



## Universidades Lusíada

Pereira, Cláudia Sofia Pacheco Dias

### O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a questão das minorias

<http://hdl.handle.net/11067/7497>

#### Metadados

<b>Data de Publicação</b>	2023
<b>Resumo</b>	<p>Os Direitos Humanos relacionados com as minorias constituem questões relativamente recentes e que são sobretudo uma preocupação no plano europeu e internacional. As minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas não merecem mais do que uma referência no texto da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), enquanto reflexo de fatores de discriminação proibidos pelo artigo 14.º, mas isso não tem impedido o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) de afirmar a importância da prote...</p> <p>Human Rights related to minorities are relatively recent issues and are mainly a concern at a European and international level. National, ethnic, religious or linguistic minorities deserve no more than a reference in the text of the European Convention on Human Rights (ECHR), as a reflection of factors of discrimination prohibited by article 14, but this has not stopped the European Court of Human Rights (ECHR) to affirm the importance of protecting people belonging to minorities and to conclud...</p>
<b>Palavras Chave</b>	Relações Internacionais, Direitos humanos - Princípio da não discriminação, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Minorias - Direitos Fundamentais
<b>Tipo</b>	masterThesis
<b>Revisão de Pares</b>	Não
<b>Coleções</b>	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-09-21T10:27:31Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

*Mestrado em Relações Internacionais*

**O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a Questão das Minorias**

**Realizado por:**

Cláudia Sofia Pacheco Dias Pereira

**Orientado por:**

Prof. Doutor Paulo Jorge Ribeiro de Azevedo Amorim

Porto, 2023

Dissertação de Mestrado em Relações Internacionais

Autora: Cláudia Sofia Pacheco Dias Pereira

Orientador: Professor Doutor Paulo Jorge Ribeiro de Azevedo Amorim

Universidade Lusíada do Porto

2023

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria, antes de tudo, de agradecer à Universidade Lusíada do Porto pela sua excelência e acompanhamento ao longo dos anos académicos, pelas amizades que me proporcionou e sobretudo pelo desenvolvimento pessoal.

Um agradecimento especial ao Prof. Doutor Paulo Jorge Ribeiro de Azevedo Amorim, que aceitou orientar a minha dissertação de mestrado.

Para a realização deste estudo foi crucial o apoio de algumas pessoas que me ajudaram e que sem elas não teria conseguido.

Aos meus pais e irmão que sempre me apoiaram e incentivaram ao longo de toda a minha vida escolar e académica.

Ao meu pai, professor e Historiador Fernando Pereira, que revelou uma especial delicadeza e atenção, os seus conselhos e sugestões bem como a permanente valorização do trabalho desenvolvido e entusiasmo contagiante.

*“The political machine triumphs because it is a united minority acting against a divided majority.”*

- William James Durant

## RESUMO

Os Direitos Humanos relacionados com as minorias constituem questões relativamente recentes e que são sobretudo uma preocupação no plano europeu e internacional.

As minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas não merecem mais do que uma referência no texto da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), enquanto reflexo de fatores de discriminação proibidos pelo artigo 14.º, mas isso não tem impedido o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) de afirmar a importância da proteção das pessoas pertencentes a minorias e de concluir pela violação de disposições da CEDH em casos em que a pertença a uma minoria nacional, étnica, religiosa ou linguística foi considerada determinante para o tratamento dispensado pelos Estados demandados a indivíduos ou grupos sob sua jurisdição.

No início, os assuntos das minorias estavam proximamente ligados às liberdades religiosas. O Tratado de Vestefália, de 1648, concedeu direitos a determinadas minorias religiosas, e posteriormente a atenção mudou para as minorias étnicas. O final da Primeira Guerra Mundial, em 1918, conduziu à dissolução do Império Otomano e do Império Habsburgo. Na Europa Central, emergiu o princípio da autodeterminação nacional e foram criadas leis para as minorias. Além disso, celebraram-se tratados de paz bilaterais e multilaterais, também com disposições específicas para a proteção das minorias. Depois da Primeira Guerra Mundial, a Sociedade das Nações foi responsável pela monitorização dos níveis de proteção concedidos a grupos minoritários. Após a Segunda Guerra Mundial, a proteção das minorias foi substituída por instrumentos que protegiam os direitos humanos individuais e liberdades, baseados nos princípios da não discriminação e igualdade. Assim, a Segunda Guerra Mundial marcou o fim dos regimes de minorias na Europa Central, suplantados pela ideologia comunista da unidade dos trabalhadores. As minorias foram pressionadas a adaptar-se à cultura do regime ideológico dos Estados comunistas. Depois dos eventos de 1989 e da consequente dissolução do Império Soviético, a afiliação ou atribuição nacional e étnica começou a desempenhar um papel importante. A identidade nacional e o sentimento de pertença a um grupo étnico ou nação tornou-se, em determinados casos, o veículo para a criação de novos Estados ou para a reclamação da independência nacional.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Minorias; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; Convenção Europeia dos Direitos Humanos; Igualdade; Princípio da Não Discriminação

## ABSTRACT

Human Rights related to minorities are relatively recent issues and are mainly a concern at a European and international level.

National, ethnic, religious or linguistic minorities deserve no more than a reference in the text of the European Convention on Human Rights (ECHR), as a reflection of factors of discrimination prohibited by article 14, but this has not stopped the European Court of Human Rights (ECHR) to affirm the importance of protecting people belonging to minorities and to conclude that provisions of the ECHR have been violated in cases where belonging to a national, ethnic, religious or linguistic minority was considered decisive for the treatment given by States sued to individuals or groups under its jurisdiction.

In the beginning, minority affairs were closely linked to religious freedoms. The 1648 Treaty of Westphalia granted rights to certain religious minorities, and attention subsequently shifted to ethnic minorities. The end of the First World War in 1918 led to the dissolution of the Ottoman Empire and the Habsburg Empire. In Central Europe, the principle of national self-determination emerged, and laws were created for minorities. In addition, bilateral and multilateral peace treaties have been concluded, also with specific provisions for the protection of minorities. After the First World War, the League of Nations was responsible for monitoring the levels of protection granted to minority groups. After the Second World War, the protection of minorities was replaced by instruments that protected individual human rights and freedoms, based on the principles of non-discrimination and equality. Thus, the Second World War marked the end of minority regimes in Central Europe, supplanted by the communist ideology of workers' unity. Minorities were pressured to adapt to the culture of the ideological regime of communist states. After the events of 1989 and the subsequent dissolution of the Soviet Empire, national and ethnic affiliation or attribution began to play an important role. National identity and the feeling of belonging to an ethnic group or nation became, in certain cases, the vehicle for the creation of new states or for the claim of national independence.

**Keywords:** Human Rights; European Court of Human Rights; European Convention on Human Rights; Equality; Principle of Non-Discrimination

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Agenda Europeia de Migração – AEM

Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR

Centro Europeu pelos Direitos do Povo Cigano – ERRC

Comité para a Prevenção da Tortura – CPT

Constituição da República Portuguesa - CRP

Convenção Europeia dos Direitos Humanos – CEDH

Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres  
- CEDAW

Convenção sobre os Direitos das Crianças - CRC

Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH

Grande Chambre – GC

Organização das Nações Unidas – ONU

Organização Internacional para as Migrações - OIM

Organização Não Governamental – ONG

Sistema Entrada/Saída – SES

Sistema Europeu de Informação de Informação e Autorização de Viagem - ETIAS

Sistema de Informação Schengen – SIS

Sistema de Informação sobre Vistos – VIS

Tribunal Constitucional - TC

Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – TEDH

União Europeia – UE

## LISTA DE FIGURAS

- Figura 1 – Esquema simplificado sobre a tramitação de uma queixa perante uma formação judicial .....pág.59
- Figura 2 – Hungria (migrantes forçados impedidos de entrar na fronteira do país.....pág.116
- Figura 3 – Itália (embarcação com migrantes forçados circula sobrelotada no Mediterrâneo) .....pág.121

## SUMÁRIO

---

<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	pág.3
<b>RESUMO</b> .....	pág.5
<b>ABSTRACT</b> .....	pág.7
<b>LISTA DE SIGLAS E ABREVISTURAS</b> .....	pág.8
<b>LISTA DE FIGURAS</b> .....	pág.9
<b>SUMÁRIO</b> .....	pág.10
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	pág.12
<b>1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	pág.14
1.1. A MAGNA CARTA (1215) – <i>MAGNA CHARTA LIBERTATUM</i> .....	pág.14
1.2. A LEI DE HABEAS-CORPUS – INGLATERRA 1679 .....	pág.17
1.3. A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DE INGLATERRA (1689) – <i>BILL OF RIGHTS</i> .....	pág.20
1.4. OS DIREITOS HUMANOS ANTES DE 1789 .....	pág.21
1.5. A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789) – REVOLUÇÃO FRANCESA .....	pág.23
<b>2. A IMPORTANTE INFLUÊNCIA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789 NAS CONSTITUIÇÕES PORTUGUESAS</b> .....	pág.31
2.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1822 .....	pág.34
2.2. A CONSTITUIÇÃO DE 1911 .....	pág.36
2.3. A CONSTITUIÇÃO DE 1933 .....	pág.37
2.4. A CONSTITUIÇÃO DE 1976 .....	pág.44
<b>3. O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	pág.51
3.1. A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS .....	pág.51
3.2. A JURISPRUDÊNCIA DO TEDH .....	pág.57
3.2.1. A ADMISSIBILIDADE DO TEDH .....	pág.57
3.2.2. AS MODIFICAÇÕES ESTRUTURAIS DO TEDH .....	pág.62
3.2.3. O ANTIGO SISTEMA “ <i>TWO-TIER</i> ” .....	pág.63
<b>4. AS PERSPECTIVAS DE INCLUSÃO E DO RECONHECIMENTO DAS DIFERENÇAS IDENTITÁRIAS DO TEDH</b> .....	pág.67
4.1. INCLUSÃO SOCIAL E O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO .....	pág.72

<b>5. LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA E DO TEDH EM MATÉRIA DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS, ASILO E FRONTEIRAS</b> .....	pág. 100
5.1. O ESPAÇO SCHENGEN .....	pág. 102
5.2. REQUERENTES DE ASILO .....	pág.106
5.3. A QUESTÃO DOS MIGRANTES FORÇADOS .....	pág.107
5.3.1. A QUESTÃO DA MIGRAÇÃO FORÇADA NA HUNGRIA .....	pág.108
5.3.2. A QUESTÃO DA MIGRAÇÃO FORÇADA EM ITÁLIA .....	pág.117
5.4. A QUESTÃO DOS CURDOS .....	pág.124
5.4.1. O CASO SELAHATTIN DERMITAS CONTRA A TURQUIA .....	pág.125
<b>6. OS DIREITOS DAS MULHERES NA PERSPETIVA DO TEDH</b> .....	pág.134
6.1. CASOS JULGADOS NO TEDH .....	pág.137
6.1.1. O CASO EMEL BOYRAZ CONTRA A TURQUIA .....	pág.137
6.1.2. O CASO S.A.S. CONTRA A FRANÇA .....	pág.138
6.1.3. O CASO V.C. CONTRA A ESLOVÁQUIA .....	pág.141
6.1.4. O CASO P. E S. CONTRA A POLÓNIA .....	pág.144
6.1.5. O CASO R. R. CONTRA A POLÓNIA .....	pág.146
6.1.6. O CASO S.Z. CONTRA A BULGÁRIA .....	pág.147
6.1.7. O CASO A. CONTRA A CROÁCIA .....	pág.149
<b>7. O TEDH E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE RELIGIÃO</b> .....	pág. 150
7.1. O CASO LEYLA SAHIN CONTRA A TURQUIA (2005) .....	pág. 154
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	pág.157
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	pág.158

## INTRODUÇÃO

A Globalização, impulsionada no início do século XX e a multiculturalidade das sociedades contemporâneas, desde cedo despoletaram uma verdadeira homogeneidade civilizacional, algo que evidencia o reconhecimento e a integração da diferença de identidades. A multiculturalidade das sociedades contemporâneas tem sido o centro de reflexões sobre as relações entre cultura e Direito e entre diversidade cultural e prática jurídica. Os contextos étnicos e culturais são constitutivos da identidade individual e coletiva e, portanto, deve-se assegurar que as minorias e as suas identidades sejam respeitadas a partir do quadro legislativo e judicial. Por esta razão, iremos apresentar e desenvolver no trabalho uma série de conceitos-chave que consideramos serem essenciais para uma interpretação das decisões jurídicas que são relevantes tanto nos quadros normativos internacional, europeu, assim como nacional.

Nesse sentido, o trabalho apresenta sete diferentes capítulos. No capítulo I, abordamos os antecedentes históricos dos Direitos do Homem, desde a Antiguidade até à Revolução Francesa. No Capítulo II, analisamos o contributo das Declarações de Direitos Humanos, nomeadamente da Revolução Francesa, os quais foram inseridos nas Constituições portuguesas no período compreendido entre 1922 e 1976. A partir do Capítulo III, passamos a tratar do quadro normativo de Direito internacional dos Direitos Humanos, aplicável ao campo da proteção às minorias, trazendo-se os respetivos mecanismos aplicáveis à proteção das minorias e a forma como tal aplicação vem sendo operada neste contexto (destacando-se, aqui, a atuação do TEDH). Apresentamos o Guia Prático de Admissibilidade do TEDH. O sistema de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, introduzido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assenta no princípio da subsidiariedade. Incumbe, em primeiro lugar, aos Estados Partes na Convenção garantir a sua aplicação, devendo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem intervir apenas onde os Estados faltaram ao seu dever. No Capítulo IV, abordamos a inclusão social e o princípio da não-discriminação. A partir da análise factual dos casos de intolerância e racismo (artigo 14º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos), julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, pretendemos identificar os atuais quadros atinentes à promoção da inclusão social e do reconhecimento das diferenças no

continente europeu. A Teoria Reconstitutiva do Direito de Jürgen Habermas e a Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth permitem-nos expor as lacunas jurisprudenciais no que respeita aos Direitos Humanos individuais e na sociedade. No capítulo V, tratamos da legislação da União Europeia e do TEDH, em matéria dos fluxos migratórios, asilo e fronteiras, expondo diversos casos jurídicos tratados pelo TEDH, como última instância, no quadro Europeu, tendo como exemplo prático a questão das migrações forçadas na Hungria e Itália e ainda a questão dos Curdos. Posteriormente, e não menos importante, falamos no Capítulo VI dos direitos das mulheres na perspectiva do TEDH, levantando casos julgados determinantes para a compreensão do tratamento dado à mulher em situações de precariedade e violação dos seus direitos individuais, étnicos, religiosos. O último capítulo retrata a liberdade de expressão e de religião, que são direitos fundamentais em muitas Constituições nacionais, estando presente também nos diplomas jurídicos internacionais. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem apresenta a jurisprudência mais robusta na temática da liberdade religiosa e permite-nos, por este, avaliar quais as diretrizes e os posicionamentos ali adotados.

