decisões, em especial nos acórdãos *Francovich* (de 19 de Novembro de 1991, C-6/90 e C-9/91), *Brasserie du Pêcheur e Factortame* (de 5 de Março de 1996, C-46/93 e C-48/93) e *Hedley Lomas* (de 25 de Maio de 1996, C-5/94).

<sup>10</sup> Saneador-sentença proferido pela Vara de Competência Mista do Tribunal da Comarca de Braga, em 27.07.2008, cit. no acórdão do STJ de 03.12.2009, proferido pela 1ª secção, no Proc. 9180/07.3TBBRG.G1.S1.

sofrido. Em particular, o tribunal entendeu que não se havia verificado nenhuma violação suficientemente caracterizada, ou seja, uma violação manifesta e grave, ou uma situação paradigmática em que, por exemplo, existisse uma jurisprudência bem assente do TJUE que fundasse a evidência do erro de direito. Nos termos do saneador-sentença da primeira instância, mesmo «dando de barato que a melhor interpretação da Directiva do Conselho de 14 de Maio de 1990 (90/252/CEE), vulgarmente conhecida por 3ª Directiva Automóvel, por si e através do diploma que a transpôs para o direito interno (DL 130/94, de 19 de Maio), seja a preconizada pelo A., [...], não pode afirmar-se que a interpretação acolhida no acórdão proferido na acção nº 541/2000 [acção inicial] seja proibida pelas regras da hermenêutica jurídica, designadamente tendo em conta a dogmática jurídica da responsabilidade aquiliana [extracontratual], dos acidentes causados por veículos e do seguro de responsabilidade civil automóvel»<sup>11</sup>.

No que respeita à obrigação do reenvio prejudicial, o tribunal de primeira instância sublinhou a ausência de censurabilidade, pois «o juiz nacional só deve recorrer a esse mecanismo [ao reenvio prejudicial] se “em consciência e de boa fé processual concluir que a norma suscita dificuldades de interpretação e de aplicação no ordenamento interno”»<sup>12</sup>.

4.2 No entanto, a argumentação do tribunal de primeira instância não foi acolhida em sede de recurso. Com efeito, o Tribunal da Relação de Guimarães condenou o Estado Português a indemnizar o autor com base nos seguintes argumentos, esquematicamente elencados<sup>13</sup>:

1) Assim como sustentado pelo próprio TJUE no mencionado acórdão *Candolin*, o art. 2.º, n.º 1, da Directiva 84/5/CEE, do Conselho, de 30 de Dezembro de 1983 e o art. 1.º da mencionada Directiva 90/252/CEE, relativas à aproximação da legislação dos Estados-Membros em matéria de seguro automóvel, «opõem-se a uma

---

<sup>11</sup> Saneador-sentença proferido pela Vara de Competência Mista do Tribunal da Comarca de Braga, em 27.07.2008, absolvendo o Estado em primeira instância no Processo 9180/07.3TBRRG.G1, cit. no acórdão de 03.12.2009 do STJ.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães proferido em 23/04/2009, Proc. 9180/07.3TBRRG.G1 (disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>).

regulamentação nacional que permita excluir ou limitar de modo desproporcionado, com fundamento na contribuição de um passageiro para a produção do dano que sofreu, a indemnização coberta pelo seguro automóvel obrigatório. O facto de o passageiro em causa ser o proprietário do veículo cujo condutor provocou o acidente é irrelevante»<sup>14</sup>;

2) Os tribunais portugueses não podem «inverter o princípio do primado do direito europeu, continuando a sobrepor as normas de direito interno às regras definidas pela legislação comunitária [...] sob pena de prejudicarem o efeito útil da Directiva transposta, o pleno efeito do Direito Comunitário, a uniformidade na interpretação e aplicação desse direito em todos os Estados-Membros, que se impõe a todas autoridades nacionais incluindo as jurisdicionais e, acima de tudo, a tutela jurisdicional efectiva do particular, que tal Directiva quis garantir»<sup>15</sup>.

3) A mais recente jurisprudência do TJUE, designadamente a partir dos acórdãos *Köbler* (de 30 de Setembro 2003, processo C-224/01) e *Traghetti del Mediterraneo* (de 13 de Junho 2006, processo C-175/03), estabelece que os particulares devem ter a possibilidade de obter, junto de órgão jurisdicional nacional, o ressarcimento do prejuízo causado pela violação dos seus direitos perpetrada por uma decisão de um órgão jurisdicional nacional decidindo em última instância<sup>16</sup>;

4) Existindo obrigatoriedade de reenvio prejudicial para o TJUE e considerando a manifesta insuficiência da fundamentação com que se justificou a sua recusa, sem apelo às condicionantes contempladas no acórdão *Cilfit* (de 06 de Outubro de 1982, processo 283/81), tem-se como demonstrada a *violação suficientemente caracterizada*, necessária ao reconhecimento da responsabilidade do Estado-Juiz<sup>17</sup>.

4.3 Finalmente, o STJ acabou por revogar a decisão da Relação de Guimarães, com os seguintes argumentos, esquematicamente

---

<sup>14</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães cit., parágrafo 19 da fundamentação de direito.

<sup>15</sup> *Idem*, parágrafo 43.

<sup>16</sup> *Idem*, parágrafo 47.

<sup>17</sup> *Idem*, parágrafo 71.

apresentados:

1) «Atenta a temporalidade dos factos, não restam dúvidas de que não tem aplicação aqui» o disposto no artigo 13<sup>o</sup>/1 do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro<sup>18</sup>. «A leitura deste normativo leva-nos a concluir que, até à entrada em vigor da Lei de que faz parte, o Estado não era responsável pelos danos decorrentes das situações nele tipificadas. Conforta-nos esta asserção a interpretação que surpreendemos na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 56/X» que deu origem àquele diploma<sup>19</sup>.

2) Embora a lei citada não seja, «como evidentemente não é, de aplicação ao caso *sub iudice*, não deixa de nos abrir o caminho certo para a *solutio* da *vexata quaestio*. (...) Ou seja, é o próprio legislador que aceita com toda a clareza que, até então, o Estado não podia ser responsabilizado pelos danos resultantes da função jurisdicional. (...) [E]xceptuados os casos de responsabilização do Estado relativos a sentenças penais por condenação injusta e de privação injustificada de liberdade, antes nada havia, ao nível legislativo, a suportar um pedido de indemnização por danos causados (...) por erro grosseiro na área da jurisdição civil»<sup>20</sup>;

3) «[A]inda que devesse interpretar-se o artigo 22.º da Constituição no sentido de ele abranger a responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos decorrentes do exercício da função

---

<sup>18</sup> Prescreve aquele inciso: “Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação de liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto”.

<sup>19</sup> Referia-se naquela Exposição de Motivos: “Avança-se, por outro lado, no sentido do alargamento da responsabilidade civil do Estado por danos resultantes do exercício da função jurisdicional, fazendo, para o efeito, uma opção arrojada: a de estender ao domínio do funcionamento da administração da justiça o regime da responsabilidade da Administração...”.

<sup>20</sup> “É o próprio legislador que afirma a sua intenção de alargar o campo de responsabilidade do Estado aos danos resultantes do exercício da função jurisdicional, “estendendo-a ao domínio da responsabilidade da Administração, dizendo mesmo que é uma opção arrojada”. Ou seja, é o próprio legislador que aceita com toda a clareza que, até então, o Estado não podia ser responsabilizado pelos danos resultantes da função jurisdicional” (*ibidem*).

jurisdicional, *esta não poderia ser considerada por virtude de falta de lei ordinária substantiva caracterizadora*”<sup>21</sup>;

4) A acção em causa «configura mais do que um recurso de revisão», permitindo que os tribunais inferiores surjam como censores de uma decisão do STJ. «Aceitar isto é subverter toda a lógica que rege a nossa estrutura judiciária.» Por um lado, o recorrente não pode, só porque a sua pretensão não teve acolhimento mesmo ao nível do mais alto Tribunal do país, ter mais garantias de avaliação do que as que são dadas por um recurso de revisão. Por outro lado, não é aceitável que «os juízes se arvorem em censores de decisões que o próprio legislador teve por bem não sujeitar a tal»<sup>22</sup>. Mesmo perante as exigências contidas na nova lei sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, a acção não seria, portanto, justificada: «admiti-la, como acabou por acontecer, teve o seguinte resultado: permitiu-se às instâncias a apreciação do mérito de uma decisão definitiva tirada pelo (...) Supremo Tribunal de Justiça!»

5. O acórdão proferido pelo STJ em 3 de Dezembro de 2009 suscitou ásperas críticas na doutrina, sobretudo no tocante aos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal: quer os argumentos relativos ao direito interno, quer os baseados no direito comunitário. Deste ponto de vista, cabe sublinhar que – como decorre de modo evidente da argumentação do STJ – a questão em análise não se cingia à obrigação (condicional ou não) do reenvio prejudicial, mas também quanto à aplicação da legislação nacional em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado, a qual só a partir da Lei n.º 67/2007 passou a fazer referência directa e explícita à responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional.

Uma primeira crítica à decisão do STJ (e, indirectamente, também às decisões anteriores, com excepção da decisão do

---

<sup>21</sup> O STJ cita, nesta passagem, Salvador da Costa, em comunicação apresentada no Colóquio “Carreira dos Juízes – Perspectivas de Futuro”, organizado pelo Fórum Permanente Justiça Independente, no dia 25 de Janeiro de 2009.

<sup>22</sup> De acordo com a interpretação sustentada pelo STJ do n.º 2 do artigo 13.º da Lei 67/2007, de 31.12. Este inciso prevê: “O pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente.” Este inciso como adiante se esclarecerá viola o Direito da União, impondo-se a sua cuidadosa interpretação e aplicação.



Tribunal da Relação de Guimarães), diz respeito à falta de consideração pela jurisprudência do TJUE em matéria de seguro automóvel e, em particular, à jurisprudência relativa à Directiva 90/232/CEE. Com efeito, a Directiva em causa sugeria a possibilidade de que o seguro automóvel abrangesse os danos sofridos por *todos* os passageiros, excluindo apenas o condutor – e as decisões *Candolin* e *Farrel* vieram confirmar este entendimento. Para além disso, a imposição do direito comunitário aos Estados-Membros no sentido de não poderem introduzir excepções à obrigação de protecção das vítimas para além das previstas nas próprias Directivas em matéria de seguro automóvel, foi também reiteradamente afirmada pelo TJUE<sup>25</sup>.

Ainda relativamente ao direito europeu, tem sido sublinhado o facto de o STJ ter ignorado o princípio que impõe a interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União Europeia, descurando, assim, a sua responsabilidade enquanto juiz comum de direito da União Europeia<sup>24</sup>.

Finalmente, e ainda no que respeita ao direito da União, ambos os acórdãos do STJ (o de 2004 e o de 2009) têm sido alvo de críticas, pois, «*tratando-se de um tribunal que julgava em última instância [...] e existindo uma evidente 'dúvida' quanto à interpretação do Direito da União e do Direito Nacional de transposição*», o STJ tinha, dadas as circunstâncias, que colocar ao TJUE uma questão prejudicial de interpretação. Segundo esta doutrina, a existência de uma dúvida devia ser evidente, por um lado, em razão da presença de interpretações divergentes das partes, que implicavam uma solução do litígio em sentidos opostos (uma das quais em detrimento da vítima)<sup>25</sup>, e, por outro, porque, antes da decisão final do STJ (em 2004), já tramitava no TJUE um pedido de reenvio prejudicial sobre a questão em apreço, proposto por um tribunal finlandês (reenvio cujo resultado será o mencionado acórdão *Candolin*, que veio confirmar a interpretação do autor). Uma circunstância que o STJ não devia ignorar e que

---

<sup>25</sup> Circunstância salientada por Mesquita, 2010, 39, n. 8, que faz referência aos acórdãos Ruiz Bernáldez de 28/3/1996, proc. C-129/94, Mendes Ferreira de 14/09/2000, proc. C-348/98, e no despacho de 14/10/2002, Whithers, proc. C-158/01.

<sup>24</sup> Mesquita, 2010, 39.

<sup>25</sup> *Ibidem*. Cfr. também Silveira, 2009 e Piçarra, 2010. Sobre o mesmo caso, ver também Pujol, 2013.

devia ter obrigado o próprio Tribunal a reenviar prejudicialmente para o TJUE ou, pelo menos, a suspender a instância até que o TJUE se pronunciasse<sup>26</sup>.

Mais em geral, uma parte da doutrina tem criticado o facto de nenhum dos tribunais de instância (nem sequer o Tribunal da Relação de Guimarães, ou seja, o único que aceitou a interpretação do autor) tenha sentido a necessidade, num caso tão controverso e relativo à violação de direito da União, de apresentar um pedido de reenvio prejudicial ao TJUE (embora este reenvio não lhes fosse juridicamente imposto pelo artigo 267.º, segundo parágrafo, TFUE). Uma atitude que contrasta fortemente com a dos tribunais de primeira instância austríacos e italianos, por exemplo, nos casos *Kobler* e *Traghetti del Mediterraneo*, e que tem sido atribuída à circunstância de os tribunais portugueses poderem, contrariamente aos seus homólogos austríaco e italiano, apreciar e decidir sozinhos, ao abrigo do artigo 204.º da Constituição, as mais sérias dúvidas de constitucionalidade, sem necessidade de recorrerem a título prejudicial ao Tribunal Constitucional<sup>27</sup>.

Sobre a interpretação e aplicação do direito nacional, tem sido sublinhado que, não obstante a falta de previsão expressa da responsabilidade do Estado-Juiz na legislação aplicável antes da entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, de 31/12, esta encontrava-se já abrangida, como reconhece a doutrina constitucionalista e a jurisprudência, pelo art. 22.º da Constituição, norma que, em virtude dos artigos 17.º e 18.º da própria Constituição, constitui uma norma directamente aplicável<sup>28</sup>. Também quanto à matéria da responsabilidade civil do Estado, tem sido censurada a falta de consideração da jurisprudência comunitária sobre a responsabilidade do Estado-Juiz por violação do direito da União Europeia (em particular, os acórdãos *Köbler* e *Traghetti del Mediterraneo*). Com efeito, de acordo com a jurisprudência *Traghetti*, «basta que [um] órgão jurisdicional tenha ignorado de forma manifesta o Direito da União Europeia aplicável, ou tenha interpretado erradamente o Direito da União, ou tenha interpretado o direito interno de uma forma que conduza à violação do Direito da União,

---

<sup>26</sup> Cfr. Silveira, 2009, 784-785.