O desenvolvimento deste trabalho baseia-se num tipo de investigação predominantemente bibliográfica e documental, focando-se num pluralismo metodológico e teórico para integrar e articular uma variedade de perspectivas e atitudes pragmáticas de pesquisa.

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DOS DIREITOS HUMANOS

### 1.1. A MAGNA CARTA (1215) - *MAGNA CHARTA LIBERTATUM*

A Magna Carta inspirou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, introduzindo no mundo um símbolo de liberdade, devendo ser lembrada e comemorada como início da luta pelos direitos humanos fundamentais, de luta pela liberdade, pela igualdade, pela democracia, pela supremacia da lei sobre todos os fatores sociais.

A democracia ateniense e a República romana foram destruídas pela vaga imperial que se estabeleceu a partir do século IV a.C.: primeiro, com Alexandre Magno e em seguida com Augusto e seus sucessores. Com a extinção do império romano do Ocidente, em 453 da era cristã, teve início uma nova civilização, constituída por instituições clássicas, valores cristãos e costumes germânicos.

Na sequência do desmembramento do Império Romano, as Ilhas Britânicas seguiram uma história autónoma<sup>1</sup>. A Magna Carta, que significa “A Grande Carta”, em latim “Magna Charta Libertatum”, foi emitida originalmente pelo rei João de Inglaterra (1166 - 1216) como uma solução para a crise política de 1215. Assim, a Magna Carta estabeleceu pela primeira vez na História o princípio de que todos, inclusive o rei, estavam sujeitos à lei. Embora ao longo das décadas tenha sido várias vezes reescrita e quase todas as cláusulas tenham sido revogadas nos tempos modernos, este documento continua a ser um dos principais pilares da Constituição britânica e inspiração para outros Estados<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Só com a conquista de Guilherme I (1066 - 1087) foi que Inglaterra assentou os marcos de uma futura organização política. Os celtas (tribos da Europa Central de origem semítica), os romanos, os saxões e os nórdicos, que antecederam os normandos na conquista da Inglaterra, não conseguiram assentar aqueles marcos. Reis como Artur (saxão), Alfredo (saxão), Canuto (dinamarquês), Eduardo o Confessor (anglo-saxão), estabeleceram as bases rudimentares de um sistema de governo, baseado no poder sem limites do Rei. Guilherme I (Duque da Normandia – O Conquistador), ao ser coroado, jurou manter as leis e costumes anglo-saxónicos, respeitar os direitos feudais, temer e venerar a Igreja.

<sup>2</sup> British Library, “*Magna Carta: An Introduction*”, 28 de julho de 2014.

Na Inglaterra vigorava o regime feudal, quando ocorreram as Cruzadas<sup>3</sup> onde seguiram muitas figuras da monarquia, incluindo reis. Como consequência, surgiram inúmeras disputas políticas e civis, que inspiraram poetas e filósofos de épocas mais recentes<sup>4</sup>.

Ricardo Coração de Leão, em 1189, partiu para as Cruzadas; no entanto, acabou por ser aprisionado por Leopoldo da Áustria por longos anos. Como resultado, o seu irmão João Sem Terra, assumiu o trono, o que desagradou profundamente aos seus súbditos, tendo sido um alívio até para a nobreza quando Ricardo regressou, uma vez que João Sem Terra usou e abusou dos privilégios que a Corte Pontifícia lhe assegurou.

Entretanto, como Ricardo Coração de Leão faleceu, João Sem Terra regressou ao governo e, desta vez, empreendeu expedições militares. Os nobres impuseram então a João Sem Terra a assinatura da Magna Carta. Segundo o Professor Luiz Pinto Ferreira, de Teoria do Estado e de Direito Constitucional, “A Magna Carta encerra uma época histórica e reabre uma outra, devendo ser entendida como a crisálida ou o modelo imperfeito das Constituições posteriores”.

Em 2015, o Jornal Britânico *The Guardian* publicou um artigo intitulado “How wartime Britain planned to give the U.S. a copy of the Magna Carta.” O artigo revelou que a Biblioteca Britânica, durante a Segunda Guerra Mundial, entregou uma cópia da Magna Carta aos EUA para os bajular. O objetivo de Inglaterra era ajudar a reunir a opinião pública americana no apoio à Guerra. Este primeiro empréstimo ultramarino da Magna Carta foi feito a conselho do Departamento de Comércio Exterior, que esperava que, ao reafirmar as origens das liberdades britânica e americana, a exibição desse documento fortalecesse as relações anglo-americanas.

---

<sup>3</sup>As Cruzadas foram uma série de conflitos militares de carácter religioso travadas por grande parte da Europa cristã contra ameaças externas e internas.

<sup>4</sup> Originaram obras históricas como a História de Robin Hood e Ivanhoé, da autoria de Walter Scott, introdutor do romantismo na Inglaterra, resultando na organização política da Inglaterra.

<sup>4</sup> Cardoso, António Manuel Bandeira, “A Magna Carta – Conceituação e Antecedentes”, R. Inf. Legisl. Brasília 23 nº91, jul/set 1986

A Magna Carta atraiu assim grandes multidões na Feira Mundial e, após a eclosão da Guerra em setembro de 1939, foi decidido que a Magna Carta de Lincoln estaria mais segura nas mãos do governo dos Estados Unidos do que devolvida a Inglaterra<sup>5</sup>.

*“Somos considerados um povo calculista e de sangue-frio, e o nosso fracasso em mostrar cordialidade para dizer isso talvez seja a maior razão pela qual o respeito americano por nós nunca se transforma numa amizade calorosa e imprudente como eles sentiram para com os franceses. Se pudéssemos, pelo menos uma vez na vida, abandonar a nossa cautela e oferecer o nosso bem mais precioso aos nossos melhores amigos, o efeito seria incalculável, tanto hoje como no futuro. Os corações americanos seriam agitados e a resistência à plena participação na luta atual seria grandemente reduzida. Para dizer o mínimo, as nossas relações financeiras tornar-se-iam mais fáceis de administrar e provavelmente receberíamos ajuda vital no mar mais cedo do que receberíamos de outra forma. Noa anos do pós-guerra, quando chegar o dia do ajuste de contas, sempre será lembrado para o nosso crédito que, embora possamos ser incapazes de enfrentar as nossas dívidas, demos gratuitamente o mais sagrado dos nossos emblemas nacionais. E afinal, possuímos quatro exemplares da Magna Carta”<sup>6</sup>.*

Diz-se que existem quatro cópias originais da Magna Carta. A cópia de Lincoln, declarada em melhor estado de conservação, a cópia de Salisbury e duas cópias que estão sob os cuidados do Museu Britânico. A cópia de Lincoln (atualmente na Biblioteca do Congresso) está normalmente sob os cuidados do Reitor e Capítulo da Catedral de Lincoln. Antes que possa ser doado pela nação, presumivelmente esta última teria de adquirir o título para ela.

Churchill, em *“A History of the English – Speaking Peoples, Volume 1, The Birth of Britain”*, escreveu sobre a Magna Carta: *“No lugar do despotismo arbitrário do Rei, eles (os barões) propuseram, não a anarquia fulminante do separatismo feudal, mas um sistema de freios e contrapesos que dariam à monarquia a sua força necessária, mas impediram a sua perversão por um tirano ou um tolo. Os líderes dos barões em 1215 tateou na penumbra em direção a um Princípio fundamental (...) O Costume e a Lei devem estar acima do Rei. Foi esta ideia, talvez apenas parcialmente compreendida, que deu unidade e força à oposição dos barões e tornou imperecível a Magna Carta que eles agora exigiam”<sup>5</sup>.*

---

<sup>5</sup> Glueckstein, F., *“Proposal by Churchill to gift Magna Carta”*, *International Churchill Society*, junho 2018

<sup>6</sup> Ministério Inglês das Relações Externas, 18 de março de 1941

Reza assim a 3ª Cláusula da Magna Carta:

*“Nenhum Homem livre será capturado ou preso, ou privado dos seus direitos ou posses ou declarado fora da lei ou exilado ou privado da sua posição de qualquer outra forma, nem procederemos com força contra ele, ou enviaremos outros para fazê-lo, exceto por o julgamento legal dos seus iguais pela lei da Terra. A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”* (Terceira Cláusula da Magna Carta).

Esta cláusula dava a todos os homens livres o direito à justiça e a um julgamento justo. No entanto, os “homens livres” compreendiam apenas uma pequena proporção da população da Inglaterra medieval. A maioria das pessoas eram camponesas não-livres conhecidos como “vilões”, que só podiam procurar justiça nos tribunais dos seus próprios senhores.

Embora a maioria das cláusulas da Magna Carta tenham sido revogadas, os muitos usos divergentes que foram feitos dela desde a Idade Média moldaram o seu significado na era moderna e tornou-se um poderoso grito de guerra internacional contra o uso arbitrário de poder<sup>1</sup>.

## 1.2. A LEI DE HABEAS-CORPUS – INGLATERRA 1679

O *Habeas Corpus* é uma Lei do Parlamento, ainda em vigor nos dias de hoje, que garante que nenhum homem pode ser preso ilegalmente. *Habeas Corpus* significa que se pode ficar com o corpo (se os procedimentos legais forem cumpridos). Pode ser estranho; no entanto, na época medieval, era uma expressão usada para trazer um prisioneiro ao tribunal. Mas mais tarde foi usado para lutar contra a detenção arbitrária pelas autoridades.

Em 1215, a Magna Carta declarava que ninguém poderia ser preso ilegalmente e o primeiro uso registado dessa disposição foi em 1305. Mas o *Habeas Corpus*, como o conhecemos hoje, não foi transformado em lei até 1679. Foi suspenso em 1793, quando houve preocupações de que a Revolução Francesa pudesse inspirar rebelião na Inglaterra. Também foi suspenso várias vezes no século XX. A detenção sem acusação foi empregada na Primeira e Segunda Guerra Mundiais e durante muitos períodos do conflito na Irlanda do Norte e no final do século XX.

Hoje, a detenção sem acusação está de volta à agenda política nos debates em torno da legislação antiterror<sup>7</sup>.

Nas colónias britânicas da América do Norte, na época da Revolução Americana, os direitos de *Habeas Corpus* eram popularmente considerados como uma das proteções básicas da liberdade individual. A Constituição garante que o privilégio “*não será suspenso, salvo quando, em casos de rebelião ou invasão, a segurança pública o exigir*” (Art. I Habeas Corpus). Na Inglaterra tal suspensão ocorreu durante a Revolução Francesa.

Nos Estados Unidos, o Presidente Abraham Lincoln<sup>8</sup> (1809-1865) suspendeu o mandato por proclamação executiva no início da Guerra Civil de 1861. O ato presidencial foi contestado pelo chefe de justiça Roger Taney<sup>9</sup>, que argumentou vigorosamente que o poder de suspensão residia apenas no Congresso. Lincoln ignorou a ordem do Tribunal, mas o peso da opinião moderna parece apoiar a visão de Taney.

Os usos modernos de *Habeas Corpus* nos Estados Unidos foram bastante variados. Em meados do século XX, a interpretação expansiva da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre os direitos constitucionais dos acusados de crime levou à apresentação de muitas petições de *habeas corpus* por prisioneiros, contestando as suas condenações. Essa interpretação foi gradualmente reduzida pela Suprema Corte e pelo ato do Congresso nos últimos anos do século<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup>British Library, “*Storming of the Bastille*”, 2006

<sup>8</sup>Abraham Lincoln foi um político norte-americano que serviu como o 16º presidente dos Estados Unidos, posto que ocupou de 4 de março de 1861 até seu assassinato em 15 de abril de 1865.

<sup>9</sup>Roger Brooke Taney foi procurador-geral dos Estados Unidos de 1831 a 1833, Secretário do Tesouro dos Estados Unidos entre 1833 e 1834, e chefe de Justiça dos Estados Unidos de 28 de março de 1836 a 12 de outubro de 1864, data da sua morte. Foi o primeiro católico a ter lugar na Suprema Corte dos Estados Unidos.

<sup>10</sup>Britannica, *The Editors of Encyclopaedia*, “*Habeas Corpus*”, agosto de 2019

Profundamente enraizada na jurisprudência anglo-americana, a lei do *Habeas Corpus* também foi adotada nos Estados Unidos. James Madison, em 1789, defendeu a adoção da *Bill of Rights*, incluindo o *Habeas Corpus*. John Marshall (1755-1835), um político e advogado americano que serviu como o quarto Juiz-Chefe dos Estados Unidos, enfatizou a importância do *habeas corpus*, afirmando que “o grande objetivo do *habeas corpus* é a libertação daqueles que podem ser presos sem justa causa”. A Suprema Corte dos EUA reconheceu que o mandato de *Habeas Corpus* é o instrumento fundamental para salvaguardar a liberdade individual contra a ação arbitrária e ilegal e deve ser administrado com a iniciativa e flexibilidade essenciais para garantir que erros judiciais ao seu alcance sejam trazidos à tona e corrigidos.

Atualmente, o *Habeas Corpus* é usado principalmente como um recurso pós-condenação para presos estaduais ou federais que questionam a legalidade da aplicação de leis federais que foram usadas nos processos judiciais que resultaram na sua detenção. Outros usos de *Habeas Corpus* incluem casos de imigração ou deportação e questões relativas a detenções militares, procedimentos judiciais perante comissões militares e condenações em tribunais militares. O *Habeas Corpus* atua principalmente como um mandato de inquérito, expedido para testar as razões ou fundamentos da contenção e detenção. O mandato constitui, assim, uma salvaguarda contra a prisão dos detidos em violação da lei, ao ordenar às autoridades competentes a apresentação de motivos válidos para a detenção. Assim, o mandato visa obter alívio imediato do *impeachment* ilegal, ordenando a libertação imediata, a menos que haja razões e fundamentos legais suficientes.

Em termos de revisão de *Habeas Corpus* de sentenças capitais, a regra de retroatividade aplica a sentenças capitais e novas regras de interpretação constitucional anunciadas após a condenação do réu não podem ser aplicadas retroativamente em casos de *habeas corpus*. A esta regra geral da retroatividade só existem duas exceções:

- 1) Quando uma decisão posterior coloque determinada conduta ou arguido fora do alcance da lei penal que condenou o arguido;
- 2) Quando uma decisão posterior reconhece um direito processual fundamental, o que pode ter um impacto significativo na probabilidade de condenação precisa;<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Cornell Law School, “*Habeas Corpus*”, Legal Information Institute, março de 2022

### 1.3. A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DE INGLATERRA (1689) – *BILL OF RIGHTS*

A Declaração de Direitos deriva da Magna Carta (1215), da Declaração de Direitos Inglesa (1689), da luta colonial contra o rei e o Parlamento e de um conceito de igualdade gradualmente ampliado entre o povo americano. A Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, redigida principalmente por George Mason, foi um precursor notável. Além de serem axiomas de governo, as garantias da Declaração de Direitos têm força legal obrigatória. Atos do Congresso em conflito com eles podem ser anulados pela Suprema Corte dos EUA, quando a questão da constitucionalidade de tais atos surgir em litígio.

A Constituição proíbe a suspensão do *Habeas Corpus*, salvo em caso de rebelião ou invasão (artigo 1º); proíbe projetos de leis estaduais ou federais e leis; exige que todos os crimes contra os EUA sejam julgados por Júri no Estado em que foram cometidos (III,2); limita a definição, julgamento e punição de traição; proíbe títulos de nobreza (I,9); e provas religiosas para cargos públicos (VI); garante uma forma republicana de governo em todos os Estados (IV,4); assegura a cada cidadão os privilégios e imunidade dos cidadãos dos vários Estados (IV,2).

A insatisfação popular com as garantias limitadas do corpo principal da Constituição expressa nas convenções estaduais convocadas para ratificá-la levou a demandas e promessas que o primeiro Congresso dos Estados Unidos cumpriu, ao submeter aos Estados 12 emendas. Dez foram ratificados. A segunda das 12 emendas, que exigia que qualquer mudança na taxa de remuneração dos membros do Congresso entrasse em vigor, somente após a eleição subsequente na Câmara dos Representantes, foi ratificada pela Vigésima Sétima Emenda em 1992. O Senado recusou-se a submeter a emenda de James Madison (aprovada pela Câmara de Representantes) protegendo a liberdade religiosa e o julgamento por júri contra violação pelos Estados.

De acordo com a Primeira Emenda, o Congresso não pode fazer nenhuma lei respeitando o estabelecimento de uma religião ou proibindo o seu livre exercício; ou cerceando a liberdade de expressão ou imprensa; ou o direito de reunião e petição de reparação de queixas. A hostilidade aos exércitos permanentes encontrou expressão na garantia da Segunda Emenda do direito do povo de portar armas e na proibição, na Terceira Emenda, do aquartelamento involuntário de soldados em casas particulares<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Britannica, The Editors of Encyclopaedia, "Bill of Rights", junho de 2023

#### 1.4. OS DIREITOS HUMANOS ANTES DE 1789

Entendemos por Direitos Humanos os direitos fundamentais que são indispensáveis para que o Homem possa viver com dignidade. Devem ser universais, permanentes, irrenunciáveis, inalienáveis e invioláveis e efetivos por qualquer Estado que se preze na defesa e respeito pleno dos Direitos Humanos.

Nos Estados civilizados, estes mesmos Direitos devem estar inseridos na lei fundamental (Constituição) para assim se conseguir maior segurança e garantia na sua aplicação.

A maioria dos debates sobre Direitos Humanos teve origem nos séculos XVII - XVIII. O Século das Luzes ou Iluminismo foi um grande movimento intelectual que ocorreu durante esses dois séculos na Europa. Pensadores iluministas que defendiam os ideais da Burguesia e condenavam o absolutismo vigente, o mercantilismo e a sociedade controlada pelo Estado, defendiam novas formas de organização da política, da economia e da sociedade.

Para os filósofos iluministas, a razão era considerada como a “única forma de extinguir o obscurantismo e de atingir a verdade absoluta, o bem e a liberdade do Homem.” A partir do Renascimento, o Homem abandona as visões teocêntricas e passa a desenvolver o racionalismo, substituindo a religião pela ciência, os acontecimentos milagrosos por observações dos fenômenos naturais<sup>13</sup>.

Segundo Manoel Ferreira Filho, “esta cosmovisão tem cinco ideias força, que se exprimem pelas noções de Indivíduo, Razão, Natureza, Felicidade e Progresso”.

---

<sup>13</sup> Caldeira, Giovana Crepaldi, “Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, 2009

Muitas ideias iluministas foram utilizadas durante a Revolução Francesa:

John Locke (1632-1704), no 2º Tratado sobre Governo Civil, de 1681, estabelece como sendo Direitos Naturais ao ser humano o direito à vida, à liberdade e à propriedade, o que também pode ser designado como Jusnaturalismo (leis da Natureza), sendo o direito à vida o mais elementar. A liberdade é um direito amplo, como liberdade de pensamento, de reunião, de opinião. Todos têm direito à propriedade privada e os governos dos Estados existem para preservar esses mesmos direitos e, quando desrespeitados, devem ser condenados pelo povo.

O contrato social é um pacto de consentimento em que os Homens concordam em formar a sociedade civil para preservar e consolidar os seus direitos que possuíam originalmente no Estado de Natureza.

Montesquieu (1689-1755) elaborou a separação dos poderes do Estado em Executivo, Legislativo e Judicial. A tese da República exposta por Montesquieu acerca das diversas formas de governo (despóticos, monárquicos e republicanos) repousa em vários argumentos empregados na vida cívica desde os tempos que antecedem o Renascimento. As instituições e a investigação a respeito da natureza da democracia comprovam a prevalência do estado aristotélico e ciceroniano. Em relação à questão dos costumes, Montesquieu inspira-se em Maquiavel e no humanismo cívico, para afirmar que a natureza e o princípio do governo estão associados numa junção que une bons costumes e boas leis. Os costumes e as maneiras são práticas que as leis não estabeleceram, ou não puderam, ou não quiseram estabelecer. Há esta diferença entre as leis e os costumes: as leis regem mais as ações do cidadão e os costumes regem mais as ações do homem. Há esta diferença entre os costumes e as maneiras: as primeiras concernem mais à conduta interior e as outras à exterior<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Montesquieu, "O Espírito das Leis", p.367, 1997

Voltaire (1694-1778) foi um pensador que se opôs à intolerância religiosa, sendo considerado um dos maiores críticos do Antigo Regime. O conjunto de ideias de Voltaire constitui uma tendência de pensamento conhecida como Liberalismo. Exprime na maioria dos seus textos a preocupação da defesa da liberdade, sobretudo do pensar, criticando a censura e a escolástica. Foi influenciado pelo cientista Isaac Newton e pelo filósofo John Locke, defendendo as liberdades civis (de expressão, religiosa e de associação). Criticou igualmente as instituições políticas da monarquia, combatendo o absolutismo.

Jean Jaques Rosseau (1712-1778), na sua obra “O Contrato Social”, defendeu a ideia da volta à natureza, a excelência natural do homem, a necessidade do contrato social para garantir os direitos da coletividade. Foi um dos maiores propagadores das ideias que deram origem à Grande Revolução de 1789-1793. Portanto, pode-se afirmar que Rosseau constituiu uma exceção entre os atores iluministas em relação à propriedade privada, uma vez que afirmava que é a partir da propriedade privada que nasce a desigualdade social, a inveja e os conflitos.

#### **1.5. A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789) – REVOLUÇÃO FRANCESA**

Um dos legados mais importantes deixados pela Revolução Francesa foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborado em 1789. É um dos principais documentos da história, garantidores de direitos essenciais ao homem e aplicados como garantias inalteráveis nas Constituições democráticas dos tempos atuais. A Declaração seria um tipo de preâmbulo para a futura Constituição francesa e fundamentava-se nos princípios iluministas e nas Declarações americanas. Pela primeira vez, foi institucionalizada uma ordem baseada na liberdade, igualdade e fraternidade, que vai ao encontro dos direitos individuais, não apenas com aplicação para França, mas para qualquer Estado, oferecendo assim outro conceito de Homem e de Cidadão (Caldeira, p.11).

Politicamente, os governos franceses regiam-se pelas normas absolutistas, vulgo “Antigo Regime”, com base em aspetos doutrinários postulados por Bossuet (1627-1704) bispo, teólogo, orador e escritor francês, um dos principais teóricos do absolutismo por direito

divino; ou seja, que os reis recebiam o seu poder de Deus, estando todo o poder centralizado no Rei e como tal devendo este ser respeitado nas suas decisões pelos súbditos.

Embora houvesse um órgão de consulta dos reis – a Assembleia dos Estados Gerais - (formada por representantes dos Três Estados – Clero, Nobreza e Povo - sendo o único órgão que representava o corpo da nação. Era convocada pelo rei para aconselhamento, por exemplo em momentos de crise ou guerra. Ainda que os Estados Gerais não fossem soberanos, eram uma força representativa, tendo como função o aconselhamento do rei) - era muito pouco frequente a sua convocatória. Desde 1614 até ao reinado de Luís XIV, momento de maior poder absoluto do rei, passando por Luís XV e Luís XVI, este órgão manteve-se inativo.

Este poder absoluto durante a vigência da Monarquia, que impossibilitava, através de proibições e regulamentações que garroteavam a expansão dos negócios, e a falta de influência política por parte da Burguesia, terá sido a principal razão do eclodir da Revolução Francesa (Caldeira, p.4).

Esta Revolução, através de vários movimentos revolucionários, extinguiu o Antigo Regime, sendo substituído por uma Revolução Burguesa, uma monarquia constitucional, a qual limitou os poderes centralizados do Governo e possibilitou a tão desejada participação e influência da Burguesia nos assuntos e decisões do Estado.

Houve três fases da Revolução:

-Fase da Assembleia Nacional (1789-1792) – em que foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a primeira Constituição francesa.

-Fase da Convenção Nacional (1792-1795) – em que o governo ficou dividido entre dois grupos: os girondinos e os jacobinos.

-Fase do Diretório (1795-1799) – em que se instalou um novo governo, com o retorno da alta burguesia e caracterizada por uma grande instabilidade económica e política. Face a essa instabilidade, em 1799, Napoleão Bonaparte derrubou o Diretório com o golpe do 18 Brumário e assumiu o governo francês.

*“Não se trata de uma Declaração de Direitos destinada a durar um dia. Trata-se de uma lei sobre a qual se fundam as leis de nossa nação e das outras nações, de algo que deve durar até o fim dos séculos.”* (Caldeira, p.6)

A 26 de agosto de 1789, a Assembleia Nacional francesa aprovou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual proclamava a igualdade e liberdade dos Cidadãos perante a Lei e pondo um término à ordem social e às estruturas do Antigo Regime absolutista.

A mesma Assembleia aprovou a primeira Constituição, em 1791, a qual incorporava a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dentro do princípio constitucionalista de se impor limites ao poder real.

Esta Constituição estabelecia a monarquia constitucional como forma de governo e definia o princípio da separação de poderes - compostos pelo Executivo (exercido pelo rei), sendo este limitado pelo poder Legislativo (deputados eleitos por voto censitário) e o Judicial. (Caldeira, p.7) O voto censitário era uma forma de voto baseado no critério económico. Os cidadãos foram divididos em ativos, aqueles que poderiam votar; e passivos, que não participavam das eleições, como as mulheres, judeus e escravizados. Somente poderiam votar os homens, maiores de 25 anos, estabelecidos no mesmo endereço durante um ano e que pagassem um imposto equivalente a três dias de trabalho. Votava-se para deputados nacionais, assembleias locais, juízes, chefes da guarda nacional e padres. Por sua vez, para se candidatar era preciso ter uma renda equivalente a cinquenta dias de trabalho.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão possuía dezassete artigos, tendo sido antecedida pela Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, surgida e estabelecida no contexto da luta pela independência dos Estados Unidos da América e precedendo a sua Declaração de Independência. Foi uma das fontes principais que inspirou os povos a que lutassem pelos seus direitos.

Nela se referem os direitos individuais e políticos, impondo limites ao poder estatal, baseados na ideia de liberdade.

*“Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.”*

- *Preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*

Segundo Georges Lefebvre (1958) apud Bobbio (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 85), *“proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania popular, a Declaração foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução”*.

Para Bobbio, no seu livro *A era dos direitos*, os direitos são históricos, nascidos em determinados contextos e caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes. Afirma que os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Salienta que novas reivindicações costumam surgir conforme as condições históricas vão surgindo. Contrariando o evoluir dos direitos humanos, há fases históricas em que os conservadores e autoritários nas sociedades conseguem cassar direitos já conquistados. Veja-se a atual tendência mundial, sobretudo nos sécs. XX-XXI, com a implantação de regimes retrógrados e autoritários. (Caldeira, pp.8-9)

Nas palavras do historiador inglês Eric Hobsbawn (HOBSBAWM, E. J. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 91):

*“Este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. “Os homens nascem e vivem livres e iguais perante as leis”, dizia seu primeiro artigo; mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que “somente no terreno da utilidade comum”. A propriedade privada era um direito natural sagrado, inalienável e inviolável.”*

Vejamos três artigos da Declaração:

*“Os Homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum.”* (Art. 1º);

*“A finalidade de toda a associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescindíveis do Homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.” (Art.2º);*

*“A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei.” (Art. 4º).*

Estas afirmações podem parecer simples e óbvias nos dias de hoje; no entanto implicaram uma grande rutura com todas as ideias tradicionais de governo dominantes no mundo antes do final do século XVIII e que continuam a exercer uma grande influência no panorama internacional. Portanto, os artigos referidos são imprescindíveis e resultaram da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), tratando-se de um documento político fundamental no mundo moderno, aprovado na Assembleia Nacional Francesa, a 26 de agosto de 1789, com 17 artigos, delineando os princípios em que *“... os franceses declararam os direitos como parte de uma crescente rutura com a autoridade estabelecida”*, assinalando, já no seu Preâmbulo que *“a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos humanos são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos”*. Proclama as liberdades e os direitos da pessoa a partir de um princípio básico e ele próprio revolucionário: **todos os homens nascem livres e com direitos iguais.**

Segundo a tradição, os governantes exerciam poder supremo devido a algo extraordinário: nascimento real, sucesso militar, liderança religiosa, o que os tornava mais próximos de Deus do que os comuns mortais. Por sua vez, grupos sociais como os nobres gozavam de certos privilégios, consoante os costumes e as tradições do país.

Os privilégios estavam dependentes de uma posição social em que havia uma hierarquia vertical, que distinguia os grupos superiores e os inferiores; os Direitos Humanos repousavam numa conceção implicitamente horizontal da sociedade em que todos os indivíduos politicamente ativos têm os mesmos direitos por natureza.

A noção de Direitos Humanos tende a favorecer a democracia: as ideias tradicionais de diferença social sustentavam a aristocracia e a Monarquia. A religião podia e justificou ambas as conceções, mas a longo prazo os defensores dos Direitos Humanos insistiram

muitas vezes na separação entre Igreja e Estado, enquanto os defensores das ideias tradicionais defendiam uma estreita ligação entre religião e política<sup>15</sup>.

A Declaração dos Direitos do Homem marcou uma nova era na política internacional. Inspirada como vimos, na Declaração da Independência dos Estados Unidos de 1776, *Bill of Rights*, bem como pelos filósofos do Iluminismo Voltaire, Rousseau e Montesquieu, nasceu de uma ideia da Assembleia Constituinte, que foi a Assembleia dos Estados Gerais para redigir uma nova Constituição. No seu Preâmbulo e nos seus dezassete artigos estabelece os direitos naturais e inalienáveis que são a liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência à opressão; reconhece a igualdade perante a lei e a justiça e afirma o princípio da separação dos poderes.