<sup>27</sup> Sobre este aspecto, cfr. Piçarra, 2010, 224-225.

<sup>28</sup> Mesquita, 2010, 41-42.

para que a responsabilidade do Estado-juiz seja efectivada»<sup>29</sup>.

Aspecto, este, que deveria ter permitido ultrapassar a questão da aplicação da Lei n.º 67/2007, considerada exclusivamente no acórdão do STJ de 2009. A este propósito, tem sido sublinhado que esta lei, na medida em que prevê (no seu artigo 13.º, n.º 2) que “o pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente”, não se afigura compatível com os princípios do direito da União que regem a responsabilidade extracontratual dos Estados-membros, por tornar impossível ou excessivamente difícil a obtenção do devido ressarcimento<sup>30</sup>. Com efeito, com o acórdão *Traghetti del Mediterraneo*, o TJUE esclareceu que o princípio da responsabilidade do Estado-Juiz por violação do direito comunitário prevê o ressarcimento, mas não, por si só, a revisão da decisão judicial que causou o dano. Todavia, em razão desta jurisprudência e de acordo com a organização judiciária portuguesa, parece que não seria possível evitar uma situação como a que se verificou no caso que temos vindo a analisar, ou seja, uma situação em que, por um lado, um tribunal de instância reconhece a responsabilidade do Estado por uma violação do direito da União imputada a um tribunal de última instância, e, por outro lado, por força dessa decisão, um tribunal de última instância se vê na situação de ‘julgar’ uma decisão proferida anteriormente pelo próprio tribunal, tal como aconteceu no caso da 1.ª secção do STJ. A este propósito, porém, cabe realçar que o TJUE, no acórdão *Traghetti del Mediterraneo*, também esclareceu que cabe à ordem jurídica de cada Estado-membro designar o órgão jurisdicional competente para dirimir os litígios relativos a tais ressarcimentos<sup>31</sup>. Por esta razão, a doutrina tem sugerido que aquela situação de “total e inaceitável subversão da regulamentação” do sistema judiciário português – denunciada, não sem razão, pelo STJ no seu segundo acórdão – poderia ter sido evitada com a atribuição a uma secção alargada do Supremo Tribunal (com uma composição diferente) da competência para apreciar em recurso uma decisão de um tribunal subalterno que tenha determinado a responsabilidade do Estado pela violação do direito da União cometida por outra secção do mesmo

---

<sup>29</sup> Silveira, 2009, 779.

<sup>30</sup> Piçarra, 2010, 225.

<sup>31</sup> Piçarra, 2010, 218 ss.

Supremo Tribunal<sup>52</sup>.

6. A reconstrução do caso judicial que descrevemos testemunha a complexidade das questões jurídicas suscitadas, quer do ponto de vista do sistema jurídico português, quer do ponto de vista do direito europeu.

Como vimos, no que toca à tutela dos direitos individuais, parece inegável que, no caso em análise, os juízes europeus teriam assegurado ao autor a tutela que os juízes nacionais não lhe garantiram. Porém, isso não implica, sem mais argumentos, que o TJUE represente, por si só, uma garantia de maior tutela dos direitos para os cidadãos da União Europeia.

O problema pode ser dividido em duas questões diferentes, embora ligadas entre si: (a) a tese de que um ulterior grau de juízo implique, pura e simplesmente, uma maior tutela dos direitos; (b) a tese de que o reenvio prejudicial interpretativo seja o instrumento mais idóneo para favorecer a colaboração, no interesse dos titulares dos direitos, entre o nível jurisdicional nacional e o nível jurisdicional europeu.

7. Começando pela primeira questão, cumpre afirmar que a ideia de que de um maior número de graus de juízos implique, por si só, uma melhor protecção dos direitos individuais tem suscitado várias objecções de cunho prático e teórico<sup>53</sup>.

Relativamente às objecções de natureza prática, a doutrina tem sublinhado, em particular, três aspectos críticos:

1) os problemas decorrentes, em cada Estado da União Europeia, da exigência de coordenação das diferentes esferas de legalidade que se sobrepõem: a legalidade legal (protegida por um tribunal supremo ou de cassação), a legalidade constitucional (protegida por um tribunal constitucional), a legalidade comunitária (protegida pelo TJUE), a legalidade convencional (protegida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem) e a legalidade internacional (protegida por uma pluralidade de actores, alguns dos quais também no âmbito da protecção dos direitos);

2) o facto de a mesma forma linguística (significante) que, nas

---

<sup>52</sup> Piçarra, 2010, 222. Veja-se também Silveira, 2009, 801-802.

<sup>53</sup> Cfr. Luciani, 2006, pp. 1652 ss.; Pace, 2003; Cartabia, 2008; Dogliani, 2009.

disposições produzidas nos diferentes níveis do ordenamento, especifica um direito não ter em todos os níveis o mesmo significado torna bastante imprecisa a comparação das tutelas oferecidas para esse direito nos diferentes âmbitos (um exemplo banal: com as palavras “liberdade de domicílio” [*libertà di domicilio*] o Código Civil italiano – esfera da legalidade legal – refere-se apenas à morada de habitação, enquanto que a Constituição italiana – esfera da legalidade constitucional – refere-se a qualquer lugar no qual se encontre num dado momento a pessoa física: morada, escritório, quarto de hotel etc.);

3) mais em geral, a circunstância de, em concreto, não ser muito claro o que significa estabelecer um nível de protecção de um direito tutelado num dado ordenamento: como toda a decisão sobre direitos implica uma ponderação dos mesmos (pois os recursos são limitados e os direitos são muitos, e aumentar a tutela de um direito implica diminuir a de um outro), não faz muito sentido isolar um único direito e determinar qual o nível máximo da sua tutela.

Obviamente, todas estas objecções não significam que a comparação entre sistemas seja, na realidade dos factos, impossível ou inútil. Comparar é, sem dúvida, possível, e mesmo útil, mas sob a condição de que o objectivo de comparar os sistemas no seu conjunto vise salvaguardar a coerência dos próprios sistemas. Desta forma, com referência aos particulares, será possível dizer que um dado ordenamento tutela com maior eficácia e atenção algumas *categorias* de direitos, e menos outras.

Do ponto de vista teórico, as objecções à teoria da tutela multinível têm a ver com a própria maneira de conceber os direitos. Quem atribui a tutela dos direitos, em primeiro lugar, à fiscalização jurisdicional – nacional e supranacional em colaboração – inevitavelmente desvaloriza o momento da decisão democrática sobre os próprios direitos, sobrepondo, de facto, uma visão jusnaturalista (hoje frequentemente denominada por neoconstitucionalismo) à ideia de que todas as regras jurídicas, mesmo aquelas que têm a ver com os direitos das pessoas, embora estejam enraizadas na história dos povos, implicam, afinal, a positivação de decisões políticas.

Na esteira desta sobreposição, aparece hoje cada vez mais afastada a concepção que, a partir de Hobbes, permitiu ao pensamento jurídico desenvolver o constitucionalismo moderno, substituindo a antiga legitimação moral do poder (como na tradição clássica, que a partir de

Aristóteles ligava o poder à virtude) por uma fundamentação de tipo rigorosamente jurídico. Para Hobbes – como é sabido – o poder do soberano fundamentava-se no pacto estipulado pelos cidadãos entre si (*pactum unionis*) e no efeito imediato de sujeição dos cidadãos ao soberano produzido pelo próprio pacto (*pactum subiectionis*). É verdade que o poder do soberano era tido por absoluto, mas este carácter absoluto, de facto, não podia estender-se a todos os âmbitos da existência, pois a finalidade última do poder era, em todo caso, a protecção dos cidadãos (os quais mantinham o direito de resistência contra os actos que afectavam a sua segurança e dos próximos, podendo considerar-se libertos do pacto de sujeição caso o soberano não cumprisse os seus deveres de protecção). Desta forma, a legitimação jurídica do poder produzia como consequência a limitação do próprio poder, estabelecendo as bases para uma relação trilateral direito-poder-direitos que se encontra na origem do constitucionalismo moderno, definido por muitos, não por acaso, como a ciência da limitação do poder.

Ora bem, ao defender a tese de que as Constituições dos Estados nacionais podem ser livremente integradas, quanto à classe de direitos tutelados, pelos ordenamentos supranacionais (UE e CEDH) e internacionais, e que essa integração depende, em última análise, do reconhecimento, operado pelos juízes, de determinadas posições subjectivas como direitos (como demonstra a utilização da Carta de Nice, mesmo antes da sua entrada em vigor), são minados os fundamentos do modelo hobbesiano do Estado de Direito. Assim, é produzida uma ruptura tão profunda da ligação entre poder e direito, que permite aos defensores da tutela multinível afirmar a existência de uma Constituição Europeia – baseada precisamente nos direitos e na sua protecção multinível – muito embora a União Europeia não tenha o domínio das próprias regras fundamentais e seja, ainda hoje, desprovida de uma comunidade política de referência (ou seja, embora não se verifique o hobbesiano pacto constitutivo entre os cidadãos que se sujeitam ao poder soberano)<sup>54</sup>.

Eis então como, para além das dificuldades de carácter prático, a teoria da tutela multinível dos direitos revela uma ulterior fraqueza, pois reenvia a própria tutela para sujeitos – os juízes europeus – muito mais livres, do ponto de vista da discricionariedade, do que os juízes

---

<sup>54</sup> Cfr. Costanzo-Mezzetti-Ruggeri, 2006 e Ruggeri, 2007.

nacionais (a própria jurisdição europeia sobre os direitos decorre, em grande parte, não de disposições dos tratados, mas da jurisprudência do próprio TJUE): com o resultado de que o nível de tutela do direito depende mais da vontade dos juízes do que de vínculos decorrentes do texto (pelos quais os cidadãos podem lutar politicamente).

8. Com base no que se acaba de dizer, e tomando em consideração o caso concreto analisado inicialmente, merece particular atenção o instrumento do reenvio prejudicial interpretativo, configurado pelos tratados europeus como meio privilegiado de diálogo entre os juízes nacionais e o TJUE.

Como é sabido, de acordo com o ordenamento europeu (art. 19º, parágrafo 3, alínea b), do Tratado da União Europeia<sup>55</sup> e art. 267º do TFUE<sup>56</sup>), cabe ao TJUE a última palavra sobre a interpretação do direito produzido pela União Europeia, seja de fonte pactícia ou derivada, estabelecendo o reenvio como facultativo para as jurisdições nacionais hierarquicamente inferiores e como obrigatório para as jurisdições de última instância. Mais pormenorizadamente, à luz do segundo parágrafo do artigo 267.º do TFUE, quando se coloque uma questão relativa à interpretação de direito europeu perante um órgão jurisdicional que não decida definitivamente, este órgão pode livremente avaliar a necessidade ou não de reenvio prejudicial ao TJUE. Se o juiz considerar que a decisão sobre a questão interpretativa é

---

<sup>55</sup> «O Tribunal de Justiça da União Europeia decide, nos termos do disposto nos Tratados: [...] b) A título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos actos adoptados pelas instituições».

<sup>56</sup> «O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível».

necessária para a decisão, remeter-se-á reenvio prejudicial ao TJUE; se entender que não é necessária, não irá propor o reenvio. Seja como for, o que é fundamental é que cabe ao juiz nacional das instâncias avaliar a relevância ou não da dúvida interpretativa relativamente ao caso em apreço. Semelhante liberdade de avaliação não é atribuída, pelo seguinte parágrafo 3 da disposição acima referida, aos órgãos jurisdicionais nacionais que decidam em última instância: à luz da letra da disposição, de facto, tais órgãos têm que propor o reenvio prejudicial, sem que lhes seja reconhecido algum espaço de avaliação da relevância ou não da questão interpretativa em juízo<sup>57</sup>. Portanto – em rigor – mesmo quando não considerem o pronunciamento do TJUE como indispensável para a decisão, os juízes nacionais de última instância, antes de proferir a decisão final, estarão, de qualquer forma, obrigados a propor a questão interpretativa aos juízes do Luxemburgo.

Voltando ao caso analisado, a consequência de uma interpretação literal do art. 267º, 3º parágrafo, do TFUE, seria que, no preciso momento em que a parte propôs perante o STJ uma opção interpretativa diferente daquela acolhida nas instâncias suscitando a questão prévia do reenvio para o TJUE, os juízes do STJ não teriam tido outra alternativa que não fosse suspender a instância e aguardar pelo necessário esclarecimento hermenêutico dos juízes europeus. É precisamente esta a posição defendida pelo Tribunal da Relação de Guimarães, em apoio da sua decisão de condenação do Estado português na causa sobre o ressarcimento.

Porém, perante uma leitura do artigo 267.º TFUE mais consciente

---

<sup>57</sup> A violação daquela obrigação implica a responsabilidade do Estado-Membro em causa, podendo determinar uma acção de incumprimento conforme o disposto no artigo 258º TFUE («1. Se a Comissão considerar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, formulará um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações. 2. Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia») e acção para o ressarcimento de danos fundada na responsabilidade extracontratual do Estado pela violação do direito do direito da União Europeia cometida pelo juiz (acórdão de 30 de Setembro 2003, *Köbler*, (C-224/01); acórdão de 13 de Junho de 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, (C-173/07); acórdão de 24 de Novembro 2011 *Commissione europea c. Repubblica italiana* (C-379/10)). Sobre o assunto, cfr. Di Federico, 2004, 133-156.



das problemáticas típicas das actividades interpretativas no âmbito jurídico, parece inevitável questionar as implicações da letra da própria disposição. Parece claro, de facto, que é (quase) sempre possível individuar diferentes interpretações da mesma disposição; desta forma, os juízes nacionais de última instância estariam, em rigor, vinculados a propor reenvio prejudicial cada vez que as partes em juízo propusessem duas leituras diferentes de um qualquer ato jurídico europeu aplicável à solução do litígio. Desta maneira, os tribunais estaduais de última instância teriam o seu papel reduzido, na realidade, a mero veículo condutor entre os verdadeiros protagonistas do juízo: as partes, por um lado, e o Tribunal de Luxemburgo, por outro.

Para evitar uma tal desvalorização do papel dos juízes nacionais de grau hierarquicamente mais elevado, a única alternativa seria a de ligar o surgimento da questão interpretativa a uma (pelo menos parcialmente) autónoma avaliação dos próprios juízes – avaliação que poderia ser suscitada por um pedido das partes envolvidas no processo, mas cuja solução, sobre a existência ou relevância da dúvida interpretativa, deveria, afinal, caber aos juízes destinatários do pedido.

Em suma: perante um juiz nacional de última instância, ou será suficiente que uma parte defenda a existência de uma dúvida interpretativa para obrigar ao reenvio prejudicial para o TJUE (o que significaria, de facto, atribuir às partes o papel de decidir sobre o reenvio), ou é necessário deixar ao juiz a possibilidade de se pronunciar com (mais ou menos) autonomia (não sobre a existência de uma dúvida qualquer em um qualquer sujeito do ordenamento, mas) sobre a existência de uma dúvida efectiva *in foro interno*.

Poder-se-ia, também, questionar: a dúvida na base do reenvio prejudicial interpretativo tem de ser objectiva (no sentido de objectivamente existente no ordenamento, enquanto meramente suscitada por alguém) ou subjectiva (no sentido de presente *in foro interno* naquele sujeito, ao qual, em cada ordenamento, cabe decidir, por meio de interpretação, sobre a aplicação concreta do direito: ou seja o juiz)? Parece claro que, nesta segunda hipótese, a decisão do Tribunal da Relação de Guimarães seria pelo menos disputável.

Que a questão que aqui se coloca não é pura e simplesmente teórica, parece ser confirmado pela jurisprudência do próprio TJUE, que tem afirmado a existência de “excepções” à obrigação, que caberia aos tribunais que julguem em última instância, de propôr reenvio pre-

judicial de carácter interpretativo (a este propósito, veja-se, em particular, os acórdãos *Da Costa*<sup>58</sup> e *CILFIT*<sup>59</sup>). Em poucas palavras, esta jurisprudência do próprio TJUE defende que os juízes nacionais de última instância podem – para além da letra do próprio artigo 267.º, par. 3, TFUE – ser dispensados da obrigação de apresentar o pedido de reenvio para o tribunal do Luxemburgo, quando:

- a questão não for necessária, nem pertinente para o julgamento do litígio principal;

- o Tribunal de Justiça já se tiver pronunciado de forma firme sobre a questão a reenviar ou quando já exista jurisprudência sua consolidada sobre a mesma (teoria do *acte éclairé*);

- o juiz nacional não tenha dúvidas razoáveis quanto à solução a dar à questão de direito da União, por o sentido da norma em causa ser claro e evidente («teoria do acto claro», *acte clair*)<sup>40</sup>.

Por força da evolução da jurisprudência do TJUE, a distinção, para os fins do reenvio prejudicial, entre os juízes nacionais de última instância e os outros juízes nacionais, parece mais matizada (e assim a consequente distinção, à luz dos parágrafos 2 e 3 do artigo 267.º TFUE, entre possibilidade e obrigação de suscitar uma questão

---

<sup>58</sup> Acórdão de 27 de Março de 1963, *Da Costa En Schaake* (C-28/62, C-29/62, C-30/62).

<sup>59</sup> Acórdão de 6 de Outubro de 1982, *CILFIT* (C-283/81).

<sup>40</sup> No próprio acórdão *CILFIT*, o TJUE precisou que a verificação desta hipótese tem que ser avaliada pelo juiz nacional, tendo sempre presente a dimensão europeia da actividade hermenêutica e, portanto, com referência não apenas à língua nacional e à sua tradição jurídica, mas também às línguas e às tradições jurídicas próprias dos Estados-Membros. O acto apenas poderá ser considerado «claro» pelo juiz quando tiver a convicção de que o mesmo resultado seria também evidente aos olhos dos mais juízes dos países da UE e do próprio TJUE. É evidente, porém, que a aplicação rigorosa daquela orientação, se já seria dificilmente alcançável numa União composta de 10 Estados, afigura-se hoje especialmente dificultada em face dos sucessivos alargamentos da União (27 Estado-Membro e 23 línguas oficiais). Como sublinhado no «Relatório final» do grupo de trabalho sobre o reenvio prejudicial instituído em 2007 pela Associação dos Conselhos de Estado e das Jurisdições Administrativas Supremas da União Europeia, os “critérios *CILFIT*” no assunto são na verdade «irrealistas e inutilizáveis» e devem ser aplicados «com bom senso» pelos juízes nacionais (p. 12; o documento pode ser consultado em: [http://www.juradmin.eu/fr/colloquiums/sem\\_2007\\_LaHaye.html](http://www.juradmin.eu/fr/colloquiums/sem_2007_LaHaye.html)).

prejudicial)<sup>41</sup>. Evolução, esta, por muitas razões, inevitável: com efeito, seria claramente contrário ao princípio da economia processual colocar os juízes, nacionais e europeu, de tal modo à mercê das partes, que não se deixasse margem alguma de discricionariedade na avaliação de eventuais condutas dilatórias<sup>42</sup>.

O que permanece, porém, inegável é a centralidade atribuída pelo sistema jurídico europeu ao TJUE: o Tribunal do Luxemburgo é o único titular do poder interpretativo do direito europeu, também em matéria de direitos individuais. As próprias margens de autonomia interpretativa conquistadas pelas jurisdições nacionais têm de tomar em conta a posição do TJUE: seja porque, de qualquer forma, no caso de autênticos problemas interpretativos o reenvio para o Tribunal europeu tem, em última análise, carácter obrigatório; seja porque, mesmo nos casos menos problemáticos, as decisões anteriores dos juízes do Luxemburgo permanecem como referência incontornável. Em suma: todo o sistema de relações entre as jurisdições parece ter sido estruturado em detrimento dos benefícios de uma fecundidade hermenêutica, a qual é sempre favorecida, sobretudo em matéria de direitos, pelo cotejo entre visões alternativas e concorrentes.

Também deste ponto de vista, parece possível, portanto, duvidar da tese segundo a qual o nível jurisdicional europeu representaria, por si só, uma garantia de maior tutela dos direitos: pelo contrário, o instrumento do reenvio parece ter sido configurado de forma tal que *reduz* (mais ou menos drasticamente, consoante os casos) as opções interpretativas praticáveis, uniformizando previamente as jurisdic-

---

<sup>41</sup> Cfr. Giovannetti, 2010, 6 e Chiti, 2012, ponto 2.

<sup>42</sup> Neste sentido, veja-se a seguinte jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), confirmando aquele entendimento: acórdão de 20 Setembro 2011 TEDH, proferido no processo *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio* (recursos n.os 3989/07 e 38553/07), no qual se afasta a interpretação de que a ausência do reenvio prejudicial por parte de um juiz nacional que julga em última instância implica por si só (além da violação do direito da União Europeia também) a violação do direito ao processo equitativo, previsto no art. 6º par. 1 da CEDH, precisamente com base na argumentação de que a obrigação de reenvio prejudicial interpretativo para o TJUE não tem carácter absoluto, mas tem que ser avaliada à luz das condições definidas pelo próprio Tribunal no acórdão *CILFIT* (no caso em questão perante o TEDH, a ausência de reenvio foi considerada adequadamente fundamentada). Sobre este assunto cfr. Ruggeri, 2011.

ções nacionais sobre a posição do TJUE. Isso significa que o facto de este sistema acrescer à tutela jurisdicional nacional depende, em última análise, apenas do tipo de escolhas interpretativas desenvolvidas pelos juízes do Luxemburgo.

9. Resumindo, colocam-se, aqui, duas questões problemáticas, as quais – para além do mais – se sustentam reciprocamente. Por um lado, assistimos a uma radical transformação da maneira de entender os direitos subjectivos que, de produtos do confronto político positivado em regras jurídicas gerais e abstractas, passam a ser entendidos cada vez mais como resultado da actividade jurisdicional, positivamente interpretada na sua configuração plural, quer interna, quer externa aos confins nacionais. Esta actividade, de facto, é considerada particularmente idónea para individuar, por meio do diálogo recíproco entre os tribunais, os concretos e imprevisíveis casos da vida em todas as suas peculiaridades. Por outro lado, a análise factual de um instrumento chave de todo o sistema de diálogo interjurisdicional, como é o reenvio prejudicial ao TJUE, mostra como o próprio sistema é baseado em relações desequilibradas, dada a posição subserviente dos juízes nacionais perante o dever / poder do TJUE de estabelecer a interpretação “justa”.

A premissa inicial – mais juízes significa maior tutela dos direitos – está em risco de se tornar, em última análise, numa espécie de acto de fé na atitude do TJUE, independentemente de uma rigorosa análise comparativa das posições substantivas efectivamente tomadas pelo próprio tribunal com relação àquelas tomadas pelas diferentes jurisdições nacionais. E independentemente, também, da evidente diferença entre os Tratados europeus e (pelo menos algumas) Constituições nacionais dos países membros sobre a concreta configuração normativa do catálogo dos direitos: mais centrados nas liberdades, os primeiros; mais propensas a valorizarem, também, os direitos sociais, as segundas.

Numa palavra: do ponto de vista prático, entregar a tutela das posições subjectivas aos juízes, e não ao legislador, e, contemporaneamente, estruturar as relações entre os juízes com base num modelo piramidal, faz depender a tutela efectiva das posições subjectivas das determinações do sujeito posto no vértice da pirâmide, independentemente do número de patamares em que a pirâmide pode ser

estruturada. Num sistema como este, a qualidade da tutela não dependerá da quantidade dos sujeitos envolvidos, mas sim da atitude do sujeito ao qual o próprio sistema entrega a autoridade para pronunciar a última palavra. Última palavra - note-se bem - não sobre a decisão no caso concreto submetido a juízo nas diferentes instâncias jurisdicionais (o que seria normal e inevitável), mas sim sobre a interpretação das regras jurídicas aplicáveis para o caso, que se impõe assim como uniforme e homogénea para todos os níveis de juízo.

Tudo isso, aliás, não é contrariado pelas modalidades de aplicação concreta da disciplina europeia sobre o reenvio prejudicial, as quais estabelecem que o juiz de última instância não é obrigado a apresentar o pedido de reenvio prejudicial nos casos onde, à luz da jurisprudência anterior do TJUE, não haja dúvida sobre a interpretação do direito europeu. Em razão dessas modalidades aplicativas, para que possa ser reconhecida uma violação da obrigação jurídica de reenvio (com consequente condenação do Estado por violação do direito europeu), será necessário demonstrar que efectivamente o acto jurídico europeu cuja interpretação foi pedida não era claro (nem sequer “esclarecido”). Mas – este é o ponto – quando é que um acto normativo pode realmente ser considerado “claro”? Um acto normativo, enquanto elemento de um ordenamento, pode ser claro em si, e eventualmente também nas suas relações com os outros actos que compõem o ordenamento; mas podemos ter a certeza realmente de que sempre será claro, quaisquer que sejam os outros actos normativos com os quais estará em relação, nos casos concretos?<sup>45</sup>

Em última análise, parece difícil escapar à seguinte alternativa: ou admitimos que a clareza ou a falta de clareza de um acto é susceptível de avaliação objectiva; ou admitimos que a avaliação da clareza ou da falta de clareza de um acto cai na esfera de subjectividade de cada juiz, ao qual será portanto exigida – embora dentro as limitações metodológicas elaboradas pelo próprio TJUE – uma atitude interpretativa de cunho cognitivista.

Enquanto a segunda opção deixa vislumbrar o risco de um esvaziamento do sistema de garantia da interpretação uniforme do direito europeu pelo TJUE, a primeira não parece muito mais praticável, pois poderia conduzir a resultados paradoxais: com efeito, seria

---

<sup>45</sup> Cfr. M.P. Chiti, *op. cit.*, par. 5.

necessário afirmar, ao mesmo tempo, (1) que apenas os casos práticos podem realmente receber disciplina jurídica, de forma que, de um ponto de vista radicalmente anti-positivista (pelo menos no sentido do positivismo teórico)<sup>44</sup>, a tarefa dos juízes consistiria em desenvolver, dialogando entre si, uma adaptação criativa do direito geral abstracto aos casos específicos e concretos, e (2) que é possível avaliar objectivamente a clareza ou a falta de clareza de um acto normativo e que, se tal clareza não pode ser posta em dúvida, isso é porque existe acordo sobre a única interpretação “correcta” atribuível à disposição do direito europeu (ou seja, a interpretação que provém do Tribunal de Justiça). O paradoxo, portanto, está precisamente no facto de a ideia da interpretação como acto de “conhecimento” que permite individuar o significado “correcto” de uma disposição normativa (de forma que não seja necessário, em caso de dúvida, reenviar para um sujeito encarregado de estabelecer o mesmo significado), ser, precisamente, a ideia proposta pelo positivismo jurídico teórico<sup>45</sup>. Com a relevante diferença que, agora, a última palavra cabe a um tribunal, o que parece, quase, numa repetição do vetusto instrumento positivista do *référé législatif*, agora, porém, interno ao sistema jurisdicional: uma espécie de *référé jurisdictionnel*, cuja tarefa seria, mais uma vez, uniformizar as interpretações dos juízes, excluindo porém deste procedimento qualquer referência ao poder legislativo.

Em suma, por um lado insiste-se sobre a autonomia interpretativa dos juízes, por outro, tenta travar-se o inevitável subjectivismo que esta autonomia acaba por trazer consigo. Poderá ser interessante, a este propósito, voltar às motivações do acórdão com que o Tribunal da Relação de Guimarães se pronunciou pela violação, por parte do STJ,

---

<sup>44</sup> A propósito da distinção entre positivismo metodológico, teórico e ideológico cfr. Bobbio, 1961. Para uma definição de positivismo metodológico, veja-se por último, Guastini, 2007, 1575-1583, segundo o qual «il positivismo teorico è, grosso modo, la teoria del diritto, dominante nel secolo XIX: quel modo di vedere secondo cui le norme giuridiche (ivi incluse quelle consuetudinarie) sono interamente riducibili a comandi coattivi del sovrano politico (i.e., di un legislatore umano), un ordinamento giuridico è un insieme di norme completo e coerente, l'interpretazione del diritto è atto di conoscenza (non di volontà), la sua applicazione è attività logica deduttiva».