Reforçamos a ideia: os princípios inaugurados na Declaração Francesa de 1789 acabaram por constituir uma fonte de inspiração ideal para os povos que lutaram pela sua liberdade, transformando a linguagem de todo o mundo, acolhidos pelos Estados Constitucionais inaugurados nos séculos XVIII e XIX, onde *“são proclamados novos valores, estabelecidas as bases do Estado Liberal, cujo modelo iria servir de referência não só na continuidade da história francesa até nossos dias, mas também no mundo inteiro”*<sup>16</sup>.

Como já se afirmou, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão abalou as estruturas do absolutismo europeu. O indivíduo adquiriu o estatuto da liberdade. No plano económico, os burgueses deixaram de se submeter aos interesses económicos da Corte, mas sim aos princípios do livre mercado e comércio.

O primeiro e o segundo (sendo este considerado o fundamental) artigos da Declaração, acima transcritos garantem o direito à liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão. Não é por acaso que a Revolução Francesa tem como lema a liberdade, igualdade e fraternidade entre os Cidadãos.

---

<sup>15</sup> Hunt, Lynn, “The French Revolution Human Rights” A Brief Documentary History, University of Pennsylvania, 1984

<sup>16</sup> Comparato, “A afirmação histórica dos Direitos Humanos, p. 54”, 2001

O artigo terceiro afirma que *“o princípio de toda a soberania reside essencialmente na nação”*.

Relacionado com esse, existe o sexto artigo, que menciona: *“A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.”*

Isto aplica-se em relação à elaboração das leis, sendo que o povo deve participar pessoalmente, ou através de seus representantes.

A liberdade é definida no artigo quarto (acima transcrito). Este artigo pretende evitar que outros sejam prejudicados por abusos ao uso da liberdade.

No artigo sétimo está plasmado o direito de resistência: *“Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por estar prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.”*

Na opinião de Bobbio (1992, p. 95) *“(...) o direito de resistência é um direito secundário, do mesmo modo como são normas secundárias as que servem pra proteger a norma primárias: é um direito secundário que intervém num segundo momento, quando são violados os direitos de liberdade, propriedade e de segurança, que são direitos primários”*.

O artigo onze referia-se à liberdade de opinião e empresa:

*“A livre comunicação de pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; portanto, todo o homem deve poder falar, escrever, imprimir livremente, salvo em casos de abuso dessa liberdade [...]”*.

Estes direitos foram depois inserido nas Constituições de cada país, e atualmente servem de bitola entre regimes democráticos e livres de regimes ditatoriais e autoritários. (Caldeira, p.9).

Apesar da segurança ser especialmente tratada na Constituição francesa de 1793, os termos relativos a ela encontram-se nos seus artigos sétimo (ver acima), oitavo, nono e décimo.

Art. VIII. *“A lei apenas estabelece penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”*

Art. IX. *“Todo o acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”*

Art. X. *“Ninguém pode ser molestado pelas suas opiniões religiosas, desde que a sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida na lei.”*

Esses artigos protegiam o cidadão de ser preso, a não ser nos casos previstos na lei. Caso fosse preso, a punição devia ser conforme o que a lei previa e proporcional ao delito.

O direito à propriedade está inserido no último artigo, o dezassete, *“Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indemnização.”* Claro que este artigo mereceu a crítica posterior dos socialistas/comunistas, atendendo a que defendiam que a propriedade privada gerava a desigualdade social.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, serviu de fonte de inspiração para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. O primeiro artigo da DDHC, por exemplo, diz que *“Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”* e o da DUDH, que *“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”*.

Para Norberto Bobbio, as constituições dos diversos países, de forma geral, refletem momentos centrais de conquistas que consagram as vitórias do cidadão sobre o poder, muito embora ainda se lute para que direitos fundamentais sejam garantidos de forma

definitiva, “como sonhou o otimismo iluminista”. O autor alerta que as ameaças a tais direitos não vêm somente do Estado, mas também da sociedade.

No seu livro “A Era dos direitos”, Norberto Bobbio descreve que *“a Declaração, desde então até hoje, foi submetida a duas críticas recorrentes e opostas: foi acusada de excessiva abstratividade pelos reacionários e conservadores em geral; e de excessiva ligação com os interesses de uma classe particular, por Marx e pela esquerda em geral”* (1992, p.97).

Marx critica os direitos tutelados pela Declaração, argumentando que esses direitos são, na realidade, direitos burgueses, do homem egoísta, e não válidos para todos os indivíduos. Os direitos humanos não podem ser apenas uma questão jurídica, mas também política. Não basta apenas estar escrito em forma de lei; esses direitos devem ser aplicados na prática, pois enquanto houver indivíduos vivendo na exclusão, nada adiantaria os direitos humanos.

A Declaração teve e ainda tem críticas a seu respeito. Entretanto Salvemini apud Bobbio (1992, p. 125) aponta que: *“Decerto, abstrata e metafísica é a primeira das Declarações; e é bastante discutível que se possa falar de “direitos naturais” do homem (...). Mas é preciso observar bem e não perder de vista o espírito da Declaração (...). Cada um daqueles direitos (...) significava, naquele momento, a abolição de uma série de abusos intoleráveis, correspondendo a uma urgente necessidade da nação”*.

## **2. A IMPORTANTE INFLUÊNCIA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789 NAS CONSTITUIÇÕES PORTUGUESAS**

De acordo com o artigo “A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a sua influência nos direitos individuais das Constituições portuguesas (1822-1911)”, da autora Jussara Gatto Regalla, desde a última década do séc. XVIII, as dificuldades financeiras e a instabilidade política tomam cada vez maior relevo. A situação agravou-se após as Invasões Francesas (1807-1811) e a saída, logo antes da 1ª invasão, da Família Real portuguesa para o Brasil (novembro de 1807). Para agravar a situação de Portugal, cabeça de um vasto Império, duas das consequências da ida da Corte para o Brasil foram: o facilitar da abertura dos portos e comércio brasileiros aos nossos aliados ingleses; a

posterior elevação da colônia brasileira, fonte principal da riqueza do Império, à dignidade de Reino, em 1815.

Segundo o jornalista e historiador Raul Rego,

*“O mal-estar em Portugal, sob a ditadura de Beresford (general inglês que na prática governou Portugal, em nome de D. João, desde o fim das Invasões francesas até à Revolução Liberal de 1820) é bem patente, enquanto o Brasil se emancipa, tornando-se até cabeça do reino. Praticamente a maioridade do Brasil pode marcar-se desde a chegada ali do príncipe D. João, ao abrir logo os portos brasileiros aos navios de outras nações. Fora essa liberdade de navegação que os ingleses buscavam, enquanto mandavam em Lisboa e em todo o país”.*

- in História da República, Ed Círculo de Leitores, 1986, pág. 40).

Desde a concessão de livre-trânsito aos ingleses para comercializarem diretamente com o Brasil, para desgraça da Burguesia portuguesa, a economia portuguesa entrou em cada vez maior déficit no comércio externo com o estrangeiro: para ter uma noção, até 1809 foi sempre superavitário, mas deficitário de 1810 a 1819 (com um déficit neste ano de 8.980.000 cruzados (REGO, pág. 47).

Mais à frente refere o autor:

*“D. João VI habituara-se ao Brasil e, sobre lhe custar a mover-se, quanto mais atravessar o mar, receava que ele se separasse da metrópole; os portugueses sentiam-se colonizados, com o soberano no Rio de Janeiro e com o seu verdadeiro mandatário em Lisboa, na pessoa de um inglês. Multiplicavam-se os que eram atirados para o exílio, enquanto o Exército é estruturado em moldes modernos, mas com uma forte participação inglesa no quadro dos oficiais (REGO, pág. 40).*

É contra este estado de coisas que, sob o comando do Marechal Gomes Freire de Andrade (Grão-Mestre da Maçonaria Portuguesa) se prepara uma revolta em 1817, contra o domínio inglês, sem êxito por ter sido descoberta, tendo em conta que em Lisboa e no próprio exército havia espiões ao serviço dos ingleses. Raúl Rego, a esse propósito, diz que *“Beresford não é somente um general, é um intendente que traz o exército espiolhado e catado.”* (REGO, pág. 41).

Os conspiradores são presos e Gomes Freire é morto por enforcamento - método não adequado à sua patente - depois de um julgamento parcial com acusação de traição, no forte de S. Julião da Barra, Oeiras.

Todos estes factos foram um rastilho para a entrada de novas ideias, sobretudo provenientes de França, apontando para a necessidade de mudança na política.

As Invasões francesas e a posterior sujeição política, económica e militar aos ingleses, para além da permanência do príncipe D. João no Brasil (mesmo depois do fim da 3ª invasão francesa) foram as principais causas da aspiração dos portugueses em garantir uma Constituição Política para o país (aqui seguindo as ideias da Revolução Francesa) que propiciasse um estatuto de Cidadania, um direito à resistência contra o estrangeiro, e um anseio pela Liberdade e Independência de Portugal, sob a chefia de um Monarca (D. João) que já não poderia ter os poderes do regime absolutista. Não se punha em causa a instituição Monarquia em Portugal, ao contrário do que sucedeu no desenvolvimento da Revolução Francesa.

Esta tomada de consciência e de sentimento nacionalista contra o ocupante inglês culminou na Revolução Liberal de 24 de agosto de 1820.

Na sequência de uma revolta militar, iniciada no Campo de Sto. Ovídio no Porto, sob o comando dos coronéis Bernardo Sepúlveda e Sebastião Cabreira - e contando com o apoio de diversos regimentos militares do Porto e da polícia da mesma cidade, bem como da guarnição do Minho, de várias forças de Trás-os-Montes e de regimentos milicianos do Porto, Maia e Vila da Feira – assim como tendo o apoio de um grupo de civis da alta burguesia e magistratura (reunida no Sinédrio, organização secreta criada em 1818), todos guiados pela ideia de liberdade e salvação da Pátria, foi proclamada a Junta de Governo do Porto e, invocando o Augusto Soberano Sr. D. João VI e a Santa Religião, foi anunciada a sua missão de convocar Cortes para a elaboração de uma Constituição, cuja falta era tida como a origem de todos os males. A Constituição traria o compromisso de manter a Dinastia e a Religião, além de ir remediar os danos do Reino. Isto no pressuposto do regresso de D. João do Brasil para Portugal.

Eis a Declaração do coronel Sepúlveda, no dia 24 de agosto, às tropas:

*«Soldados! - Uma só vontade nos una. Caminhemos à salvação da Pátria. Não há males que Portugal não sofra. Não há sofrimento que nos portugueses não esteja apurado. [...] É necessária uma reforma, mas esta reforma deve guiar-se pela razão e pela justiça, não pela licença. Coadjuvai a ordem; coibi os tumultos; abafai a anarquia. Criemos um governo provisório, em quem confiemos. Ele chame as Cortes, que sejam o órgão da Nação, e elas preparem uma Constituição, que assegure os nossos direitos. O nosso rei, o senhor D. João VI, como bom, como benigno e como amante de um povo que o idolatra, há de abençoar nossas fadigas. Viva o nosso bom rei! Vivam as Cortes e por elas a Constituição!».*

«Proclamação», in Documentos para a História das Cortes Gerais da Nação Portuguesa, tomo I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883, p. 6.)

## 2.1. A CONSTITUIÇÃO DE 1822

Nota-se na Constituição conformidade com a doutrina da Revolução Francesa e da sua Declaração de Direitos; por exemplo, quando os constituintes estabeleceram os três poderes (executivo, legislativo e judicial), limitando os poderes do Estado, limitando os poderes da realeza; quando estabeleceram a soberania indivisível e inalienável da Nação, de onde decorre a autoridade do Monarca (não mais conferida por Deus), deixando o Rei de ter iniciativa legislativa; na instituição das garantias das principais liberdades públicas e de imprensa (mesmo que mantidas restrições, em especial em matéria religiosa); quando se preocuparam em cuidar da educação, (o conhecimento e a cultura tinham sido características do Iluminismo) e, em especial, quando consagraram e declararam os direitos fundamentais.

A Constituição de 1822 era composta de um Preâmbulo e 240 artigos. O Preâmbulo tinha este conteúdo:

*“Em nome da Santíssima e indivisível Trindade, As Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa, intimamente convencidas de que as desgraças públicas, que tanto a têm oprimido e ainda oprimem, tiveram sua origem no desprezo dos direitos do cidadão e no esquecimento das leis fundamentais da monarquia; e havendo, outrossim, considerado que somente pelo restabelecimento destas leis, ampliadas e reformadas, pode conseguir-se a prosperidade da mesma Nação e precaver-se que ela não torne a cair no abismo, de que a salvou a heroica virtude de seus filhos, decretam a seguinte Constituição Política, a fim de assegurar os direitos de cada um e o bem geral de todos os portugueses.”*

De forma semelhante, o Preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afirmava que a limitação dos poderes políticos do Estado era a solução para garantir os direitos dos Cidadãos: *“considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos dos homens são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos”*.

Logo no seu artigo 1º, essa declaração inserta na Constituição portuguesa consagrou a tríade dos direitos de liberdade, segurança e propriedade de todos os Portugueses, tal como reconhecido no artigo 2º. da Declaração de 1789.

Dos Direitos e Deveres Individuais dos Portugueses - Capítulo Único, Artigo 2º. *O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.*

A Constituição de 1822 abre com um título dedicado aos direitos individuais. A Carta Constitucional de 1826, outorgada pelo Rei D. Pedro IV (D. Pedro I do Brasil) aos portugueses, acabou por conservar muitos dos direitos da Constituição de 1822. Conservaram-se as bases de liberdade, segurança e propriedade, relegando para o último artigo as disposições sobre as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos portugueses. A Carta foi elaborada numa tentativa de conciliação entre os defensores do Liberalismo e o Absolutismo defendido pelo príncipe D. Miguel, seu irmão, o qual mais tarde (1828) iria usurpar o poder e tornar-se Rei Absoluto, causa primeira da Guerra Civil (1832-34), que resultou na vitória definitiva do Liberalismo.

Se a Constituição de 1822 veio legitimar a Revolução Liberal de 1820, a Carta Constitucional de 1826 consuma institucionalmente uma meia vitória dos adeptos de D. Pedro sobre os de D. Miguel (embora lhe dê um poder moderador de reprovar as leis e demitir ministros, no fundo uma preponderância sobre os demais poderes do Estado).

## 2.2. A CONSTITUIÇÃO DE 1911

Segundo o artigo “A História faz a Constituição ou a Constituição faz a História? – Reflexões sobre a História Constitucional Portuguesa”, da autora Catarina Santos Botelho, a Constituição de 1911, resultante da Revolução de 5 de outubro de 1910, que aboliu o regime monárquico e instaurou a República, foi elaborada por uma Assembleia Constituinte soberana e teve como fontes inspiradoras a Constituição suíça e a Constituição brasileira de 1891.

Os principais traços distintivos deste texto constitucional são: a separação entre a Igreja e o Estado – ainda que numa lógica de certa forma laicista e anticlerical (Artigo 3.º, n.º 12); a extinção dos títulos nobiliárquicos e das ordens honoríficas (Artigo 3.º, n.º 3); a abolição da pena de morte e das penas corporais perpétuas (Artigo 3.º, n.º 22); a obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário complementar (Artigo 3.º n.º 11), entre outras.

Raul Rego (in História da República, vol. III, págs. 116-117) é mais exaustivo relativamente a esta matéria. Tendo apenas 87 artigos, é a mais breve das constituições portuguesas.

Eis os principais traços desta Constituição, segundo o autor, respeitantes aos Direitos e Garantias (Título II): tornam-se invioláveis os direitos dos cidadãos à liberdade, à segurança individual e à propriedade; a lei é igual para todos os cidadãos; não há privilégios de nascimento e são extintos os títulos de nobreza e as ordens honoríficas; é proibida a aceitação pelos portugueses de condecorações estrangeiras; há liberdade de consciência e de crença, reconhecendo-se a igualdade política e civil de todos os cultos e garantindo-se o exercício deles, desde que não prejudiquem a ordem pública, as leis e os bons costumes. Ninguém pode ser perseguido pela sua crença, nem sequer perguntado pela autoridade sobre a religião que professa; mas não pode, por motivo de ordem religiosa, ser privado de um direito ou isentar-se do cumprimento de um dever; no ensino, é obrigatório o primário elementar e todo o ensino ministrado pelo Estado será neutro em matéria religiosa; é garantida a liberdade de pensamento e a sua expressão, bem como o direito de reunião e associação; é garantida a inviolabilidade do domicílio; ninguém pode ser preso sem culpa formada, a não ser em flagrante delito; é garantido o sigilo da correspondência e reconhecido o direito à assistência pública;

garante-se o *habeas corpus*, que só pode ser suspenso em estado de sítio; garante-se indemnização a quem seja injustamente condenado; finalmente, é lícito a todos os cidadãos resistir a ordens que infrinjam as garantias individuais, desde que não estejam legalmente suspensas. Nenhum dos poderes do Estado pode suspender a Constituição ou restringir os Direitos nela consignados.

Ana Maria Belchior, num estudo intitulado “Do constitucionalismo monárquico ao constitucionalismo republicano” refere o seguinte, a respeito da Constituição Republicana de 1911:

*“No plano dos direitos e garantias individuais, adiciona aos consagrados na Carta Constitucional outros correspondentes à ideologia republicana (art.º 3.º), tais como: a igualdade social, jurídica e política (com a negação de privilégios de nascimento, dos títulos nobiliárquicos e das ordens honoríficas); a proibição da pena de morte; o laicismo (que salvaguarda a igualdade e liberdade de todas as religiões e cultos, a par da secularização da sociedade, em particular do ensino); e o direito de resistência a qualquer ordem que infrinja as garantias individuais (embora o direito à greve permanecesse excluído). O direito de voto não contempla o sufrágio universal, mas antes é concedido a todos os indivíduos maiores de 21 anos que soubessem ler e escrever, ou que fossem chefes de família (art.º 8.º). Os direitos sociais prevalecem, nesta Constituição, ainda muito incipientes.”*

### 2.3. A CONSTITUIÇÃO DE 1933

*“A Constituição de 1933, marcada por um programático corporativista, não cortou todas as ligações formais às tradições demoliberais, iniciadoras de uma legitimidade, segundo a qual a soberania reside essencialmente em a nação. A Assembleia Nacional continuou a ser eleita por sufrágio universal e direto e não deixou de estruturar-se um sistema de direitos individuais que só a prática política e a legislação ordinária vieram minimizar e, em muitos casos, suprimir. Por seu lado, a Câmara Corporativa, nunca veio a passar o nível de órgão consultivo de carácter técnico.”*

*José Adelino Maltez  
(in <http://farolpolitico.blogspot.com/2007/09/estado-novo.html>)*

Segundo o artigo “Da Constituição do Estado Novo Português (1933)” de Paulo Cunha Ferreira, depois do golpe militar de 1926, que pôs fim à República democrática e parlamentarista portuguesa, o novo regime esperou até 1933 para submeter a plebiscito uma nova constituição.

A Constituição de 1933, no seu texto final referendado, é menos antiliberal, antiparlamentar e antidemocrática que os postulados ideológicos reacionários do Estado Novo, mas a prática constitucional ulterior do regime de Salazar encarregar-se-ia de corrigir este aspeto do seu carácter “semântico”.

A Constituição de 1933 foi aprovada por plebiscito (não por verdadeiro referendo, dadas as condições cesaristas da sua convocação, contagem dos votos, e efeitos dos resultados), realizado a 19 de março de 1933, e entrou em vigor a 11 de abril.

O seu verdadeiro autor e inspirador foi António de Oliveira Salazar, presidente do Conselho de Ministros com plenos poderes fácticos. (Moreira, Adriano, *O Novíssimo Príncipe*, p. 88). Outro autor refere:

*“Ao trabalho de Salazar somaram-se contributos de personalidades da sua confiança política, auscultadas no processo de redação do projeto constitucional, e apreciações de dois órgãos políticos, o Conselho Político Nacional e o Conselho de Ministros.” (Santo, P. B., p. 176)*

Um dos momentos políticos mais significativos deste período, com consequências para a Constituição formal de 1933 é a vitória de Salazar, com a criação de uma única instituição para-partidária (mas alegadamente anti partidária), a União Nacional.

No art.º 5.º, podem ver-se os Princípios da União Nacional:

*“1.º Portugal é um Estado nacional unitário, pacífico e civilizador. Não pode constituir federação ou confederação no seu território ou com outros Estados, nem admitir na sua vida interna influências estranhas de carácter político, sem prejuízo das disposições especiais estipuladas livremente nos seus pactos de aliança ou de cooperação internacional (...)”*

O Estado Novo impõe assim a restrição por via legal, administrativa, policial e fáctica desses mesmos direitos de opinião política que eram proclamados no texto constitucional. Pela existência da censura, da polícia política (PVDE, depois PIDE e mais tarde DGS), pela proibição dos partidos políticos a não ser a União Nacional (mais tarde denominado Ação Nacional Popular, desde 1970, no final do regime, já sendo Marcelo Caetano Presidente do Conselho), pela supremacia fáctica do Presidente do Conselho de Ministros, que transformou o regime, de aparentemente presidencialista bicéfalo, numa verdadeira monarquia.

Esta Constituição era mais formal que real e aplicável. Não só na perspetiva de um corporativismo idílico que nunca existiu (ou pelo menos não existiu no seu tempo de vigência formal), mas sobretudo, e muito patentemente, pelo carácter “inautêntico”, que lhe foi assacado desde logo por Adriano Moreira, no seu “O Novíssimo Príncipe – Análise da Revolução” (Ed. Intervenção, 1ª ed. 1977). Inautêntico porque sobretudo em matéria do que hoje chamaríamos direitos, liberdades e garantias, a Constituição de 1933 prometeu o que a prática política do Estado Novo não deu, nem podia dar, atenta a legislação que vimos anteriormente.

Jorge Miranda (in Manual de Direito Constitucional, tomo I) assinalou, na prática da Constituição de 1933, alguns traços em que há uma compressão ou mesmo negação das liberdades, designadamente como o não reconhecimento da Oposição ou da sua escassa tolerância apenas em período eleitoral; destaca ainda o carácter plebiscitário das eleições; o capitalismo autoritário, administrativo e protecionista (contraditório até com algumas declarações teóricas de corporativismo). Um outro elemento: o colonialismo, que se exprimia no Ato Colonial de 1930<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup>O Ato Colonial é o primeiro documento constitucional do Estado Novo, promulgado a 8 de julho de 1930, pelo decreto n.º 18 570, numa altura em que Oliveira Salazar assumia as funções de ministro Interino das Colónias. É um documento composto por 47 artigos, repartidos por quatro títulos: o I trata “das garantias gerais”, o II “dos indígenas”, o III “do regime político”, e o IV “das garantias económicas e financeiras”.

O núcleo principal deste diploma consiste nas normas regulamentares do sistema de órgãos do poder colonial. Contudo, este documento referia igualmente provisões regulamentares, até então não muito claras nas “Bases Orgânicas de Administração Colonial”, e artigos relativos ao conteúdo do programa.

Em finais de abril de 1930, o Ato Colonial era apenas um esboço, intimamente relacionado com uma revolta que surgira em março desse ano em Angola, um episódio onde entraram em confronto os funcionários civis e militares de mais alta patente e que atentou contra a autoridade do poder central.

O projeto era também justificado por outro tipo de fatores. Recentemente, a Sociedade das Nações expressara a vontade de ilegalizar o trabalho forçado nas colónias, um facto considerado como uma ingerência na política interna e uma ameaça ao império, pelo abalo que essa determinação provocava nos seus fundamentos.

A publicação deste documento significou, pois, um passo em frente na estratégia de ascensão ao poder desenhada por Oliveira Salazar, que se assumiu como o defensor do império colonial, uma causa que os grupos elitistas portugueses consideravam ser sua também. O Ato Colonial marca também uma alteração no direito público colonial português, bem patente nas alterações operadas na terminologia. Nas constituições de 1822 a 1911, os territórios portugueses na África e na Ásia são chamados “provincias ultramarinas”, fruto de uma política de assimilação. A partir deste momento, passam a ser designados “colónias”.

A versão do Ato Colonial “é uma versão mitigada desta conceção”, a distinção entre “civilizado” e “indígena” estava já expressa em alguma legislação avulsa, mas a sua inserção neste texto conferia-lhe um carácter permanente. O Estado pretendia criar uma posição que não fosse contestada, numa altura em que a Sociedade das Nações e a Organização Internacional de Trabalho vigiavam Portugal e pressionavam o país para que acabasse com o trabalho forçado nas colónias. Na conceção rática do negro típica do Estado Novo, este era um “precioso reservatório de energia”, uma conceção oficial que chocava com os textos legais. A cultura forçada do algodão, regulamentada em 1926, imposta na década de 30, era um reflexo da eficácia do aparelho de Estado e da exploração desta mão de obra. O Estado Novo criticava o centralismo da política colonial do século XIX; a ideia de descentralização administrativa do império colonial surgiu primeiro entre as próprias colónias para depois se tornar lei.

No Ato Colonial chegou-se a uma posição de compromisso entre duas formas de administração distintas: se, por um lado, se garantia a descentralização administrativa, por outro concedia-se a autonomia financeira destes territórios, sob a fiscalização da metrópole. Mas apesar de toda esta legislação, no fundo, o Ato Colonial traduziu-se numa centralização do poder concentrada no ministro das Colónias, em detrimento da ação da Assembleia Nacional e dos governos coloniais. Este documento é um instrumento para a criação de uma nova mentalidade colonial, que só veio a ser preterida depois da Segunda Guerra Mundial, com o fim do imperialismo, que precipitou o fim do Ato Colonial, revogado na revisão da Constituição de 1933 feita em 1951.

---

Segundo Jorge MIRANDA (in Manual de Direito Constitucional, tomo I. Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 318 ss.), há que salientar o carácter autoritário, antidemocrático, repressivo, embora com tom paternalista e mais hiperconservador e reacionário que fascista, do regime da Constituição de 1933. Desde logo, no sentido de impedir críticos, várias providências são tomadas para a instituição da “lei da rolha”, cerceando ou abolindo a liberdade de expressão. O Decreto 20. 889, que vem da área educativa, determina a interdição, aos estabelecimentos dependentes do respetivo ministério, da inserção de artigos ou outras peças escritas que se debrucem sobre a atuação dos respetivos superiores hierárquicos, nas publicações que possuam carácter oficial, ou que auferam de subsídios do Estado.

- No dia 5 de dezembro, em Suplemento do “Diário do Governo”, saem duas significativas peças legislativas de repressão. O Decreto 21. 942, que regula a punição dos crimes políticos e infrações disciplinares de carácter político, e o Decreto 21.943, que regula a situação dos que cometeram crimes políticos. A ideia-força é a de que pode mesmo haver crimes políticos, por mero delito de opinião e sua expressão. Mas aponta-se para a misericórdia ou clemência, possíveis pelo triunfo e alegada força moral do Estado Novo.

A solução prática é anunciada já no referido preâmbulo. Assim,

*“Para os que procedem impelidos por motivos altruístas, patrióticos, reduzem-se as penas estabelecidas nas leis existentes, ou se estabelecem outras menos dolorosas, e quando se aplicar a pena de prisão será esta cumprida em cadeias especiais, ou, na falta delas, em secções especiais das cadeias destinadas a presos de delito comum, de maneira a obter uma separação absoluta entre estes e os criminosos por delito político.”*

A tipificação dos crimes políticos é muito lata. Para além dos chamados “crimes de rebelião” (art.º 1.º), que engloba “atentados” (que são quaisquer atos de execução, incluindo os atos preparatórios) à integridade nacional, à forma republicana de governo (este dirigido contra os monárquicos, preventivamente...), ao governo, ao presidente e aos ministros, à sua autoridade ou exercício dos seus poderes, praticamente todas as formas de discordância se encontram abrangidas.

Logo a seguir é tido por crime a propaganda ou incitamento à indisciplina social, e, obviamente, também, à subversão violenta das “instituições e princípios fundamentais da sociedade”.

A Constituição é constituída por duas partes, sendo a primeira “Das Garantias Fundamentais” e a segunda “Da Organização Política do Estado”.

Na Parte I: DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS. Tít. I – Da nação portuguesa. Tít. II – Dos cidadãos. Tít. III – Da família. Tít. IV – Dos organismos corporativos. Tít. V – Da família, dos organismos corporativos e das autarquias como elementos políticos. Tít. VI – Da opinião pública. Tít. VII – Da ordem administrativa. Tít. VIII – Da ordem económica e social. Tít. IX – De educação, ensino e cultura nacional. Tít. X – Das relações do Estado com a Igreja Católica e do regime dos cultos. Tít. XI – Do domínio público e privado do Estado. Tít. XII – Da defesa nacional. Tít. XIII – Das administrações de interesse coletivo. Tít. XIV – Das finanças do Estado.