<sup>45</sup> Para uma reconstrução das diferentes maneiras de entender a interpretação jurídica cfr. Dogliani, 2006, 3179-3189.

da obrigação de reenvio prejudicial. Retomando as três excepções à obrigação de reenvio enunciadas pelo TJUE no mencionado acórdão *CILFIT* – a não pertinência da questão de direito da União para a resolução do litígio nacional; o facto de a norma em causa ter sido já objecto de interpretação por parte do TJUE; o facto de a aplicação do direito comunitário se impor com tal evidência que não deixe dúvida razoável sobre a solução do caso – o tribunal de segunda instância português pretendia que o caso em questão não deixasse ao STJ nenhuma margem de manobra para evitar o reenvio prejudicial, pois:

a) embora a disposição directamente em questão pertencesse ao direito interno, a mesma constituía uma transposição, no ordenamento português, de direito comunitário;

b) a questão interpretativa ainda não tinha sido objecto de decisão prévia pelo TJUE;

c) a aplicação do direito comunitário não era isenta de incerteza, dada a dúvida sobre a sua interpretação, suscitada pelo autor. Em particular, segundo o tribunal de recurso português, o STJ ter-se-ia louvado da «vetusta máxima» *in claris non fit interpretatio*, aplicada, ainda por cima, ao direito interno e desconsiderando o facto deste decorrer do direito comunitário, desvalorizando, desta forma, os princípios do primado do direito comunitário e da interpretação conforme<sup>46</sup>.

Ora bem, parece interessante sublinhar que, tanto a máxima *in claris non fit interpretatio* (segundo a qual quando uma lei é clara, então pode ser aplicada *sem* interpretação), quanto a ideia de que o juiz, em caso de dúvidas interpretativas, tem que recorrer para uma

---

<sup>46</sup> 65. Ora o STJ, no Acórdão certificado nestes autos a fls. 179-197, louvou-se na vetusta máxima «*in claris non fit interpretatio*» dum ponto de vista exclusivamente atinente ao direito interno, desprezando a origem comunitária dos normativos directamente aplicáveis à situação em apreço, sem justificar sequer a recusa do reenvio prejudicial no quadro da jurisprudência *CILFIT*, assim contrariando os princípios do primado do direito comunitário e da interpretação conforme, de que o reenvio prejudicial é um instrumento essencial, pondo em crise a pretendida uniformidade de interpretação e de aplicação do Direito Europeu em todos os Estados-Membros, bem como a coesão do sistema de protecção jurisdiccional da Comunidade e o princípio da tutela jurisdiccional efectiva dos direitos dos particulares, também constitucionalmente consagrado entre nós (art. 20º da CRP) e a merecer, consequentemente, o mesmo tratamento dos direitos fundamentais.

instância superior para obter uma interpretação autêntica (quase uma reedição – como já se disse – do instituto do *référé législatif*), reenviam em última análise para a mesma ideia, ou seja, a ideia de que é possível aplicar uma lei sem interpretá-la e, portanto, que o juiz, afinal, *tem que aplicar* uma lei sem interpretá-la<sup>47</sup>. Mas mesmo sem chegar a consequências extremas, se admitirmos uma tese (mesmo debilmente) cognitivista, segundo a qual existiriam casos (mais ou menos frequentes) em que os textos normativos incorporam um significado objectivo (mais ou menos vago), deduzível por meio da aplicação das regras sintácticas e semânticas da língua em que são formulados – tese que parece subentendida na ideia de que são possíveis casos de aplicação em que o direito (comunitário) se imponha com tal evidência que não deixe espaço para razoáveis dúvidas interpretativas –, então a máxima *in claris non fit interpretatio* não pode ser considerada “vetusta”.

A crítica do Tribunal da Relação de Guimarães parece então endereçada a uma interpretação *subjectiva* do direito interno (decorrente do direito comunitário), interpretação desenvolvida de forma a tornar “clara” uma disposição normativa que, segundo o juízo do próprio tribunal, não era clara<sup>48</sup>. Todavia, para além de subentender um conceito delimitado de interpretação (como solução de dúvidas em torno do significado e não como decisão do significado), esta crítica parece desvalorizar o facto de que, para além das referências de pendor ideológico à máxima *in claris non fit interpretatio*, a interpretação “literalista” do STJ está incluída naquele espaço discricionário de “decisão do significado” que é típico de qualquer actividade interpretativa, pois até uma interpretação literal pressupõe uma escolha por parte do intérprete, como, por exemplo, a escolha de deixar de lado possíveis interpretações extensivas ou restritivas<sup>49</sup>. Sendo assim, se a máxima *in claris no fit interpretatio* realmente fôr “vetusta” na medida em que implica a possibilidade de uma interpretação “mecânica” e

---

<sup>47</sup> Cfr. Guastini, 2011, 89-90.

<sup>48</sup> É o que parece pressupor a afirmação, no ponto 65, segundo a qual «o juiz nacional não pode prevalecer-se do seu convencimento subjectivo de que a interpretação que faz da norma de direito derivado é clara e que não lhe suscita dúvidas, antes se lhe impondo um juízo de prognose objectivo acerca do seu integral conteúdo e alcance» (itálico nosso).

<sup>49</sup> Pino, 2003, 59, cit. em Guastini, 2011, 402.



“servilmente fiel à letra da lei”<sup>50</sup>, então será difícil não reconhecer na decisão do STJ de não proceder ao reenvio prejudicial uma manifestação daquela mesma discricionariedade interpretativa que decorreria daquela tarefa, entregue aos tribunais, de adaptação criativa do direito geral abstracto aos casos específicos e concretos, já referida acima. Mais em geral, parece portanto bastante difícil estabelecer limites entre esta adaptação “criativa” e os casos em que, como presuposto pelo acórdão CILFIT, a aplicação do direito comunitário se imponha com uma tal evidência que não deixe espaço para dúvidas razoáveis em torno da solução do caso.

Por isso, em jeito de conclusão e com uma última referência ao caso inicial, o argumento mais forte em favor do reconhecimento da violação da obrigação de reenvio prejudicial, parece ser, enfim, o facto da pendência, no TJUE, de uma questão prejudicial (mas ainda não transitada em julgado) relativa, também, à 3ª Directiva Automóvel e que viria a dar lugar ao referido acórdão *Candolin*. Facto que, embora tenha sem dúvida alguma implicação normativa, não tem a ver, porém, com as escolhas interpretativas dos juízes.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bobbio, Norberto (1961), *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli
- Cartabia, Marta (2008), “La Costituzione italiana e l’universalità dei diritti umani”, em *Astrid Rassegna*, 63 ([www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)).
- Chiti, Mario P. (2012), “Il rinvio pregiudiziale e l’intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?”, em *La Giustizia amministrativa* ([http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi\\_contributi/Chiti-rinvio\\_sesta\\_sezione.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Chiti-rinvio_sesta_sezione.htm)), ponto 2.
- Costanzo, Pasquale, Mezzetti, Luca, Ruggeri, Antonio (2006), *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*, Torino, Giappichelli, Torino.
- Di Federico, Giacomo (2004), “Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?”, em *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1,

---

<sup>50</sup> *Idem, Ibidem.*

- Dogliani, Mario (2006), “Interpretazione”, em Cassese, Sabino (ed.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 3179-3189.
- Dogliani, Mario (2009), “L’amministrazione dei diritti fondamentali: un insolubile dilemma costituzionale”, em Fioravanti, Maurizio (ed.), *Costituzionalismo. Percorsi di storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza.
- Giovannetti, Tommaso (2010), “Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia”, em Passaglia, Paolo (ed.), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia* ([http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/CC\\_SS\\_Corti\\_costituzionali\\_rinvio\\_pregiudiziale\\_12012010.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Corti_costituzionali_rinvio_pregiudiziale_12012010.pdf))
- Guastini, Riccardo (2007), “Sostiene Baldassarre”, em *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1373-1383.
- \_\_\_\_\_ (2011), *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Luciani, Massimo (2006), “Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1643-1668.
- Mesquita, Maria José Rangel de (2010) “Irresponsabilidade do Estado-Juiz por incumprimento do Direito da União Europeia: um acórdão sem futuro”, em *Justiça Administrativa*, 79, 29-45.
- Pace, Alessandro (2003), *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale: Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, Cedam.
- Piçarra, Nuno (2010), “As incidências do direito da União Europeia sobre a organização e o exercício da função jurisdicional nos estados-membros”, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, 209-226.
- Pino, Giorgio (2003), *Il diritto all’identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, il Mulino.
- Pujol, José (2013), “Realismo jurídico alfacinha?”, em *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 1.º, 2013 (1.º semestre), pp. 83-114.
- Ruggeri, Antonio (2011), “Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della CEDU (a margine del caso Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio)”, em *Forum di Quaderni costituzionali* (<http://www.forumcostituzionale.it>)
- Silveira, Alessandra (2009), “Da (ir)responsabilidade do Estado-juiz por violação do Direito da União Europeia”, em *Scientia Iuridica*, LVIII, 320, 773-804.



## Notas sobre o direito a uma decisão judicial em prazo razoável na União Europeia

Ricardo Pedro

Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)

Universidade Nova de Lisboa

### Introdução

No presente artigo procuramos dar nota da contínua sedimentação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável no ordenamento jurídico da União Europeia (UE). A importância do estudo deste normativo justifica-se por se tratar de um dos direitos mais importantes de qualquer ordenamento jurídico, porquanto a inexistência de uma administração da justiça tempestiva equivale a uma administração da justiça denegada – ou seja, uma tutela retardada dificilmente assegurará qualquer direito substantivo que se venha a positivizar ou a julgar.

A oportunidade para o estudo deste direito revela-se, sobretudo, no momento em que se discute a eficácia da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), a soberania dos Estados-Membros (EM) e da própria UE, justamente porque de pouco vale a autonomização e perfeição jurídica dos direitos fundamentais se estes não puderem ser assegurados, nomeadamente, num tempo adequado!

Acresce que quando se está perante uma tutela multinível de direitos fundamentais que pode, em concreto, exigir a intervenção de tribunais pertencentes a diferentes ordenamentos jurídicos (*v.g.* tribunais nacionais, tribunais da UE e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH) mais premente se torna o conhecimento do direito que imponha uma garantia jurisdicional temporalmente proporcional.

Por fim, deve referir-se que o objecto deste estudo se restringe

à melhor compreensão do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, não se pretendendo esgotar o tema. Desde logo, não se aborda o impacto deste direito na conformação organizacional e processual do sistema de administração da justiça da UE ou ainda das consequências da violação deste direito no quadro do ordenamento jurídico da UE.

## 1. O direito a uma decisão judicial em prazo razoável

### *1.1 Considerações gerais*

I. O direito a uma decisão judicial em prazo razoável surge enquanto dimensão temporal da garantia de tutela judicial efectiva<sup>1</sup> e apresenta-se como um direito autónomo, ainda que instrumental do direito à tutela jurisdiccional efectiva<sup>2</sup>. O que significa que o tempo na administração da justiça é objecto de preocupação legislativa.

Todos os direitos conferidos pelo ordenamento jurídico da União Europeia, uma vez postos em crise e sempre que submetidos a apreciação judicial, deverão ser decididos em prazo razoável. Logo, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE<sup>3</sup>) e os Tribunais nacionais – estes, enquanto “tribunais europeus de Direito comum” – têm o dever de julgar em prazo razoável, pois, embora o tempo seja necessário para a demanda judicial, nunca poderá ser desproporcionado com a índole da questão a resolver.

Em suma, a eficácia de um sistema judicial dependerá estritamente da sua capacidade de satisfazer as pretensões que lhe forem solicitadas, o que só terá lugar se aquele funcionar num tempo adequado.

### II. O direito que agora nos ocupa pode encontrar-se já – desde

---

<sup>1</sup> Trata-se de um direito com uma forte dimensão prestacional que obriga à existência de meios materiais e humanos proporcionados pelos Estados - ou UE - de modo a garantir-se a efectividade ou a não violação da esfera jurídica dos administrados da justiça. O que na prática implica uma actuação que vai muito além da actividade dos Tribunais; desde logo, do legislador.

<sup>2</sup> Estamos perante direitos intimamente ligados, de tal modo que parecem identificar-se. Todavia, parece mais correcto serem compreendidos separadamente. Para mais desenvolvimentos, Pedro, 2011, 49-51.

<sup>3</sup> Optámos por usar sempre a terminologia dada pelos Tratados em vigor, mesmo que se trate de actos ou instituições que à data assumiam outra terminologia.

meados do século passado – reflectido nas decisões da *Supreme Court* dos EUA (v.g. *Smith vs Hooley*<sup>4</sup>) e, sobretudo, do TEDH (v.g. *Lawless*<sup>5</sup>).

Há muito que a Corte de Estrasburgo vem desenvolvendo uma vasta jurisprudência criativa e integrativa do direito a um processo em prazo razoável<sup>6</sup>. Por isso, e com razão, se refere que tem sido sob a égide do TEDH que se desenvolveu o sistema de direitos fundamentais mais emblemático e certamente o mais eficaz<sup>7</sup>. O seu prestígio tem sido acompanhado de um considerável aumento do número de recursos, o que revela que o indivíduo manifesta uma maior confiança num sistema de controlo elaborado há cinquenta anos e que este se mostra indispensável<sup>8</sup>. Trata-se de uma jurisprudência desenvolvida a partir do disposto no artigo 6.º/1 da Convenção Europeia do Direitos do Homem (CEDH).

### 1.2 Conceito de prazo razoável

I. O direito a uma decisão em prazo razoável é entendido como um conceito indeterminado ou aberto<sup>9</sup> que está consagrado para permitir a estimação da diligência funcional média exigível aos Estados no exercício das suas funções (de administração da justiça), estimação que resulta de factores variáveis em cada época, segundo a sensibilidade social e desenvolvimento efectivo dos serviços públicos.

Hoje é unânime que – pelo menos na *grande Europa*<sup>10</sup> – este conceito indeterminado deve ser aferido em concreto de acordo com os critérios adiantados pelo TEDH – na sua jurisprudência largamente sedimentada. Tal é o grau de aceitação desta doutrina, que a lei italiana relativa à responsabilidade civil do Estado por morosidade na administração da justiça, conhecida por “Lei Pinto”, remete expressamente para os critérios mobilizados por aquela Corte<sup>11</sup>.

---

<sup>4</sup> 393 US 374 (1969).

<sup>5</sup> De 1960. Todos os acórdão do TEDH encontram-se em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>.

<sup>6</sup> Cf. as várias decisões que se citam infra.

<sup>7</sup> Cf. Gaspar, 2010, 115.

<sup>8</sup> Cf. Bartolomé, 1994, 55.