Num estudo de autoria de Paula Borges Santos, sobre a génese da Constituição Política de 1933, esta sumaria os principais direitos contidos no documento. Segundo ela, o legislador constituinte atribuiu, logo na primeira edição do texto constitucional, direitos:

- “À família, considerada “elemento político primário” e com direito reconhecido a educar os filhos. Sob especial proteção da Constituição era colocada a situação económica da família, fixando-se o compromisso de que os impostos seriam regulados tendo em conta os encargos familiares, de se favorecer a constituição de lares independentes e em condições de salubridade. Com carácter de diretiva para o futuro, estabelecia-se que seria promovida a adoção do salário familiar, a proteção à maternidade e a cooperação (do Estado com a família) na educação dos filhos (em estabelecimentos de ensino tanto públicos quanto privados). A coesão familiar era um valor a preservar, integrante da moralidade pública (católica), como indicavam as disposições que exigiam que a família se assentasse no casamento, obrigatoriamente registado (tal como se exigia ao nascimento dos filhos), e na diferença de direitos estabelecidos para filhos legítimos e ilegítimos.
- À freguesia, aos municípios e agrupamentos de municípios, considerados como detentores de direitos políticos.
- Às corporações morais e económicas, cuja organização deveria ser promovida pelo Estado, e onde tinham representação orgânica, para efeitos políticos, todos os elementos da nação. Cabia-lhes tomar parte na eleição do presidente da

República, dos membros das câmaras legislativas, dos conselhos de província e das câmaras municipais. As corporações morais seriam especialmente políticas, científicas, literárias e artísticas, técnicas, de assistência e de beneficência. Admitia-se poder a lei vir, no futuro, a aceitar as de funcionários públicos. As corporações económicas seriam de proprietários urbanos e rurais, agricultores, industriais, comerciantes, de empregados do comércio, indústria e agricultura, de artes e ofícios e de trabalhadores.

Reconheceu-se o direito à propriedade e à sua transmissão hereditária, nas condições determinadas pela lei civil. Fixava-se ainda que a propriedade, a par do capital, tinha uma função social, que podia sujeitar *“o direito pleno do capitalista ou proprietário à condição do emprego ou exploração em termos justos e conformes com as finalidades coletivas”*.

A representação sindical era também reconhecida, considerando-se as associações sindicais de *“portugueses de ambos os sexos e de pessoas jurídicas portuguesas, e bem assim de federações e confederações gerais e nacionais”*. Aquelas associações, desde que legalmente reconhecidas, tinham a possibilidade de celebrar contratos coletivos de trabalho. Todos os contratos, feitos sem tais associações, seriam considerados nulos. Cabia ainda às associações sindicais regular a conflitualidade entre as entidades associadas, estimular e subsidiar as suas iniciativas que visassem a organizar a produção, instituir *“estações de emprego”*. Não se admitia o direito à greve. Estabelecia-se que tribunais especiais de apelação, organizados como juizes de arbitragem, julgariam os litígios relativos às relações coletivas de trabalho. Consagrava-se a liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho, indústria ou comércio. No entanto, essa liberdade não era plena nem efetiva, já que ficava sujeita às restrições impostas pelo bem comum e a exclusivos que o Estado e os corpos administrativos entendessem conceder. A questão da liberdade sindical era aqui omitida, embora se depreendessem fortes limitações ao direito de associação (totalmente assumidas na edição definitiva da Constituição), como era manifesto na proibição do direito à greve.”<sup>18</sup>

No mesmo estudo, a autora, referindo-se aos aspetos económicos e sociais (Título VIII: Da ordem económica e social), o Estado assumia a responsabilidade de, entre os de natureza mais social:

“• Assegurar as políticas de preços (o menor preço) e salários (o maior salário), apontadas a ideias de solidariedade e de justiça social (o maior lucro justo).

- Prover as “<sup>cl18ses</sup> trabalhadoras”, especialmente “o menor e a mulher”. (...)
- Garantir a alimentação e a saúde pública, estabelecendo-se a criminalização de ações que se fizessem contra elas.”<sup>18</sup>

Na Parte II: DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA DO ESTADO. Tít. I – Da soberania. Tít. II – Do Chefe do Estado. Cap. I – Da eleição do Presidente da República e suas prerrogativas. Cap. II – Das atribuições do Presidente da República. Cap. III – Do Conselho de Estado. Tít. III – Da Assembleia Nacional e da Câmara Corporativa. Cap. I – Da constituição da Assembleia Nacional. Cap. II – Dos membros da Assembleia Nacional. Cap. III – Das atribuições da Assembleia Nacional. Cap. IV – Do funcionamento da Assembleia Nacional e da promulgação das leis e resoluções. Cap. V – Da Câmara Corporativa. Tit. IV – Do Governo. Tít. V – Dos tribunais. Tít. VI – Da divisão administrativa e das autarquias locais na metrópole. Tít. VII – Do ultramar português. Cap. I – Princípios fundamentais. Cap. II – Das garantias gerais. Cap. III – Das garantias especiais para os indígenas. Cap. IV – Do regime político e administrativo. Cap. V – Da ordem económica. Cap. VI – Do regime financeiro.

Disposições complementares. DECRETO-LEI Nº 45548 – DA ELEIÇÃO DO CHEFE DE ESTADO. Cap. I – Disposições gerais. Cap. II – Da eleição dos representantes municipais. Cap. III – Da eleição dos representantes dos conselhos legislativos e dos conselhos de governo. Cap. IV – Da eleição do Presidente da República. Cap. V – Disposições finais.

Os traços mais notáveis da Constituição são, no plano ideológico, o nacionalismo e o corporativismo (embora este se viesse a revelar muito inoperante e sem raízes, o que levou à sua qualificação como “corporativismo de Estado”), o qual, interpretando a seu modo a doutrina social da Igreja, insistia na “colaboração de classes”, mas, na verdade correspondendo tal discurso a mera legitimação de uma situação de profunda desigualdade.

<sup>18</sup>in Paula Borges Santos “Na gênese da Constituição Política de 1933: o ideário corporativo e a estrutura económico-social do autoritarismo português”, inserido em Estudos Históricas, Rio de Janeiro, vol. 31, nº 64, p. 176-196, maio-agosto 2018 págs. 180-181

De todas, é a revisão constitucional de 1959, consubstanciada na Lei n.º 2 100 de 29 de agosto, a mais significativa, sob o impacto do “susto” das eleições presidenciais diretas protagonizado pelo candidato General Humberto Delgado, passa a estabelecer a eleição indireta do Chefe do Estado, por um colégio eleitoral restrito.

Em síntese, a realidade constitucional do Estado Novo mostrou a limitação ou a supressão de direitos e liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, de associação, de reunião e de emigração, e ainda a redução do papel do Presidente da República a uma figura meramente emblemática e honorífica, submetida à do Chefe do Conselho de Ministros, principalmente na época de Salazar.

#### **2.4. A CONSTITUIÇÃO DE 1976**

O direito à liberdade e à segurança, à integridade física e moral, à propriedade privada, à participação política e à liberdade de expressão, a participar na administração da justiça, correspondem ao núcleo fundamental da vivência numa sociedade democrática, como a refundada no pós-25 de Abril de 1974. Esses e outros direitos encontram-se plasmados na Constituição portuguesa de 1976.

No PREÂMBULO são expressamente mencionados os princípios por que se rege a nossa Lei Fundamental, no respeitante à defesa dos Direitos Humanos

*“A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista. Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa.”* **A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais.**

*No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país. A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.”* (CRP)

Em estudo publicado pelo constitucionalista e professor Jorge Bacelar Gouveia (OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976, in Revista DIREITO UFMS, Campo Grande, MS - Edição Especial - p. 35 - 85 - jan./jun. 2015), o autor enumera um conjunto de Direitos Fundamentais inseridos na Constituição da República Portuguesa, na sua versão original de 1976. São os seguintes, subdivididos em quatro pontos:

- **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TÍPICOS E ENUMERADOS DO TÍTULO II**

São os mais numerosos e desdobram-se nos seguintes tipos: - o direito à vida ( Artº 24º); o direito à integridade pessoal (Artº 25º); o direito à identidade pessoal (Artº 26º, nº 1); o direito ao desenvolvimento da personalidade (Artº 26º, nº 1); o direito à capacidade civil<sup>66</sup>; o direito à cidadania (Artº 26º, nº 1); o direito ao bom nome e reputação (Artº 26º, nº 1); o direito à imagem (Artº 26º, nº 1); o direito à palavra (Artº 26º, nº 1); o direito à reserva da vida privada e familiar (Artº 26º, nº 1) ; o direito à liberdade e à segurança (Artº 27º, nº 1); a garantia da proibição da retroatividade da lei penal incriminadora (Artº 29º, nº 1); a garantia da proibição da retroatividade das penas criminais (Artº 29º, nº 3); a garantia da aplicação retroativa das leis penais mais favoráveis (Artº 29º, nº 4); a garantia de que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime (Artº 29º, nº 5); o direito dos injustamente condenados à revisão de sentença e à indemnização pelos danos sofridos (Artº 29º, nº 6); a garantia da não perpetuidade ou indeterminabilidade temporal das penas e medidas de segurança (Artº 30º, nº 1); a garantia da não transmissibilidade das penas (Artº 30º, nº 3); a garantia da não perda de direitos civis, profissionais e políticos como consequência da aplicação de penas criminais (Artº 30º, nº 4); a garantia da providência do habeas corpus (Artº 31º, nº 1); a garantia da presunção de inocência do arguido (Artº 32º, nº 2); o direito do arguido à escolha e assistência de defensor (Artº 32º, nº 3); a garantia da instrução a cargo de um juiz (Artº 32º, nº 4); a garantia da estrutura acusatória do processo criminal e da aplicação do princípio do contraditório (Artº 32º, nº 5); a garantia da nulidade das provas obtidas com violação de direitos fundamentais (Artº 32º, nº 6); a garantia do juiz legal (Artº 32º, nº 7); os direitos de audiência e de defesa nos processos de contraordenação (Artº 32º, nº 8); a garantia da proibição da expulsão de cidadãos portugueses do território nacional (Artº 33º, nº 1); a garantia da proibição de extradição por motivos políticos (Artº 33º, nº

2); a garantia da proibição de extradição por crimes a que corresponde pena capital (Artº 33º, nº 3); a garantia de a extradição ser decidida por autoridade judicial (Artº 33º, nº 4); a garantia de a expulsão ser decidida por autoridade judicial para quem permaneça ou entre regularmente no território português (Artº 33º, nº 5); o direito de asilo (Artº 33º, nº 6); a garantia da inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência e das telecomunicações (Artº 34º, nº 1); o direito ao controlo dos dados pessoais informatizados (Artº 35, nº 1); a garantia da proibição de tratamento informatizado de dados pessoais (Artº 35º, nº 3); a garantia da proibição de atribuição de um número nacional único (Artº 35º, nº 5); o direito à constituição de família e ao casamento (Artº 36º, nº 1); a garantia da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos (Artº 36º, nº 3); o direito dos pais à educação e manutenção dos filhos (Artº 36º, nº 5); a liberdade de expressão (Artº 37º, nº 1, 1ª parte); a liberdade de informação (Artº 37º, nº 1, 2ª parte); a liberdade de imprensa (Artº 38º); o direito de antena (Artº 40º, nº 1); o direito de resposta e réplica política (Artº 40º, nº 2); a liberdade de consciência e o direito à objeção de consciência (Art. 41º, nºs. 1 e 6); a liberdade de religião e de culto (Art. 41º, nºs. 2 e ss.); a liberdade de criação cultural (Artº 42º); a liberdade de aprender e ensinar (Artº 43º); a liberdade de deslocação (Artº 44º, nº 1); a liberdade de circulação (Artº 44, nº 2); a liberdade de reunião e de manifestação (Artº 45º); a liberdade de associação (Artº 46º); a liberdade profissional (Artº 47º, nº 1); o direito de acesso à função pública (Artº 47º, nº 2); o direito à participação na vida política (Artº 48º, nº 1); o direito à informação sobre os assuntos da governação (Artº 48º, nº 2); o direito de sufrágio (Artº 49º, nº 1); o direito de acesso a cargos públicos (Artº 50º, nº 1); a liberdade de criação de associações e partidos políticos (Artº 51º, nº 1); o direito de petição (Artº 52º, nº 1); o direito de Acção popular (Artº 52, nº 3); a garantia da segurança no emprego (Artº 53º); o direito à criação de comissões de trabalhadores e os respetivos direitos (Artº 54); a liberdade sindical (Artº 55); os direitos das associações sindicais (Artº 56º); o direito à greve (Artº 57); a garantia da proibição do *lock out* (Artº 58º).

- **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TÍPICOS E ENUMERADOS DO TÍTULO III**

São os seguintes tipos: - o direito ao trabalho (Artº 58º); os direitos dos trabalhadores (Artº 59º); os direitos dos consumidores (Artº 60º, nº 1); o direito de iniciativa económica (Artº 61º, nº 1); o direito à constituição de cooperativas (Artº 61º, nº 2); o direito de autogestão (Artº 61º, nº 3); o direito de propriedade privada e à indemnização por requisição e expropriação por utilidade pública (Artº 62º, nº 1); o direito à segurança social (Artº 63º, nº 1); o direito à proteção da saúde (Artº 64º, nº 1); o direito à habitação (Artº 65º, nº 1); o direito ao ambiente (Artº 66º, nº 1); o direito à proteção familiar (Artº 67º, nº 1); o direito à proteção na paternidade e maternidade (Artº 68º, nº 1); o direito à proteção na infância (Artº 69º); o direito à proteção na juventude (Artº 70º, nº 1); o direito à proteção na deficiência (Artº 71º); o direito à proteção na terceira idade (Artº 72º); o direito à educação e à cultura (Artº 73º, nº 1); o direito ao ensino (Artº 74º, nº 1); o direito à participação democrática no ensino (Artº 77º); o direito à fruição e criação cultural (Artº 78º, nº 1); o direito à cultura física e ao desporto (Artº 79º).

- **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TÍPICOS NÃO ENUMERADOS**

Os direitos fundamentais típicos não enumerados são os tipos de direitos ainda assim positivados no texto constitucional documental: o direito à igualdade (Artº 13º); o direito à tutela jurisdicional (Artº 20º, nº 1); o direito à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário (Artº 20º, nº 2); o direito de resistência (Artº 21º); o direito de queixa ao Provedor de Justiça (Artº 23º, nº 1); o direito à participação na gestão das unidades de produção do sector público (Artº 89º); o direito dos trabalhadores rurais e dos agricultores de participar na definição da política agrícola (Artº 98º); o direito de não pagar impostos inconstitucionais (Artº 103º, nº 3); a liberdade de propaganda eleitoral e de apresentação de candidaturas (Artº 113º, nº 3); o direito de oposição democrática (Artº 114º, nº 2); o direito de participação na gestão da Administração Pública (Artº 267º, nº 1); o direito à informação administrativa (Artº 268º, nº 1); o direito de acesso aos arquivos administrativos (Artº 268º, nº 2); a garantia à impugnação de atos administrativos (Artº 268º, nº 4); o direito de acesso à justiça para tutela de direitos e interesses legalmente protegidos (Artº 268º, nº 5); os direitos de audiência e defesa em processo disciplinar (Artº 269º, nº 3); o direito de desobediência a ordens ou instruções

que impliquem a prática de um crime (Artº 271º, nº 3); o direito à defesa da Pátria (Artº 276º, nº 1); o direito a não ser prejudicado por ter cumprido o serviço militar obrigatório (Artº 276, nº 7).

- **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EXTRA-DOCUMENTAIS**

Os direitos fundamentais extradocumentais, acolhidos pelo articulado constitucional a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (DUDH), são em pequeno número.

De salientar-se os seguintes: - o direito a um julgamento justo e público por um tribunal independente em qualquer processo não criminal ( Artº 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH); o direito de não ser privado arbitrariamente da sua nacionalidade (Artº 15º, nº 2, 1ª parte da DUDH); o direito de mudar de nacionalidade (Artº 15º, nº 2, da DUDH); o direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade cooperativa e comunitária (Artº 17º, nº 2, da DUDH); a liberdade de pensamento (Artº 18º, nº 1 da DUDH); o direito de todas as pessoas, à exceção dos trabalhadores, ao repouso e aos lazeres (Artº 24º da DUDH); o direito a um nível suficiente de vida (Artº 25º da DUDH); o direito a um julgamento justo.

O constitucionalista e professor Jorge Miranda (um dos principais obreiros da Constituição, assim como Marcelo Rebelo de Sousa e Vital Moreira – deputados da Assembleia Constituinte de 1975), num estudo intitulado “OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL PORTUGUESA”, afirma o seguinte:

*“Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material —donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.” (p. 107).*

E mais à frente especifica:

*“Na verdade, precisamente por os direitos fundamentais poderem ser entendidos prima facie como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar.” (p. 109).*

Aprofundando o âmbito e alcance dos Direitos Fundamentais, comparativamente com os dos países estrangeiros, salienta o seguinte:

*Na verdade, «os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional» (Art. 16º, nº 1), o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se «aos direitos fundamentais de natureza análoga previstos na Constituição e na lei» (art. 17º) e as regiões autónomas é vedado «restringir os direitos legalmente reconhecidos aos trabalhadores» (art. 230º, alínea a).*

*Quer isto dizer que há (ou pode haver) normas de Direito ordinário, interno. e internacional, atributivas de direitos equiparados aos constantes de normas constitucionais.” (Miranda, 110-111).*

Finalmente, no mesmo estudo, Jorge Miranda considera: *“...torna-se evidente que a Constituição portuguesa atual —apesar do seu carácter compromissório e das originalidades que nela se encontram — se situa claramente na linha do constitucionalismo democrático de tipo ocidental, opta pela garantia dos direitos fundamentais antes e independentemente de qualquer regulamentação da vida económica, não os subalterniza ou instrumentaliza por causa de qualquer tarefa cometida ao Estado. E esta decisão (12) vem a par da proclamação logo no art. 1º da «dignidade da pessoa humana» como primeira base da República. (Miranda, p. 111).*

O mesmo autor, em estudo intitulado “A ORIGINALIDADE E AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA”, refere o seguinte:

*“Portugal havia conhecido até 1974–1976 dois grandes períodos na sua história constitucional: de 1820 a 1926, o período liberal, com as Constituições de 1822, 1826 e 1838 (em monarquia), e de 1911 (após a proclamação da república); e o período autoritário, de 1926 a 1974, com a Constituição de 1933.*

*A Constituição de 1976 é a mais vasta e a mais complexa que todas as Constituições anteriores – por receber os efeitos do denso e heterogéneo processo político do tempo da sua formação, por aglutinar contributos de partidos e forças sociais em luta, por beber em diversas internacionais ideológicas e por refletir a experiência político–constitucional do país.*

*Ela tem como grandes fundamentos a democracia representativa e a liberdade política. (...)*

*Além disso, recebem valor constitucional a Declaração Universal dos direitos do homem (por via do artigo 16, no. 2) e algumas leis constitucionais posteriores a 25 de abril de 1974 por forçados artigos 306, 308 e 309.”*

Para o constitucionalista, as notas básicas do tratamento dos direitos fundamentais na Constituição são as seguintes:

*“a) A prioridade dentro do sistema constitucional e o desenvolvimento da regulamentação, com princípios gerais comuns às grandes categorias de direitos previstos.*

*b) A extensão do elenco, sem se excluírem outros direitos provenientes de convenção internacional ou de lei.*

*c) A perspetiva universalista, exibida no princípio da equiparação de portugueses e estrangeiros, nas garantias da extradição e da expulsão, na previsão do estatuto do refugiado político e, após 1982, no respeito dos direitos do homem como princípio geral das relações internacionais.*

*d) A preocupação tanto de enumerar os direitos quanto de definir o seu conteúdo e fixar as suas garantias e as suas condições de efetivação.*

*e) A contraposição entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, com colocação em títulos separados.*

*f) A previsão entre os direitos, liberdades e garantias não só dos direitos clássicos, mas também de direitos novos, como as garantias relativas à informática, o direito de antena e a objeção de consciência.*

*g) A colocação da propriedade, não já a par das liberdades, mas sim dentre os direitos económicos, sociais e culturais.*

*h) A inserção da iniciativa económica privada, até 1982, na parte II, relativa à organização económica e, a partir de 1982, no título de direitos económicos, sociais e culturais; e o apoio dado à iniciativa cooperativa.*

*i) O aparecimento como direitos fundamentais de direitos dos trabalhadores e das suas organizações.”*

A Constituição de 1911 legaliza a implantação da República, a de 1933 é a carta de estabilidade jurídica da revolta militar de 1926 e da implantação do Estado Novo. Derrubado o Estado Novo, a Constituição de 1976 será o estatuto jurídico da política saída do golpe de Estado de 1974, que voltou a instaurar a democracia e a liberdade em Portugal.

### **3. O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS**

#### **3.1. A CONVENÇÃO EURPEIA DOS DIREITOS HUMANOS**

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) é um tratado internacional que estabelece direitos fundamentais para o benefício das pessoas dentro da Europa. As pessoas que alegam ser vítimas de uma violação desses direitos por um Estado podem recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), em Estrasburgo, para resolução ou tentativa de resolução de violação de direitos. No entanto, a Convenção não inclui disposições específicas sobre as minorias, o que constitui só por si uma grande lacuna, mas os direitos à igualdade de tratamento à não discriminação podem refletir muitas preocupações das minorias.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos entrou em vigor em 1953, inaugurando o primeiro sistema regional de direitos humanos. A CEDH foi revista várias vezes através de uma série de protocolos<sup>19</sup>.

A história da CEDH remonta a um período anterior à criação do Conselho da Europa, em 1949. O seu ponto de partida foi o Congresso da Europa, convocado pelo Comité Internacional dos Movimentos pela União Europeia, que se realizou em Haia de 8 a 10 de maio de 1948, incluiu 718 delegados de dezasseis países e observadores (dos quais vários eram refugiados de dez outros). Os objetivos do Congresso foram demonstrar o amplo apoio à causa de unidade europeia, dar um novo impulso ao movimento e fazer recomendações práticas para a realização dos seus objetivos. Os participantes incluíam ex-ministros e ministros das Relações Externas, membros do Parlamento e cidadãos importantes de diferentes setores da comunidade<sup>20</sup>.

O Presidente de Honra era Winston Churchill e os presidentes dos três Comités do Congresso eram M. Ramadier da França, M. van Zeeland da Bélgica e Professor de Maradiaga, um exilado espanhol.

Na mensagem aos Europeus adotada na sessão plenária final, os delegados proclamaram:

---

<sup>19</sup>Robertson, A.H., "The political background and historical development of the European Convention on Human Rights", 1965

<sup>20</sup>United Nations Human Rights, "Minority Rights under the European Convention on Human Rights"

*“Desejamos uma Europa unida, cuja área seja restabelecida a livre circulação de pessoas, ideias e bens; Desejamos uma carta dos Direitos Humanos que garanta a liberdade de pensamento, reunião e expressão, bem como o direito de formar uma posição política; Desejamos um Tribunal de Justiça com sanções adequadas para a implementação desta Carta; Desejamos uma Assembleia Europeia onde as forças vivas de todas as nossas nações estejam representadas; E comprometemo-nos na nossa casa e em público, na nossa vida política e religiosa, na nossa vida profissional e sindical”. - Chefe da Direção dos Direitos Humanos do Conselho da Europa.*

O TEDH é o representante máximo do sistema internacional mais avançado do mundo para proteger as liberdades civis e políticas. No entanto, atualmente o TEDH enfrenta uma crise de proporção maciça, consequência do crescente número de Estados sujeitos à sua jurisdição; as suas interpretações das liberdades individuais, desconfiança dos judiciários domésticos em alguns Estados. Em resposta, o Conselho da Europa<sup>21</sup> considerou numerosas propostas para reestruturar o regime europeu de Direitos Humanos e redesenhar a CEDH. O autor do artigo “Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime”, Laurence R. Heffer, argumenta que estas propostas devem ser entendidas não como mudanças ministeriais do processo judicial supranacional, nem como resolução de um debate sobre se o TEDH deve procurar justiça individual ou constitucional, mas sim como levantar questões mais fundamentais sobre a futura identidade do TEDH.

O autor defende igualmente o reconhecimento da integração nos sistemas jurídicos nacionais como um princípio estrutural profundo do TEDH, um princípio que funciona como um contraponto necessário à doutrina subsidiária que está presente na Convenção desde a sua fundação. A integração não substitui as decisões dos Parlamentos nacionais ou dos Tribunais Nacionais. Em vez disso, exige que o Conselho da Europa e o Tribunal reforcem os mecanismos para os Governos remediarem as violações dos Direitos Humanos.

---

<sup>21</sup>Não confundir esta instituição com: o Conselho Europeu - uma cimeira trimestral que reúne os Chefes de Estado e de Governo da UE para fixar as grandes linhas da política da UE. o Conselho da Europa - não é uma instituição da UE.

Segundo ainda o mesmo artigo, desde a sua fundação, há mais de 50 anos, a Convenção expandiu-se em três eixos: jurisdicional, institucional e geograficamente. O que era antes um acordo entre um pequeno grupo de Estados da Europa Ocidental para garantir as liberdades civis e políticas fundamentais por meio de um mecanismo de revisão judicial foi complementado por 14 Protocolos, um dos quais – o Protocolo Nº11 – reformulou o TEDH como um tribunal permanente, em tempo integral, com jurisdição obrigatória sobre todos os Estados membros, aos quais os indivíduos lesados têm acesso direto.

Após a adesão ao Conselho da Europa dos antigos estados do Bloco soviético, o alcance do TEDH estende-se atualmente a 800 milhões de pessoas em 47 países. A Convenção e a diversificação de jurisprudência transformaram o panorama jurídico e político da Europa, qualificando o TEDH como o Tribunal mais eficaz do mundo.

O TEDH é um tribunal *sui generis*. A Convenção não é um conjunto de promessas recíprocas entre as diferentes nações, mas sim um instrumento constitucional de ordem política europeia. O TEDH mantém a ordem calibrando o equilíbrio adequado entre revisão judicial independente e deferência aos tomadores de decisão nacionais. Por um lado, a Corte enfatiza a natureza subsidiária do “mecanismo de supervisão” do Tratado em relação aos “sistemas nacionais de proteção dos DH”. Ao longo do tempo, a Corte manipulou essas ferramentas jurisprudenciais para engendrar uma mudança lenta, mas constante, da esfera de soberania do Estado europeu moderno.

Como resultado dessa erosão crescente do poder do Estado, muitos estudiosos agora argumentam que o TEDH se transformou num Tribunal Constitucional regional. Os defensores da Justiça constitucional instam o TEDH a desenvolver soluções transjurisdicionais para graves problemas de Direitos Humanos, em vez de se concentrar em questões específicas de demandantes ou de países. Antes de mais nada seria fundamental aumentar os mecanismos disponíveis para remediar as violações de Direitos Humanos na legislação nacional, eliminando a necessidade de os indivíduos procurarem soluções a nível regional. Onde esses mecanismos nacionais são inadequados, o TEDH deve aumentar a sua supervisão dos tribunais e órgãos políticos nacionais e fornecer incentivos para que os atores governamentais sigam fielmente a jurisprudência do Tribunal e reparem as violações da Convenção.

Dois fatores foram os principais responsáveis pelo aumento do número de reclamações:

- 1) a adesão de países do antigo Bloco soviético, cujas transições para a democracia eram muitas vezes lentas e irregulares;
- 2) problemas sistêmicos de Direitos Humanos em Estados membros da Convenção há muito tempo.

O apelo dos ministros por uma resposta à iminente crise do TEDH foi respondido com a convocação de vários Comitês e Grupos de Trabalho para estudar o problema e propor soluções. Uma das principais alterações então introduzidas no sistema da CEDH foi o Protocolo Nº14:

- A previsão da possibilidade de adesão da EU à CEDH (art.59,2), que possibilitou a negociação de um projeto de acordo de adesão da União à CEDH (2012), em curso de renegociação;
- As alterações do art. 46º da CEDH e a modificação do sistema de controlo da execução das sentenças promulgadas pelo TEDH: explicação das novas competências do TEDH no âmbito desse controlo e a sua articulação com as competências do Comité de Ministros do Conselho da Europa (art.43, 3 a 5);
- A alteração das formações do TEDH e a previsão do juiz e as suas competências, em especial as decisões se inadmissibilidade das petições individuais; a competência dos comités de três juizes para proferir sentenças de mérito quando exista a jurisprudência bem firmada do TEDH (art. 27 e 2);
- A alteração dos critérios de admissibilidade das queixas individuais (art.35,3).

A CEDH não contém nenhuma disposição relativa aos direitos das minorias semelhante ao artigo 27º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos. Portanto, não há maneira direta para os membros de grupos minoritários reivindicarem direitos minoritários perante O Tribunal Europeu de Direitos Humanos. No entanto, uma série de direitos garantidos pela CEDH são relevantes para as minorias. A Corte Europeia de Direitos Humanos tem também experiência em direitos de minorias com base na aplicação da CEDH, que foi aplicada em relação aos 43 Estados membros em todo o Conselho da Europa.

Atualmente a única referência específica às minorias encontra-se no artigo 14º da CEDH.

*“O gozo dos direitos e liberdades estabelecidos nesta Convenção será assegurado sem qualquer discriminação em razão de sexo, raça, cor, língua, religião, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, propriedade, nascimento ou outro estado”.*

É contrário à CEDH tratar qualquer pessoa, organização não governamental ou grupo de indivíduos de forma discriminatória em relação a um motivo sem justificativa plausível. O Artigo 14 não é independente em relação à não discriminação na aplicação de quaisquer direitos garantidos por lei ou por qualquer autoridade pública.

O TEDH considerou que se um Estado toma medidas positivas para melhorar o status de um grupo minoritário, a maioria não pode alegar discriminação com base em tais medidas. Em geral, deve ser alcançado um equilíbrio que assegure o tratamento justo e adequado a minorias e que evite qualquer abuso de posição dominante. É possível que decisões futuras possam examinar o efeito prático e o impacto de uma lei, em vez de apenas se ela parece não discriminatória à primeira vista, mas ainda não existe um corpo jurídico sólido sobre este assunto.