<sup>9</sup> Sobre a noção de conceito indeterminado, entre muitos, Machado, 1983, 113 e 114.

<sup>10</sup> Referimo-nos à Europa dos 47 Estados contratantes da CEDH.

<sup>11</sup> Cf. artigo 2.º/2 da Lei n.º 89, de 24 de Março de 2001, alterada pelo Decreto-

II. O cômputo daquele prazo faz-se mediante a determinação do lapso temporal decorrido entre *o dies a quo* e *o dies ad quem*. É o número de dias que decorre entre o momento inicial e o momento final do processo ou o tempo morto que serve de base para que, em concreto, o juiz possa determinar se o prazo decorrido, uma vez confrontado com as pautas interpretativas do TEDH, é ou não razoável. A determinação deste prazo varia consoante se adopte uma perspectiva global ou pontual<sup>12</sup>.

A jurisprudência de Estrasburgo costuma distinguir o cômputo do prazo consoante se esteja perante o processo penal ou perante o processo civil.

Em processo penal, para o arguido, o processo tem início quando a pessoa é formalmente acusada ou quando, sendo ainda suspeito, esta condição tem repercussões importantes sobre a sua situação<sup>15</sup>. Já para o assistente, o prazo conta-se desde a data da constituição de assistente ou da dedução do pedido de indemnização cível<sup>14</sup> e termina (para o arguido e para o assistente) com o trânsito em julgado da causa.

Em processo civil inicia-se com a apresentação da petição inicial ou com a contestação<sup>15</sup>, isto é, inicia-se no primeiro momento em que as partes têm intervenção processual. Neste tipo de processos deve ter-se em conta a fase declarativa e a fase executiva<sup>16</sup>, ou seja, deve computar-se a execução das decisões judiciais transitadas em julgado como parte integrante do processo para efeitos do artigo 6.º/1 da CEDH<sup>17</sup>.

Por fim, deve ter-se presente que o tempo decorrido em instâncias

---

Lei n.º 201/2002, de 11 de Setembro e, entre outros, Martino, 2001, 1068-1091.

<sup>12</sup> O que se acaba de referir pode encontrar-se já e para outros desenvolvimentos em Pedro, 2011, 33 e ss.

<sup>13</sup> Entre muitos, Acórdãos do TEDH, de 16 de Novembro de 2000, caso Martins e Garcia Alves c. Portugal; de 31 de Outubro 2002, caso Gil Leal Pereira c. Portugal; e de 15 de Fevereiro de 2003, caso Louerat c. França.

<sup>14</sup> Acórdãos do TEDH, de 27 de Fevereiro de 2003, caso Hamer c. França; de 27 de Fevereiro de 2003, caso Textile Traders c. Portugal e de 3 de Abril de 2003, caso Sousa Marinho e Meireles Pinto c. Portugal.

<sup>15</sup> Acórdão do TEDH, de 23 de Abril de 1987, caso Erkner e Hofauner c. Áustria.

<sup>16</sup> Entre muitos, Acórdãos do TEDH, de 23 de Junho de 1986, caso Guincho c. Portugal; de 26 de Outubro de 1988, caso Martins Moreira c. Portugal e de 23 de Março de 1994, caso Silva Pontes c. Portugal.

<sup>17</sup> Acórdão do TEDH, de 6 de Julho de 2004, caso Bocancea c. Moldova.

de recurso deve ser tomado em consideração para o cômputo total do prazo a fim de examinar o carácter razoável da duração do processo<sup>18</sup>.

III. Como acima se afirmou, o TEDH desenvolveu vários critérios ou pautas interpretativas de objectivação daquele conceito aberto – prazo razoável – que os tribunais devem seguir. O que, desde logo, afasta o tratamento desta questão em abstracto e nos remete para um exame em concreto de modo a encontrar o conteúdo do prazo razoável.

Estes critérios – a) conduta do requerente; b) conduta das autoridades; c) importância do litígio e d) complexidade do processo – analisam-se separadamente, podendo, cada um deles levar a conclusões opostas sobre a violação do direito fundamental a uma decisão em prazo razoável. Posteriormente, valora-se a importância de cada conclusão e, finalmente, emite-se um juízo que integre as valorações parciais<sup>19</sup>. Vejamos em pormenor cada um deles.

#### *1.2.1 Conduta do requerente*

I. Parte-se do princípio que não se deve imputar ao recorrente a demora no processo que resulta do exercício dos seus direitos, nomeadamente do direito de recorrer ou de suscitar incidentes, mesmo que venha a verificar-se que não tinha razão<sup>20</sup>. Nestes casos, o requerente não faz outra coisa para além de “encher” de conteúdo o seu direito de modo a que o tribunal possa “ouvir” com exactidão os diversos matizes da sua causa.

Já “é compreensível que se considere abusivo que alguém se queixe de demora não razoável do processo, quando contribuiu decisivamente para isso com a sua conduta negligente ou intencional”<sup>21</sup>, isto é, quando a actividade da parte vá dirigida ao entorpecimento deliberado do processo.

II. De acordo com a jurisprudência da Corte de Estrasburgo, a conduta do recorrente só releva quando as iniciativas desencadeadas por este representem, manifestamente, uma atitude obstrucionista

---

<sup>18</sup> Acórdão do TEDH, de 8 de Março de 2001, caso Pinto de Oliveira c. Portugal.

<sup>19</sup> Cf. Olmeda, 2007, 111.

<sup>20</sup> Acórdão do TEDH, de 23 de Abril de 1987, caso Ernker e Hofaner c. Áustria.

<sup>21</sup> Neste sentido, Lima, 1990, 683.



ou objectivamente dilatária. O TEDH tem entendido que existem atitudes dilatárias, cujos atrasos não são imputáveis ao Estado por serem da responsabilidade do recorrente, em diversas situações. Entre outras, apontou as dilações indevidas originadas pelas solicitações do recorrente de adiamentos injustificados das audiências no processo; as motivadas por frequentes mudanças de advogado; as derivadas da sua não apresentação à perícia médica ou perante o tribunal, desde que devidamente citado; as situações de fuga do arguido; as dilações produzidas pelo não exercício razoavelmente diligente dos próprios direitos processuais que são da responsabilidade das partes na condução do processo.

O acima exposto não prejudica a asserção de que a responsabilidade última de assegurar o respeito pelo conteúdo essencial do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas cabe sempre aos Estados, não só quando o impulso compete legalmente aos poderes públicos, mas também quando a iniciativa é atribuída pelas normas processuais às partes. Isto quer dizer, na doutrina do Tribunal de Estrasburgo, que, nos processos em que vigora o princípio da iniciativa das partes (*v.g.* artigo 264.º do CPC), tal princípio não dispensa os tribunais de assegurar o direito a uma decisão em prazo razoável.

Em suma, não obstante reconhecer-se a exigência de uma atitude especialmente diligente às partes nos processos, tal não isenta a autoridade judicial dos deveres de vigilância na sua adequada condução<sup>22</sup>.

### *1.2.2 Conduta das autoridades*

O juiz do TEDH tem atendido não só ao comportamento das autoridades judiciais no processo, como também ao comportamento dos órgãos do poder executivo e do poder legislativo. É indiferente que haja violação do juiz, do tribunal ou de qualquer outra entidade dependente do tribunal em que corra o processo, pois o Estado é

---

<sup>22</sup> Durante algum tempo os órgãos da Convenção distinguiram o processo penal do civil. Neste, as partes estariam obrigadas a uma “diligência normal” destinada a activar o processo. O Estado português veio a invocar este argumento em vários processos e não foi procedente, pois o TEDH entendeu que o tribunal português não estava dispensado de assegurar a marcha do processo. Assim, Acórdãos do TEDH, de 10 de Junho de 1984, caso Guincho; de 8 de Junho de 1987, caso Baraona; de 26 de Novembro de 1989, caso Martins Moreira e Barreto, 1992, 103.

sempre responsável pela desorganização do aparelho judicial<sup>25</sup>.

De entre as dilações imputáveis ao Estado em cada caso concreto estão: i) as resultantes da estrutura organizativa dos órgãos judiciais e demais entidades públicas e ii) as dimanantes do deficiente funcionamento processual dos tribunais.

Quanto às primeiras, tem-se considerado como dilações indevidas organizativas, tanto as estruturais ou de sobrecarga dos tribunais, como as pontuais ou conaturais, com frequência concorrentes. Podem citar-se como exemplos: a existência de vagas de titulares de órgãos judiciais, a repetida mudança dos titulares dos mesmos ou qualquer outra motivada por razões organizativas específicas de qualquer dos poderes públicos que impliquem atrasos desnecessários.

Quanto às segundas, estão contempladas como dilações indevidas funcionais tanto as paralisações procedimentais específicas, habitual e frequentemente coincidentes com situação de sobrecarga de trabalho conjuntural ou estrutural, como as actuações processuais desnecessárias<sup>24</sup>.

### *1.2.3 Importância do litígio*

Este critério parte do pressuposto que o processo não pode ser considerado como um instrumento abstracto de realização de justiça, mas como um meio de satisfação dos interesses dos cidadãos, nunca podendo prescindir-se dos danos concretos que a sua especial natureza pode provocar. Trata-se de um critério que tem sido usado em processos que exigem uma celeridade especial, tendo assumido autonomia em processos que versam sobre emprego, indemnização por acidente rodoviário com consequências graves, que digam respeito a situações especiais como sejam pedidos de assistência social e regularização de estados civis, prisão preventiva, processos sobre o estado das pessoas e a iminência certa do falecimento do recorrente<sup>25</sup>.

Sistematizando, o TEDH tem analisado este critério numa dupla

---

<sup>25</sup> Acórdãos do TEDH, de 26 de Outubro de 1998, caso Martins Moreira c. Portugal; de 23 de Outubro de 1990, caso Moreira de Azevedo c. Portugal; e de 18 de Dezembro de 2000, caso Sapl c. França.

<sup>24</sup> Sobre as causas das dilações indevidas, entre outros, Pedro, 2011, 120-123.

<sup>25</sup> Para mais algumas notas sobre este tipo de processos, em especial das vítimas de contaminação com vírus da Sida contraído por causa de transfusões de sangue contaminadas em hospitais franceses, Fonseca, 2004, 359.

perspectiva: i) tendo em conta as circunstâncias específicas do interessado no contexto do caso concreto<sup>26</sup> e ii) tendo em conta a razão do conteúdo material do processo<sup>27</sup>. Por via deste critério, o TEDH esclareceu que a duração em abstracto considerada como razoável pode deixar de o ser no caso concreto, bastando para isso que o assunto sobre que o processo incide exija uma actuação mais imediata ou a prática de uma diligência urgente e excepcional por parte do tribunal<sup>28</sup>.

#### *1.2.4 Complexidade do processo*

Este critério ou pauta interpretativa<sup>29</sup> leva a que se considere no caso concreto as circunstâncias de facto e de direito, como sejam: o número de pessoas envolvidas (partes, peritos, testemunhas, etc.); o tipo, quantidade e extensão de peças processuais desenvolvidas no processo;<sup>30</sup> a quantidade de produção de prova, o tipo de competência técnica para tal e a eventual necessidade da sua recolha no estrangeiro<sup>31</sup> (que em regra demora mais tempo); a interacção com procedimentos administrativos e judiciais (sobretudo em contencioso administrativo, em que muitas das causas começam com um procedimento administrativo necessário para aceder à via judicial); a complexidade das questões de direito; o número de jurisdições envolvidas por via de recurso e a elaboração da conta.

A título de ilustração, o TEDH tem entendido que os factos que não exigem investigação ou são evidentes não podem ser qualificados de complicados, ainda que se trate de um crime de homicídio<sup>32</sup>. Contudo, já entendeu que existe alguma complexidade nos casos em

---

<sup>26</sup> Acórdão do TEDH, de 26 de Abril de 1994, caso Vallée.

<sup>27</sup> Acórdãos do TEDH, de 31 Março de 1992, caso X. c. França; de 26 de Agosto de 1994, caso Karakaia c. França; de 26 de Abril de 1994, caso Vallé c. França; e de 25 de Março de 1994, caso Silva Pontes c. Portugal.

<sup>28</sup> Neste sentido, Fonseca, 2004, 358.

<sup>29</sup> Diga-se, ainda que, como afirmação genérica, na maior parte dos casos submetidos ao TEDH este tem entendido inexistir complexidade do assunto ou da causa. Entre outros, Acórdãos do TEDH, de 24 de Agosto de 1993, caso Scuderi; e de 13 de Maio de 1992, caso Massa.

<sup>30</sup> Entre muitos, Acórdão do TEDH, de 8 de Julho de 1987, caso H. c. Reino Unido.

<sup>31</sup> Kutu, 2002, 594.

<sup>32</sup> Acórdão do TEDH, de 25 de Novembro de 1992, caso Abdoella.

que estão implicadas várias pessoas, quando os factos parecem relacionados com o interesse nacional, em questões materialmente delicadas em razão da matéria<sup>33</sup> e pela natureza do litígio<sup>34-35</sup>.

## 2. O direito a uma decisão judicial em prazo razoável no ordenamento jurídico da UE

### 2.1 Posição do TJUE

I. O sistema de protecção de direitos fundamentais da UE tem sido um sistema de criação jurisprudencial que conheceu várias fases de desenvolvimento<sup>36</sup>. Assim, por via da consideração dos direitos fundamentais – como parte integrante dos princípios gerais de Direito comunitário, cujo respeito é assegurado pelo TJUE no âmbito do qual a CEDH reveste um significado particular<sup>37</sup> – como que ocorre uma adesão informal e imperfeita da UE à CEDH<sup>38</sup>. A aceitação, desenvolvimento e incorporação dos direitos fundamentais desenvolvidos pelo TJUE, como ou enquanto “inerentes ao direito comunitário” e que deveriam ser objecto de protecção na UE, permite que se fale numa recepção material destes direitos<sup>39</sup>.

II. O TJUE – pelo menos desde de 1998 – reconhece o direito a uma decisão em prazo razoável, considerando-o um princí-

---

<sup>33</sup> Acórdão do TEDH, de 24 de Junho de 1995, caso Schuler-Zgraggen.

<sup>34</sup> Como sejam processos que afectam interesses dos particulares ao mesmo tempo que afectam interesses de uma comunidade inteira.

<sup>35</sup> Acórdãos do TEDH, de 10 de Dezembro de 1982, caso Foti; de 26 de Fevereiro de 1993, caso Billi; de 25 de Fevereiro de 1993, caso Dobbertin; de 24 de Junho de 1993, caso Schuler-Zgraggen; e de 30 de Outubro de 1991, caso Wiesinger.

<sup>36</sup> Dispensamo-nos de fazer a análise da evolução histórica do sistema de protecção de direitos fundamentais da União Europeia, nomeadamente das várias fases de desenvolvimento, porque já está feita. Entre nós e entre muitos, Ramos, 2001, *passim*; Medeiros, 2001, 227-294 e Duarte, 2004, 755-760.

<sup>37</sup> Neste sentido, entre outros, Acórdãos do TJUE, de 17 de Maio de 1974, processo 4/73, caso Nold e de 18 de Junho de 1991, processo C- 260/89, caso ERT. Sobre a competência do TJUE para fiscalizar a compatibilidade do Direito nacional com a CEDH, cf. Piçarra, 1998, 1395-1440.

<sup>38</sup> No acórdão do TJUE, de 28 de Outubro de 1975, processo 36/75, caso Rutili, é feita primeira menção expressa à CEDH.

<sup>39</sup> Neste sentido, entre outros, Gorjão-Henriques, 2001, 31 e Duarte, 2006, 94 e ss.

pio geral de direito comunitário<sup>40</sup>. O aresto que opôs a sociedade Baustahlgewebe GmbH à Comissão<sup>41</sup> demonstra que o TJUE reduziu a coima que havia sido aplicada àquela sociedade por ter entendido que o processo que correu no Tribunal Geral durante cinco anos e seis meses havia violado o direito a uma decisão em prazo razoável.

Neste acórdão, em síntese, estava em causa um pedido de anulação de uma coima aplicada pela Comissão à sociedade Baustahlgewebe GmbH em virtude desta ter desenvolvido práticas concertadas no sector da rede electrossoldada de betão e, subsidiariamente a redução da referida coima. O litígio tinha sido submetido no Tribunal Geral que tinha já anulado parcialmente a Decisão da Comissão e reduzido a coima inicialmente fixada em 4,5 milhões de ecus para 3 milhões de ecus.

O processo judicial decorrido no Tribunal Geral demorou 5 anos e meio e, de acordo com a recorrente, teria sido violado o direito a uma decisão em prazo razoável<sup>42</sup>; o princípio da imediação<sup>43</sup>; teria havido erro na apreciação da prova<sup>44</sup>; teria sido violado o direito de defesa (na vertente negação de acesso a documentos)<sup>45</sup>; e a decisão padeceria de falta de fundamentação<sup>46</sup>.

Diga-se já que o TJUE negou provimento a todos os fundamentos invocados pela recorrente com excepção do argumento sobre a violação do direito a uma decisão em prazo razoável<sup>47</sup>. O TJUE fez uma análise em concreto dos vários critérios de determinação do conceito de prazo razoável (importância do litígio para o interessado, complexidade do caso, comportamento do recorrente e comportamento das

---

<sup>40</sup> Cf. n.º 21 do Acórdão do TJUE, de 17 de Dezembro de 1998, processo C-185/95, caso Baustahlgewebe GmbH c. Comissão das Comunidades Europeias.

<sup>41</sup> Acórdão imediatamente citado.

<sup>42</sup> N.º 26 e ss.

<sup>43</sup> N.º 50 e ss.

<sup>44</sup> N.º 55 e ss.

<sup>45</sup> N.º 79 e ss.

<sup>46</sup> N.º 96 e ss. Para outros desenvolvimentos sobre alguns dos argumentos apreciados pelo Tribunal, Pallaro, 2000, 495-509.

<sup>47</sup> De acordo com as Conclusões do Advogado Geral Philippe Leger, apresentadas em 3 de Fevereiro de 1998, o princípio do direito a uma decisão em prazo razoável corresponde a um dos princípios que o TJUE tem por missão assegurar (cf. n.º 32).

entidades competentes<sup>48</sup>) vindo a decidir que “[ã] luz dos elementos que antecedem, deve concluir-se, tendo, embora, em conta a relativa complexidade do processo, que a tramitação no Tribunal de Primeira Instância ultrapassou as exigências do respeito do prazo razoável”<sup>49</sup>.

III. O TJUE volta a ser confrontado com o tema do direito a uma decisão em prazo razoável no acórdão *Limburgse Vinyl Maatschappij NV e outros c. Comissão*<sup>50</sup>. Trata-se de um processo, cujas diligências de instrução levadas a cabo no âmbito das normas da concorrência pela Comissão, remontam aos finais de 1983 e que culminaram com uma decisão da Comissão – por infracção do artigo 85.º/1 do Tratado que institui a Comunidade Europeia (actual artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE) – que aplicou uma coima a algumas empresas recorrentes.

O processo, que decorreu no Tribunal Geral, teve início em Outubro de 1995 e terminou em Abril de 1999, tendo, por isso, uma duração de cerca de 4 anos e meio. No entanto, desde o seu início (1983) até à decisão do TJUE (2002) decorreram cerca de 20 anos, sendo por isso adjectivado por alguns autores de “verdadeira saga épica”<sup>51</sup>.

Tal como no anterior aresto, neste o TJUE apreciou vários argumentos aduzidos pelas empresas recorrentes. Todavia, dada a economia deste estudo, limitamo-nos apenas a uma breve referência ao argumento do prazo razoável<sup>52</sup>. O Tribunal do Luxemburgo, seguindo a metodologia do Tribunal de Estrasburgo, esclarece que “o carácter razoável do prazo aprecia-se em função das circunstâncias próprias de cada processo e, designadamente, da importância do litígio para o interessado, da complexidade do processo, bem como do

---

<sup>48</sup> É assumido pelo TJUE e pelo Advogado Geral que o fundamento do direito a uma decisão em prazo razoável é o artigo 6.º/1 da CEDH, inclusive, citando-se jurisprudência do TEDH sobre esta matéria. (cf., respectivamente, n.º 29 do Acórdão do TJUE e n.º 46 das Conclusões do Advogado Geral).

<sup>49</sup> N.º 47.

<sup>50</sup> Acórdão do TJUE, de 15 de Outubro de 2002, processos C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99, caso *Limburgse Vinyl Maatschappij NV e outros c. Comissão*.

<sup>51</sup> Wesseling, 2004, 1141.

<sup>52</sup> Para uma apreciação dos argumentos aduzidos pelas partes e apreciados pelo TJUE, Wesseling, 2004, 1141-1155.

comportamento do requerente e das autoridades competentes”<sup>53</sup>.

Por um lado, o TJUE, entrando na apreciação do conceito de prazo razoável, aprecia a duração do processo administrativo levado a cabo pela Comissão<sup>54</sup>, considerando que se tratou de um prazo razoável. Por outro, avalia a duração do processo levado a cabo pelo Tribunal Geral<sup>55</sup>, determinando que a duração é justificada atendendo à particular complexidade do processo. E, por último, entra na análise da duração total do processo<sup>56</sup>, concluindo que o fundamento baseado na violação do direito a uma decisão em prazo razoável improcede na íntegra.

## *2.2 Posição dos Tratados*

### *2.2.1 Adesão da UE à CEDH*

I. Apesar de muito discutida a possibilidade de criação de um sistema autónomo de protecção de direitos fundamentais da União Europeia tal sistema apenas será conseguido com o Tratado de Lisboa. As opções adiantadas passavam pela atribuição de força vinculativa à CDFUE e/ou pela adesão da UE à CEDH. Com a ratificação do Tratado de Lisboa por todos os EM, passou a União Europeia, a partir de 1 de Dezembro de 2010, a dispor de um sistema de protecção de direitos fundamentais positivado por a União Europeia ter aderido à CEDH<sup>57</sup>.

Apesar deste primeiro passo formal no sentido da adesão, deve sublinhar-se que a consumação da adesão está dependente de um acordo que será celebrado pelo Conselho, por unanimidade, e sujeito a ratificação pelos EM (cf. Protocolo n.º 8<sup>58</sup> e artigo 218.º/8 do TFUE, segundo parágrafo), pelo que esta adesão não produz efeitos imedia-

---

<sup>53</sup> N.º 209.

<sup>54</sup> N.º 165 e ss.

<sup>55</sup> N.º 200 e ss.

<sup>56</sup> N.º 225 a 235.

<sup>57</sup> Antes desta adesão podiam encontrar-se referências à CEDH no Acto Único Europeu (cf. considerando preambulares n.ºs 3 e 5) e no Tratado de Maastricht (cf. art. F, n.º 2). Para outros desenvolvimentos, Gorjão-Henriques, 2001, 22 e ss.

<sup>58</sup> Protocolo (n.º 8) relativo ao artigo 6.º/2 do Tratado da União Europeia à adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que, abreviadamente, designamos de Protocolo n.º 8.

tos<sup>59</sup>. É neste sentido que se deve entender a referência à adesão.

Esta adesão reveste grande importância na medida em que, para além de partilhar da importância simbólica do mais prestigiado e elaborado instrumento europeu de declaração e garantia de direitos fundamentais – que se tornou uma imagem de marca europeia<sup>60</sup> – assume e incorpora no ordenamento jurídico da UE todo o *caudal* de jurisprudência proferido pelo TEDH ao longo de várias décadas.

A adesão aumenta o nível da tutela jurisdiccional efectiva – uma vez que os particulares passam a dispor de um outro meio jurisdiccional, especialmente um meio de defesa directa junto do TEDH –, o que permitiria suplantar a falta de meios processuais de garantia dos direitos fundamentais junto do TJUE.

Com a adesão, a Europa passa a contar com dois sistemas de protecção de direitos fundamentais. Aquele que é estabelecido pelo ordenamento jurídico da UE e o que é estabelecido pelo Conselho da Europa, especialmente pela CEDH. Todavia, nem a sua origem, nem o seu conteúdo, nem os seus objectivos e nem o seu âmbito territorial coincidem um com outro.

O primeiro tem sido um sistema pretoriano que visa assegurar o mercado interno mediante a correcta aplicação de normas de direitos fundamentais e está circunscrito a 27 países (pequena Europa), portanto, só incidentalmente tem tratado de assuntos relativos a direitos fundamentais e só tem protegido aqueles que mais se ajustem à realidade (hoje ainda muito economicista) da UE.

O segundo constitui um sistema de garantia de direitos fundamentais de corte humanista, concebido e aplicado em função do respeito da dignidade da pessoa humana, abrangendo 47 países (grande Europa)<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Por isto, alguns autores falam de uma “porta entreaberta à futura adesão da UE à CEDH”. Tratando-se de um “objectivo para concretização futura e, não dispensando uma nota de realismo, de desfecho muito incerto”. Assim, Duarte, 2010, 113.

<sup>60</sup> Para outras razões a favor e contra à adesão, Moreira, 2001, p. 95. Especificamente contra, Parecer n.º 2/94, de 28 de Março de 1996, processo C-468/95. Sobre este Parecer, entre outros, Rossi, 1996, 839-861 e Wachsmann, 1996, 467-491.

<sup>61</sup> Num sentido próximo, Cabalero, 2001, 476.



II. A adesão da UE à CEDH ocorre por via do disposto no artigo 6.º/2 do Tratado da União Europeia (TUE)<sup>62</sup> e, de acordo com o referido naquele preceito *in fine*, não altera as competências da União<sup>63</sup>, tal como definidas nos Tratados.

Acresce que, de acordo com o disposto no artigo 1.º do Protocolo n.º 8, a adesão “deve incluir cláusulas que preservem as características próprias da União e do direito da União, nomeadamente no que se refere: a) Às regras específicas da eventual participação da União nas instâncias de controlo da Convenção Europeia; b) Aos mecanismos necessários para assegurar que os recursos interpostos por Estados terceiros e os recursos interpostos por indivíduos sejam dirigidos correctamente contra os Estados-Membros e/ou a União, conforme o caso”.

Para concluir, nos termos do disposto no artigo 344.º do TFUE, “[o]s Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos”<sup>64</sup>.

A adesão implica uma vinculação que se reflete ao nível do âmbito objectivo – catálogo de direitos fundamentais –, e subjectivo – operadores que aplicam direito da União (EM<sup>65</sup> e instituições da UE) – que passam a poder ser controlados sob o ponto de vista dos direitos fundamentais.

Importa que fique claro que -<sup>66</sup>[u]ma das características próprias da União e da sua ordem jurídica é a de que, regra geral, a acção da União apenas produz os seus efeitos em relação aos particulares através das medidas nacionais de execução ou de aplicação”, pois

---

<sup>62</sup> Para uma breve visão histórica das várias propostas de adesão, entre outros, Moreira, 2001, 93.

<sup>63</sup> Nem as atribuições das suas instituições (Cf. artigo 2.º, 1.ª parte do Protocolo n.º 8).

<sup>64</sup> Também, de acordo com o artigo 3.º do Protocolo n.º 8 “nenhuma disposição do acordo a que se refere o artigo 1.º afecta o artigo 344.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”.

<sup>65</sup> Neste sentido, antes da entrada em vigor da CDFUE, Alston, 1990, 23 e ss.

<sup>66</sup> Cf. Documento de reflexão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre determinados aspectos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, disponível em: [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05convention\\_pt.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05convention_pt.pdf). De ora em diante designado de Documento de reflexão.

“(..) para assegurar a protecção dos seus direitos fundamentais contra a acção da União, os particulares devem normalmente recorrer às instâncias nacionais, designadamente aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros” e apenas o podem fazer “(..) após ter esgotado as vias de recurso internas, apresentar um recurso contra o Estado-Membro em causa no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Deste modo, ao contestarem medidas nacionais de aplicação ou de execução do direito da União, os particulares podem indirectamente pôr em causa a acção da União”<sup>67</sup>. Apesar desta regra, estando em causa actos das instituições da UE, não se compreenderia que estes pudessem ficar fora do controlo da sua conformidade com a CEDH pelo TEDH. Sendo isto certo, importa perceber como.

De acordo com o Documento de reflexão “(..) compete, assim, exclusivamente ao Tribunal de Justiça declarar, sendo caso disso, a invalidade de um acto da União (..)” e “[a] fim a preservar esta característica do sistema de protecção jurisdicional da União, importa evitar que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem possa decidir sobre a conformidade de um acto da União com a Convenção sem que o Tribunal de Justiça tenha tido previamente a oportunidade de se pronunciar definitivamente a este respeito”<sup>68</sup>.