O uso de uma língua minoritária em privado ou entre membros de um grupo minoritário é protegido pelo direito à liberdade de expressão e garantido pelo Artigo 10. Assim, as minorias têm o direito de publicar os seus próprios jornais ou usar outros meios de comunicação, sem interferência do Estado ou outros. O Estado deve permitir a livre expressão do grupo minoritário, mesmo que isso ponha em causa a estrutura política do Estado.

Outra forma de proteger a identidade da minoria é através da educação das crianças (Artigo 2 Protocolo 1) pertencentes ao grupo. No entanto, não há direito à educação na língua materna sob a CEDH, a menos que já existisse e o Estado tente retirá-lo. Recusar a aprovação de livros escolares escritos no Estado do grupo minoritário pode ser uma violação do direito à liberdade de expressão. Mesmo quando os livros podem dar a visão histórica e da cultura do Estado, o governo deve mostrar que a censura indiscutível ou o bloqueio dos livros foi feito de acordo com a lei e perseguiu um objetivo legítimo, como

a prevenção da desordem. Caberia então ao governo respondente mostrar que as medidas de censura eram necessárias numa sociedade democrática.

O direito individual à liberdade de religião (Artigo 9) inclui o direito de manifestar essa religião, o que permite a uma minoria o grau necessário de controlo sobre os assuntos religiosos da comunidade. A Corte afirmou que o Estado não deve interferir nos assuntos internos da Igreja. A liberdade de pensamento, consciência e religião é um dos fundamentos de uma sociedade democrática no sentido da Convenção. Quando estiver em causa a organização da comunidade religiosa, o artigo 9º deve ser interpretado à luz do artigo 11º da Convenção que salvaguarda a vida associativa, contra a ingerência injustificada do Estado. Nesta perspetiva, o direito à liberdade de religião do crente abrange a expectativa de que a comunidade possa funcionar pacificamente, livre da intervenção arbitrária do Estado. De facto, a existência autónoma das comunidades religiosas é indispensável para o pluralismo numa sociedade democrática e é, portanto, uma questão central na proteção que o Art. 9º oferece.

Os grupos minoritários precisam poder participar ativamente da vida cultural, religiosa, social, económica e pública (Artigo 11, Protocolo I, Artigo 3). A exclusão formal ou de facto da participação nos processos políticos do Estado é contrária aos princípios democráticos defendidos pelo Conselho da Europa. É da essência da democracia permitir que sejam propostos e debatidos diversos projetos políticos, mesmo aqueles que põem em causa a organização do Estado, desde que não prejudiquem a democracia ou os Direitos Humanos.

De acordo com a Corte, *“um grupo minoritário tem o direito de reivindicar o direito ao respeito pelo estilo de vida particular, sob o Artigo 8 da Convenção”*. Por exemplo, a comunidade cigana e os povos indígenas no norte da Europa tentaram levantar tal reivindicação, embora nenhuma aplicação tenha sido bem-sucedida.

## **3.2. A JURISPRUDÊNCIA DO TEDH**

### **3.2.1. A ADMISSIBILIDADE DO TEDH**

Segundo o Guia Prático de Admissibilidade do TEDH, podem ser apresentadas reclamações relativas a atos ou omissões de uma autoridade pública que violem a CEDH contra qualquer dos 47 Estados membros do Conselho da Europa, em que se incluem os 28 Estados-Membros da UE. A CEDH protege todas as pessoas abrangidas pela jurisdição de qualquer dos seus 47 Estados, independentemente da respetiva nacionalidade ou estatuto de residência.

O artigo 13.º da CEDH exige que os Estados assegurem um recurso efetivo perante uma instância nacional para as reclamações apresentadas ao abrigo da Convenção. O princípio da subsidiariedade, entendido no contexto da CEDH, atribui a principal responsabilidade pela garantia do cumprimento da CEDH aos próprios Estados, deixando o recurso ao TEDH como última instância.

As reclamações contra atos ou omissões de um Estado-Membro da UE que violem o direito da União podem ser levadas perante os tribunais nacionais, que são obrigados a garantir que esse direito é corretamente aplicado e podem – e por vezes devem – pedir ao TJUE uma decisão prejudicial sobre o processo no que se refere à interpretação ou à validade da disposição da União Europeia em questão. (Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração, p. 23)

As pessoas que entendem que os seus direitos fundamentais foram violados, podem queixar-se junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A Convenção estabelece, ainda assim, condições de admissibilidade primordiais, às quais as queixas devem obedecer para poderem ser examinadas. Por exemplo, os requerentes devem ter esgotado os recursos que o direito interno lhes oferece e devem apresentar a sua queixa no prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.

À data de 2014, cerca de 78 000 casos estavam pendentes diante das formações judiciais do Tribunal. A experiência e as estatísticas ora referidas mostram claramente que a maior parte dos requerentes individuais não têm um conhecimento suficiente acerca das condições de admissibilidade. Parece que assim também sucede com numerosos consultores jurídicos e práticos do direito. Aquando da Conferência de Interlaken sobre

a reforma do Tribunal, os Estados membros do Conselho da Europa identificaram claramente este problema e apelaram *“aos Estados parte e ao Tribunal para assegurarem a colocação à disposição dos requerentes potenciais, de informações objetivas e completas relativas à Convenção e à jurisprudência do Tribunal, em particular quanto ao processo de apresentação de queixas e aos critérios de admissibilidade”* (ponto 6 da Declaração de Interlaken de 19 de Fevereiro de 2010).

O novo artigo 47º do Regulamento do Tribunal, que endureceu as condições de recurso a este último, entrou em vigor em 1 de janeiro de 2014. Esta modificação do Regulamento, que está acompanhada por uma instrução prática, traz duas modificações muito importantes aos critérios que permitem determinar se uma queixa deve ser rejeitada ou atribuída a uma formação judicial. Em primeiro lugar, o novo formulário de queixa simplificado deve ser integralmente preenchido e acompanhado por todas as peças de suporte, sob pena de não ser examinado. Em segundo lugar, a queixa será em princípio declarada inadmissível por tardia se o formulário de queixa ou o dossier do caso não forem completados após a expiração do prazo de seis meses. O Tribunal alargou o leque dos seus documentos de informação, colocando-os à disposição do público em todas as línguas oficiais dos Estados partes na Convenção.

Embora o número de casos pendentes tenha conhecido uma importante diminuição nestes últimos anos, o Tribunal continua a receber demasiadas queixas que nunca deveriam ter sido apresentadas por não preencherem as diversas condições. Dessa forma, desenvolveu-se um guia prático de admissibilidade para evitar queixas sem fundamento.

**Esquema simplificado de tramitação de uma queixa no Tribunal por formação judicial**

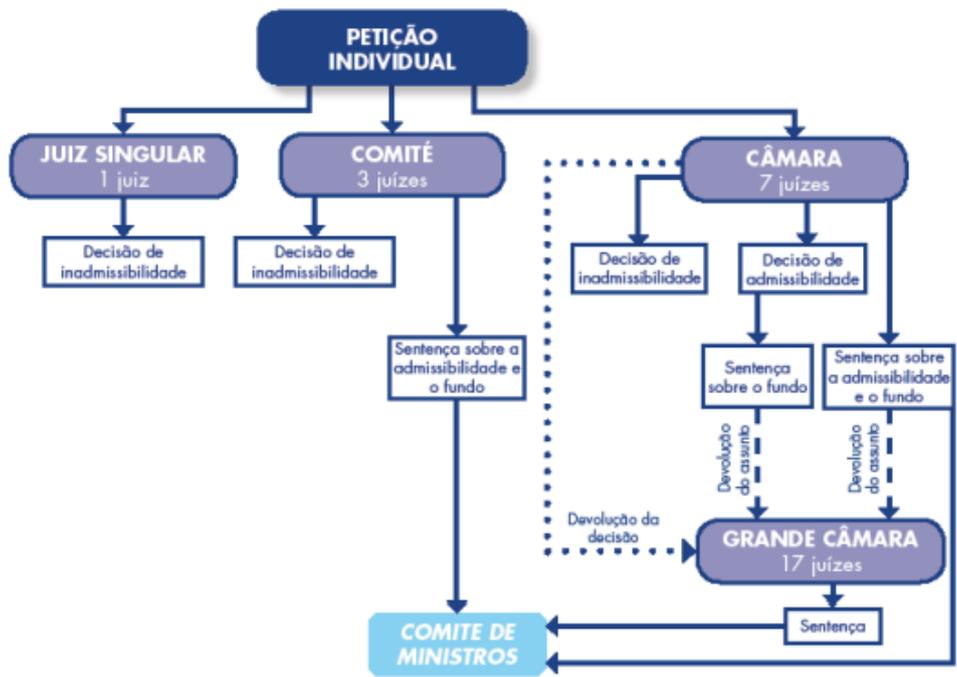


Fig 1 – Esquema simplificado sobre a tramitação de uma queixa perante uma formação judicial

O sistema de proteção dos direitos e liberdades fundamentais introduzido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“a Convenção”) assenta no princípio da subsidiariedade. Incumbe em primeiro lugar aos Estados Partes na Convenção garantir a sua aplicação, devendo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“o Tribunal”) intervir apenas onde os Estados faltaram ao seu dever.

O número de potenciais requerentes é, assim, imenso: além dos oitocentos milhões de habitantes da Grande Europa e dos cidadãos de países terceiros que aí residem ou por aí transitam, é necessário contar milhões de associações, fundações, partidos políticos, empresas, sem esquecer as pessoas que, por efeito de atos extraterritoriais dos Estados Partes na Convenção, praticados fora dos seus respetivos territórios, caem sob a sua jurisdição. Entre as medidas mais visíveis está a adoção do Protocolo n.º 14 à Convenção, prevendo, além do mais, a possibilidade de as queixas manifestamente inadmissíveis serem tratadas por um juiz singular, assistido por relatores não judiciais, e já não por um comité de três juizes. Este instrumento, que entrou em vigor em 1 de junho de 2010, institui também um novo critério de admissibilidade ligado à importância do prejuízo

sofrido por um requerente. Visa desencorajar a introdução de queixas por parte de pessoas que tenham sofrido um dano insignificante.

Numa Declaração solene, os Estados reafirmaram o papel central do Tribunal no sistema europeu de proteção dos direitos e liberdades fundamentais e comprometeram-se a promover o reforço da sua eficácia, preservando ao mesmo tempo o princípio do recurso individual.

- **Categorias de queixosos**

Segundo ainda o Guia Prático de Admissibilidade do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de acordo com o Art. 34º, *“O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus Protocolos. (...)”*. O artigo 34º, instituindo o direito de recurso individual, contém um verdadeiro direito de ação do indivíduo no plano internacional. Constitui além disso, um dos pilares essenciais da eficácia do sistema da Convenção; faz parte “das pedras de toque do mecanismo” de salvaguarda dos direitos do homem.

Para se poder prevalecer do artigo 34º da Convenção, um requerente deve preencher duas condições: deve integrar-se numa das categorias de queixosos referidos nesta disposição, e deve poder pretender ser vítima de uma violação da Convenção.

O direito de recorrer ao Tribunal é absoluto e não admite nenhum impedimento. Este princípio pressupõe a liberdade de comunicar com os órgãos do Tribunal. As autoridades nacionais devem abster-se de exercer qualquer forma de pressão, seja ela qual for, sobre os requerentes, para os levar a retirar ou a modificar as suas queixas. Para o Tribunal, o termo “pressão” designa a coação direta e os atos flagrantes de intimidação dos requerentes declarados ou potenciais, da sua família ou do seu representante em juízo, mas também os atos ou contatos indiretos e de má índole.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considera que desempenha uma função subsidiária relativamente aos sistemas nacionais de proteção dos direitos do homem,

sendo desejável que os tribunais nacionais tenham previamente a possibilidade de resolver as questões de compatibilidade do direito interno com a Convenção.

a) Pessoas singulares

Qualquer pessoa pode reclamar a proteção da Convenção contra um Estado parte, quando a violação alegada ocorreu na jurisdição do Estado em causa, nos termos do artigo 1º da Convenção, independentemente da nacionalidade, do lugar de residência, do estado civil, da situação ou capacidade jurídica.

b) Pessoas coletivas

Uma pessoa coletiva que se considere vítima de uma violação por uma das Altas Partes Contratantes dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus Protocolos apenas se pode queixar diante do Tribunal se for uma “organização não governamental” no sentido do artigo 34º da Convenção. Devem ser qualificados “organizações governamentais”, por oposição às “organizações não governamentais” no sentido do artigo 34º, não apenas os órgãos centrais do Estado, mas também as autoridades descentralizadas que exerçam “funções públicas”, seja qual for o seu grau de autonomia em relação aos referidos órgãos.

Entram na categoria das “organizações governamentais” as pessoas coletivas que participam no exercício dos poderes públicos ou que gerem um serviço público sob o controlo das autoridades. Para determinar se tal é o caso de determinada pessoa coletiva que não uma coletividade territorial, há que tomar em consideração o seu estatuto jurídico, e, sendo o caso, as prerrogativas que tal estatuto lhes confere, a natureza da atividade que exerce, e o contexto em que esta se inscreve.

c) Qualquer grupo de particulares

Qualquer grupo de particulares pode apresentar uma queixa. Todavia, nem as coletividades locais nem os outros órgãos públicos podem apresentar queixas por meio das pessoas singulares que os integram ou que os representam, com referência a ato proibido pelo Estado, de que dependem e em nome do qual exercem os poderes públicos.

### - Representação

Quando os requerentes decidem agir por intermédio de um representante, como prevê o artigo 36º § 1 do regulamento do Tribunal, em vez de apresentarem eles próprios as suas queixas, o artigo 45º § 3 do regulamento exige que apresentem uma procuração escrita devidamente assinada. É fundamental que os representantes demonstrem ter recebido instruções precisas e explícitas da parte da pessoa que se pretende vítima nos termos do artigo 34º e em nome de quem entendem agir diante do Tribunal.

Todavia, podem intervir considerações especiais para as vítimas de violações alegadas dos artigos 2º, 3º e 8º da Convenção da parte das autoridades nacionais, tendo em conta a vulnerabilidade das vítimas, pela sua idade, sexo ou deficiência, suscetível de as impedir de apresentar queixa ao Tribunal, bem como as ligações entre a pessoa que apresenta a queixa e a vítima. Em tal caso, as queixas apresentadas por indivíduos por conta de uma ou mais vítimas foram declaradas admissíveis, mesmo na ausência de mandato válido.

### 3.2.2. AS MODIFICAÇÕES ESTRUTURAIS DO TEDH

Ficou conhecida como **two-tier** a primeira fase de formação da infraestrutura legal, que marca o antigo sistema de Estrasburgo. Durou até novembro de 1998, quando as principais modificações introduzidas pelo Protocolo nº 11 (STE nº 155) substituíram os dois níveis da estrutura, composta pela