Assim parece afirmar-se, por um lado, que cabe ao TJUE o controlo “primário” da conformidade de um acto da UE com a CEDH e, por outro, por defeito, deve estar assegurado o princípio da subsidiariedade inerente à CEDH (cf. artigo 35.º)<sup>69</sup>.

III. No que tange à sindicabilidade dos actos da UE pelo TEDH, a jurisprudência deste tribunal foi evoluindo. Antes da adesão da UE à CEDH havia um controlo indirecto (não directo porque à data a UE não era parte da CEDH) pelo TEDH do sistema jurídico da UE. Até ao

---

<sup>67</sup> Documento de reflexão, II, 5.

<sup>68</sup> Documento de reflexão, III, 8 e 9.

<sup>69</sup> “(..) importa dispor, a fim de respeitar o princípio da subsidiariedade inerente à Convenção e assegurar simultaneamente o bom funcionamento do sistema jurisdicional da União, de um mecanismo susceptível de garantir que, de forma efectiva, se possa submeter um litígio ao Tribunal de Justiça tendo por objecto a questão da validade de um acto da União antes de o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidir sobre a conformidade desse acto com a Convenção”, cf. Documento de reflexão, V, 12.

acórdão *Matthews c. Reino Unido*<sup>70</sup>, que se apresenta como uma jurisprudência de viragem, a jurisprudência nesta matéria caracterizava-se por um alto grau de condescendência e compreensão manifestada pelos órgãos do sistema da CEDH para com a realidade comunitária<sup>71</sup>. Neste aresto a Comissão (actual TEDH), apesar de não se pronunciar sobre o fundo da causa, não deixa de analisar o sistema institucional comunitário, em especial o papel do Parlamento Europeu na sua qualidade de órgão legislativo para efeitos de aplicação do disposto no artigo 3.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.

O estado actual da jurisprudência – após o acórdão *Bosphorus c. Irlanda*<sup>72</sup> – é de que o TEDH dispensa a apreciação do comportamento dos Estados aquando da aplicação de direito (por exemplo da UE) desde que seja assegurada uma protecção equivalente dos direitos previstos na CEDH, isto é, criou uma presunção de equivalência de protecção de direitos fundamentais quando um Estado execute decisões de organizações internacionais; presunção esta que será elidível, logo sob o controlo do TEDH.

A presunção será elidida sempre que se considerar que num caso concreto a protecção dos direitos da CEDH foi manifestamente deficiente. Esta jurisprudência foi testada no acórdão *Cooperatieve Producentenorganisatie Van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas*<sup>73</sup>, num procedimento perante o TJUE, tendo o TEDH concluído, que não deveria ser elidida a referida presunção<sup>74</sup>. À luz desta jurisprudência, alguma doutrina insiste que teria ocorrido uma adesão informal da UE à CEDH<sup>75</sup>.

IV. Com a adesão da UE à CEDH deve permitir-se a tutela formal dos direitos fundamentais no espaço da UE, nomeadamente admitindo-se um controlo externo dos actos da UE, para além dos actos dos EM em aplicação do direito da UE, isto é, um controlo que obrigue

---

<sup>70</sup> Petição n.º 24855/94, série A.

<sup>71</sup> Neste sentido e para outros desenvolvimentos sobre o tema, Cabalero, 2001, 474.

<sup>72</sup> Acórdão do TEDH, 30 de Junho de 2005. Sobre esta jurisprudência, Duarte, 2006, 413-420.

<sup>73</sup> Acórdão do TEDH, 20 de Janeiro de 2009.

<sup>74</sup> Neste sentido, também, Mesquita, 2010, 106.

<sup>75</sup> Harmsen, 2001, 641 e ss.

ao respeito pelos direitos fundamentais que impenda sobre os órgãos e instituições da UE.

A adesão permite que seja reivindicado o direito a uma decisão em prazo razoável sempre que seja submetido a julgamento direito da UE aplicado pelos EM ou pelas instituições da UE. Acresce que, quando não há uma via de recurso interna dos EM ou da UE que permita ao lesado queixar-se da violação do direito a uma decisão num prazo razoável, há também violação do artigo 13.º da CEDH<sup>76</sup>.

V. Como já referido, o direito a uma decisão em prazo razoável está previsto no artigo 6.º/1 da CEDH, sendo vasta a jurisprudência do TEDH sobre o tema (cf. *supra* 1). Por outro lado, sempre que aquele direito seja violado, deve ser garantido o direito à *reparação razoável* pelos danos causados (cf. artigos 6.º/1 e 41.º da CEDH). Todavia, a reparação razoável não repõe necessariamente a situação desejável de exercício efectivo do direito violado – não permitindo uma “reconstituição” da situação que existiria – se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

Acresce que se trata de uma jurisprudência com bastantes especificidades, não só em matéria de determinação do prazo razoável, como também no que toca à reparação de danos não patrimoniais.

No que tange à matéria de determinação do prazo razoável, para além do já referido, o TEDH tem entendido que nos processos administrativos e fiscais deve atender-se aos prazos consumidos em “recursos” administrativos necessários (obrigatórios) para aceder à via judicial<sup>77</sup>.

No que se refere à reparação dos danos causados pela violação do direito a uma decisão em prazo razoável, aquela jurisprudência insiste na admissão de uma *presunção de danos não patrimoniais*; na *uniformização do quantum indemnizatório em casos similares*; e na *compensação de danos não patrimoniais a pessoas colectivas*<sup>78</sup>.

Claro está que esta jurisprudência reflecte a lógica de um sistema judicial estatal. Portanto, sempre fica por saber se para o TEDH a

---

<sup>76</sup> Entre muitos, Acórdãos do TEDH, de 25 de Outubro de 2000, caso Kudla c. Polónia; e de 07 de Fevereiro de 2006, caso Donnadiou c. França.

<sup>77</sup> Vd. as referências doutriniais e jurisprudenciais citadas por Alves, 2006, 80.

<sup>78</sup> Sobre esta jurisprudência, Pedro, 2011, 131-152.

jurisprudência desenvolvida é aplicável, *tal qual*, às jurisdições internacionais ou se, pelo contrário, estas revelam características específicas que reivindicam um tratamento diferente. O TJUE não deixa de se referir às dificuldades inerentes à tramitação nos órgãos jurisdicionais comunitários, nomeadamente as resultantes do diferente regime linguístico<sup>79</sup> imposto pelo regulamento do processo do Tribunal Geral. A tal acrescerá a diferente formação e cultura jurídica dos EM.

### 2.2.2 Atribuição de força jurídica à CDFUE.

I. Para além da adesão da UE à CEDH, com o Tratado de Lisboa ocorreu a atribuição de força jurídica à CDFUE<sup>80</sup> (cf. artigo 6.º/1 do TUE). Assim, a CDFUE é hoje fonte autónoma de direito da UE. Todavia, nos termos do n.º 2 do Protocolo n.º 30 relativo à aplicação da CDFUE tal não é aplicável à Polónia e ao Reino Unido.

Por outro lado, do confronto do catálogo de direitos da CEDH com a CDFUE fica claro que esta Carta reconhece direitos que não constam do catálogo da CEDH, nomeadamente os referidos no artigo 1.º (dignidade do ser humano); no artigo 3.º (direito à integridade do ser humano); no artigo 8.º (protecção de dados pessoais) e no artigo 9.º (direito de contrair casamento e de construir família), apresentando um catálogo mais amplo<sup>81</sup>.

II. Para além de um elenco de direitos e princípios relativos à Dignidade (cf. Título I); Liberdade (cf. Título II); Igualdade (cf. Título III); Solidariedade (cf. Título IV); Cidadania (cf. Título V) e Justiça (cf. Título VI) a CDFUE dispõe de um Título dedicado à sua interpretação e aplicação (cf. Título VII). A estas normas de interpretação e aplicação a doutrina comumente dá o nome “cláusulas

---

<sup>79</sup> N.º 45 do Acórdão do TJUE, de 17 de Dezembro de 1998, processo C-185/95, caso Baustahlgewebe GmbH c. Comissão das Comunidades Europeias. O TJUE refere-se ainda no número anterior que os processos em questão requerem uma análise aprofundada da matéria de facto complexa.

<sup>80</sup> Antes da ratificação do Tratado de Lisboa a CDFUE não apresentava força jurídica vinculativa, mas apenas político-doutrinal.

<sup>81</sup> Para um elenco dos direitos da CDFUE, Quadros, 2009, 150 e ss. Para além dos direitos fundamentais residentes na CDFUE encontram-se também alguns direitos fundamentais dispersos pelos TUE (*e.g.* artigos 10.º e 11.º) e TFUE (*e.g.* artigos 17.º a 24.º, 75.º, 78.º, 79.º, 82.º, 151.º, 153.º, 157.º e 169.º).

horizontais” (cf. artigos 51.º a 54.º).

Estas normas tratam do âmbito de aplicação, da interpretação dos direitos e dos princípios, do nível de protecção e da proibição de abuso de direito. Quanto ao âmbito de aplicação dispõe que “[a]s disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados” (cf. artigo 51.º/1). Não tornando, a CDFUE, “o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados” (cf. artigo 51.º/2).

Por outro lado, de acordo com o disposto nos artigos 52.º/3, primeira parte e 53.º da CDFUE, o estalão mínimo de protecção é o conferido, nomeadamente pela CEDH “[n]a medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, *o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção*<sup>82</sup> (...)” (cf. artigo 52.º/3, primeira parte) e “[n]enhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a *Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.” (cf. artigo 53.º)

---

<sup>82</sup> De acordo com o preâmbulo da CDFUE “a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros tendo na devida conta as anotações elaboradas sob a autoridade do Praesidium da Convenção que redigiu a Carta e actualizadas sob a responsabilidade do Praesidium da Convenção Europeia”. E de acordo com estas anotações “Porém, com excepção do seu âmbito de aplicação, as garantias dadas pela CEDH são aplicadas de modo similar na União”. As anotações à CDFUE estão disponíveis em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303PT.01001701.htm>.

(itálicos nossos).

Todavia, nos termos do disposto no artigo 52.º/3, segunda parte da CDFUE, esclarece-se que “(...) *esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla*” (itálicos nossos), permitindo, deste modo, que os destinatários da CDFUE beneficiem de um regime mais favorável que os destinatários da CEDH<sup>85</sup>.

III. No que se refere ao direito a uma decisão em prazo razoável, o Título VI dedicado à Justiça positiva, entre outros, o direito a uma decisão em prazo razoável (cf. artigo 47.º). De acordo com o disposto no segundo parágrafo do artigo 47.º “[t]oda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e *num prazo razoável*, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo” (itálico nosso). Sem prejuízo de uma protecção mais ampla que a CDFUE possa permitir, o que importa ter presente é que sempre deve estar garantido o “*standard mínimo*”<sup>84</sup> conferido pela CEDH e interpretado pelo TEDH (cf. 5.º parágrafo do preâmbulo da CDFUE). Pelo que, para o que nos interessa – direito a uma decisão judicial em prazo razoável – não se poderá olvidar a jurisprudência do TEDH (cf. *supra* 2.2.1., V)<sup>85</sup>.

IV. Importa ainda referir que o sistema de protecção de direitos fundamentais criado pelos Tratados e pela CDFUE convoca não só a CEDH, a própria Carta, mas também o respeito pelas Constituições dos EM, pois, de acordo com o disposto no artigo 53.º, *in fine*, “[n]enhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação (...) pelas Constituições dos Estados-Membros”.

---

<sup>85</sup> Parece-nos que ou o TJUE segue atentamente a jurisprudência do TEDH ou a tendência para o surgimento de antinomias é muito forte, tendo como consequência a violação da CEDH.

<sup>84</sup> Neste sentido, entre outros, Medeiros, 2001, 267.

<sup>85</sup> No sentido de a adesão e de a uniformização da jurisprudência do TEDH no que toca à interpretação dos direitos fundamentais no espaço europeu ser algo que a adopção de um catálogo de direitos fundamentais só por si nunca poderá fazer. Cf. Welbroeck, 1996, 549-553.

Assim, para além de as Constituições nacionais imporem um nível de protecção<sup>86</sup> dos direitos fundamentais<sup>87</sup>, fica evidente que os poderes públicos estatais, quando actuam no âmbito de aplicação do direito da UE, e as próprias instituições da UE, estão sujeitos a um triplo catálogo de direitos fundamentais (CEDH, CDFUE e Constituições nacionais).

De acordo com alguns autores, “[a] Carta vem, assim, aumentar, pelo menos teoricamente, o grau de complexidade das relações normativas entre a Comunidade ou União Europeia e os Estados membros, na medida em que alarga as possibilidades de haver um duplo controle, nacional e comunitário, designadamente judicial, da conformidade de um conjunto de actos jurídicos com os direitos fundamentais segundo os mesmos padrões (diferentes interpretações da Carta), mas, sobretudo, segundo padrões distintos (Carta e Constituições)<sup>88</sup>. Pelo que, este “cruzamento” ou pluralidade de fontes não será isento de dificuldades aquando da sua efectividade<sup>89</sup>, tudo dependendo do tipo

---

<sup>86</sup> Alguns autores interpretam a jurisprudência do TJUE no sentido de ser assegurado um *standard* máximo garantido pelas Constituições dos EM. Neste sentido, Gomes, 1997, 45. Desviando-se do “enfoque maximalista” e elegendo o critério do “better law, ou seja, do parâmetro mais adequado à identidade e à sensibilidade constitucional próprias da Comunidade, distintas das de cada Estado-Membro”, cf. Piçarra, 1998, 1599-1400. Para uma apreciação do problema do nível de protecção conferido pelas Constituições do Estados-Membros, Medeiros, 2001, 269 e ss.

<sup>87</sup> Por um lado, tal nível de protecção oferecido pelas Constituições nacionais já vinha sendo afirmado pelo TJUE (cf. entre outros, Acórdãos do TJUE, de 17 de Dezembro de 197, processo 11/70, caso *Interanationale Handelsgesellschaft* e de 13 de Julho de 1989, processo 5/88, caso *Wachauf*) e, por outro, antes da Carta, embora em escassa escala, os Tribunais nacionais já tinham manifestado a ideia que as Constituições nacionais em certas situações oferecem um nível de protecção superior ao do sistema da UE (cf. Acórdão do *Bundesverfassungsgericht*, de 29 de Maio de 1974, “Solange I”). Para uma noção desta jurisprudência e sua evolução, Duarte, 2004, 758; sobre esta jurisprudência na óptica do diálogo jurisdicional do juiz da UE e do juiz constitucional, Piçarra, 1991, 43 e ss.

<sup>88</sup> Neste sentido, Andrade, 2001, 86 e Medeiros, 2001, 261.

<sup>89</sup> No caso português, a admitir-se um controlo de constitucionalidade (cf. artigos 204.º e 277.º) de quaisquer normas de direito da UE, alegadamente violadoras do núcleo essencial formado por normas e princípios que consagram direitos fundamentais e outros valores democráticos, tudo leva a crer que o juiz constitucional pode avocar a sua competência fiscalizadora. Não devendo em tal situação abdicar do mecanismo de reenvio prejudicial de interpretação



de direito em causa. Embora seja em matéria de direitos, liberdades e garantias que as antinomias possam ser mais frequentes, sobretudo se o seu conteúdo for determinável por interpretação jurídica<sup>90</sup>.

V. Partindo da asserção do Advogado Geral Philippe Leger de que “(...) todas as ordens jurídicas dos Estados-Membros reconhecem o direito a ser julgado num «prazo razoável»”<sup>91</sup>, importa referir que algumas Constituições admitem expressamente o direito a uma decisão judicial em prazo razoável. Assim acontece, nomeadamente, com a Constituição portuguesa (cf. artigo 20º/4), com a Constituição espanhola (cf. artigo 24º/2) e com a Constituição italiana (cf. artigo 111º § 2). Noutros ordenamentos, como o alemão, os tribunais superiores sustentam o direito a uma decisão em prazo razoável como base em diversos dispositivos constitucionais. O Tribunal Constitucional Federal alemão reconhece este direito no parágrafo 1 do artigo 2º conjugado com o parágrafo 3 do artigo 20º da Constituição Federal alemã<sup>92</sup>.

Centrando-nos sobre a Constituição portuguesa, deve esclarecer-se que a nossa Lei Fundamental se limita a enunciar o direito a uma decisão em prazo razoável sem dar qualquer pista sobre a sua interpretação (nomeadamente, a metodologia para aferir da razoabilidade). Assumindo que tal tarefa deverá caber ao órgão legitimado para o efeito, o Tribunal Constitucional (TC), deve referir-se que a jurisprudência constitucional sobre o direito a uma decisão em prazo razoável não é muito esclarecedora. Embora o TC assumia e reforce que “a prontidão na administração da justiça é fundamental para que o direito à tutela jurisdicional tenha efectiva realização. Ou seja: o direito de acesso aos tribunais também se concretiza através do direito

---

ou validade conferido pelo artigo 567º do TFUE. No sentido (i) do controlo da constitucionalidade, garantindo os princípios informadores e estruturantes da Constituição; e (ii) do uso do mecanismo de reenvio prejudicial, entre outros, Costa, 1998, 1376. A propósito das tomadas de posição do Tribunal Constitucional português sobre a relação do direito da UE com a Constituição, Gomes/Duarte, 2010, 703-718.

<sup>90</sup> Neste sentido, Andrade, 2001, p. 87.

<sup>91</sup> Cf. Conclusões do Advogado Geral Philippe Leger, apresentadas em 3 de Fevereiro de 1998, já citadas.

<sup>92</sup> Assim, Fischer, 1991, 97.

a uma decisão judicial sem dilações indevidas(...)”<sup>95</sup>. Sublinhando<sup>94</sup> e bem “que não pode exagerar-se na preocupação de *celeridade*, pois uma rapidez excessiva, que se traduzisse num ‘ritmo processual trepidante’, prejudicaria a ponderação das partes e a do próprio tribunal, podendo comprometer o acerto da decisão, quando o certo é que a finalidade primeira do processo é *fazer justiça*”.

Uma vez afirmada pela jurisdição constitucional a garantia processual do direito à tutela jurisdicional efectiva na sua dimensão temporal, exigindo-se prontidão da administração da justiça sem que tal comprometa a qualidade da decisão, este órgão parece dar mais um passo para o apuramento do parâmetro de racionalidade, afirmando o direito a uma decisão em prazo razoável como o direito “pela obtenção do órgão jurisdicional competente [de] uma decisão dentro dos prazos legais pré-estabelecidos, ou, no caso de esses prazos não estarem fixados na lei, de um lapso temporal proporcional e adequado à complexidade do processo”<sup>95</sup>.

### 3. Conclusões

O direito a uma decisão em prazo razoável surge como a dimensão temporal da garantia de tutela jurisdicional efectiva e o conceito de prazo razoável deve entender-se como um conceito indeterminado, que deverá ser aferido em concreto. Para esta aferição devem ter-se em conta – pela sua elevada valia – os parâmetros de razoabilidade desenvolvidos pelo Tribunal de Estrasburgo: i) conduta do requerente; ii) conduta das autoridades; iii) importância do litígio para o interessado; e iv) complexidade do processo.

---

<sup>95</sup> Acórdãos do TC n.º 223/95, de 26 de Abril de 1995, processo 712/93 e n.º 646/98, de 17 de Novembro de 1998, processo 446/97. Todos os acórdãos do TC citados podem encontrar-se em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

<sup>94</sup> Mesmo antes de 1997, data da revisão constitucional que introduziu o direito a uma decisão em prazo razoável, já tal direito era aceite pela doutrina nacional e afirmado pelo Tribunal Constitucional. Neste sentido, com referências jurisprudenciais, Fonseca, 2008, 214-215.

<sup>95</sup> Acórdão do TC n.º 223/95, de 26 de Abril de 1995, processo n.º 712/93. Cf. também o Acórdão do TC n.º 248/02, de 4 de Junho de 2002, processo n.º 89/2002. Apesar de não muito esclarecedora, esta jurisprudência não deve ser entendida no sentido de o mero incumprimento dos prazos gerar automaticamente uma dilação indevida, mas sim que apenas as dilações injustificadas violam o disposto no artigo 20.º/4 da Constituição.

Não se trata de um direito desconhecido do ordenamento jurídico da União Europeia, contando-se já com, pelo menos, duas decisões do Tribunal de Luxemburgo sobre o problema da prontidão da administração da justiça europeia, nomeadamente, pela consideração do tempo decorrido em processos judiciais que decorreram no Tribunal Geral.

Com os Tratados em vigor convencionou-se a há muito desejada adesão da UE à CEDH cuja concretização ainda está dependente do acordo a ser ratificado por todos os EM. Esta adesão, para além da força simbólica que convoca a “incorporação” de uma fonte de direito com o mecanismo mais efectivo de garantia de direitos humanos na Europa, traz consigo os problemas de harmonização dos direitos aí consagrados com as especificidades da UE e a jurisprudência do TJUE. Estes problemas serão postos em evidência não só por causa da vastidão da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo no que tange à concretização do direito a uma decisão em prazo razoável, mas também porque se trata de uma jurisprudência com especificidades, não só na determinação da razoabilidade, com ainda no modo de reacção à violação do prazo razoável.

O sistema de protecção de direitos fundamentais da UE conta, desde 2009, com uma Carta de direitos fundamentais. Trata-se de um documento com um catálogo de direitos mais amplo que os direitos constantes na CEDH. De entre os direitos consagrados encontra-se o direito a uma decisão em prazo razoável. Para além da novidade do catálogo, a Carta disciplina a sua própria interpretação, garantindo o respeito pelo *standard* de protecção assegurado pela CEDH e pelas Constituições dos EM.

Portugal desde 1997 que consagra constitucionalmente o direito a uma decisão em prazo razoável. Apesar de a jurisprudência constitucional nacional ainda não ter densificado o conceito de prazo razoável, o *standard* de protecção garantido pela Constituição portuguesa terá de ser tido em conta na interpretação e aplicação do direito a uma decisão em prazo razoável conferido pela Carta. Face à falta de densificação do direito a uma decisão em prazo razoável, quer pela pelas jurisdições nacionais, quer pelo ordenamento da UE, verifica-se que a compreensão do direito a uma decisão em prazo razoável não pode de modo algum ficar alheia à jurisprudência do TEDH.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alston, Phillip (1990), *The EU and Human Rights*, Oxford, OUP.
- Alves, Jorge de Jesus Ferreira (2006), *Como processar o Estado no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e nos tribunais nacionais por violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Porto, Legis.
- Ayala, Diniz de/Medeiros, Rui/Correia, Sérvulo (2002), *Estudos de direito processual administrativo*, Lisboa, Lex.
- Andrade, José Carlos Vieira de (2001) “A Carta Europeia dos Direitos fundamentais e as Constituições nacionais”, AAVV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 83-89.
- Barreto, Ireneu Cabral (1992), “Notas para um processo equitativo - Análise do artigo 6.º da CEDH à luz da jurisprudência da Comissão e do TEDH”, *Documentação e Direito Comparado*, 49-50, 70-133.
- Cabalero, Susana Sanz (2001), “El control de los actos comunitarios por el TEDH” *Revista de Derecho comunitario Europeo*, 10, 473-513.
- Canotilho, Gomes e Moreira, Vital (1991), *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora.
- Costa, Cardoso da (1998), “Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”, AAVV, *Ab Vno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*, sl, Coimbra Editora, 1363-1380.
- Correia, Sérvulo / Ayala, Diniz de / Medeiros, Rui (2002), *Estudos de direito processual administrativo*, Lisboa, Lex.
- Duarte, Maria Luísa (2004), “O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do ‘triângulo judicial europeu’”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Lisboa, Coimbra Editora, 755-760.
- \_\_\_\_\_ (2006), *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*, Lisboa, AAFDL.
- \_\_\_\_\_ (2007), “O modelo europeu de protecção dos direitos fundamentais: dualidade e convergência”, *Revista de Estudos Europeus*, Associação Interuniversitária de Estudos Europeus, Coimbra, Ano 1, n.º 1, Janeiro-Junho, p. 31-42.
- \_\_\_\_\_ (2010), *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Lisboa, Almedina.
- Duarte, Maria Luísa / Gomes, Carla Amado (2010), “O Tribunal Constitucional Português e a Garantia de Aplicação do Direito da

- União Europeia”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. I, Lisboa, Almedina, 703-718.
- Fonseca, Isabel Celeste M. (2004), ”Do novo contencioso administrativo e do direito à justiça em prazo razoável”, in *Estudos em comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 339-383.
- \_\_\_\_\_ (2008), “O Direito a um processo à prova de tempo: um apelo Kairos”, In *Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 201-247.
- Fischer, Alfred (1991), “Le ‘délai raisonnable’ et la jurisprudence allemande”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2(5), 95-98.
- Gomes, Carla Amado (1997) *A Natureza Constitucional do Tratado da União Europeia*, Lisboa, Lex.
- \_\_\_\_\_ (2008), “O Tratado de Lisboa. Ser ou não ser ... reformador (eis a questão)”, *Revista do Ministério Público*, 29(114), 7-50.
- Gomes, Carla Amado / Duarte, Maria Luísa (2010), “O Tribunal Constitucional Português e a Garantia de Aplicação do Direito da União Europeia”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. I, Lisboa, Almedina, 703-718.
- Gorjão-Henriques, Miguel (2001), “A evolução da protecção dos direitos fundamentais no espaço comunitário”, AAVV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 17-38.
- Harmsen, Robert (2001), “National responsibility for European Community acts under the European Convention on Human Rights: recasting the accession debate”, *EPL*, 7, 625-649.
- Kuty, Franklin (2002), *Le droit à un procès équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise en 2001*, J.L.M.B.
- Lima, Joaquim Pires de (1990), “Considerações acerca do direito à justiça em prazo razoável”, Separata, *Revista da Ordem dos Advogados*, 50(II), 671-701.
- Machado, João Baptista (1983), *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina.
- Araceli Manzón-Cabeja Olmeda (2007), *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Madrid, Grupo Difusión.
- Medeiros, Rui (2001), “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado

- português”, in *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, Lisboa, AAFDL, 227-294.
- Medeiros, Rui / Ayala, Bernardo Diniz de / Correia, Sérvulo (2002), *Estudos de direito processual administrativo*, Lisboa, Lex.
- Mesquita, Maria José Rangel (2010), *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Lisboa, Almedina.
- Moreira, Vital, (2001), “A carta e a adesão da UE à Convenção Europeia de Direitos do Homem”, AAVV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 89-101.
- Pallaro, Paolo (2000), “Il diritto all’equo processo nell’ordinamento giuridico comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 493-509.
- Pedro, Ricardo (2011) *Contributo para o estudo da responsabilidade civil do Estado por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável ou sem dilações indevidas*, Lisboa, AAFDL.
- Piçarra, Nuno (1991), *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal e o processo do artigo 177º do Tratado CEE*, Lisboa, AAFDL.
- (1998), “A competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeia para fiscalizar a compatibilidade do Direito nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, AAVV, *Ab Vno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*, sl, Coimbra Editora, 1393-1440.
- Quadros, Fausto (2009), *Direito da União Europeia*, Lisboa, Almedina.
- Ramos, Rui Manuel Moura (2001), “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais”, *Studia iuridica*, 61, Coimbra, Coimbra Editora.
- Rossi, L.S. (1996), “Il parere 2/94 sull’adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, *Il diritto dell’Unione europea*, 839-861.
- Wachsmann, P. (1996), “L’avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l’adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 467-491.
- Welbroeck, Michel (1996), “La Cour de Justice et La Covention Européenne des Droits de L’Homme”, *CDE*, 5/6, 549-555.
- Wesseling, Rein (2004), “Joined Cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99

P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P and C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) and Others v. Commission*, [2002] ECR I-8575”, *Common Market Law Review*, 4, 1141-1155.







Ana Guardião  
André Santos Campos  
António Marques  
Cristina Nogueira da Silva  
Francesco Pallante  
Giovanni Damele  
Paulo Barcelos  
Paulo Tunhas  
Regina Queiroz  
Ricardo Pedro  
Rui Bertrand Romão  
Teresa Bravo

*Biblioteca Colloquia* é uma série do Instituto de Filosofia da Nova destinada à publicação de atas de colóquios, seminários ou workshops realizados no âmbito das actividades desta unidade de investigação.



IFILNOVA  
INSTITUTO  
DE FILOSOFIA  
FCSH/NOVA



EPLAB  
LAB.  
ÉTICA E  
FILOSOFIA  
POLÍTICA  
IFILNOVA

**FCT**

Fundação para a Ciência e a Tecnologia  
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

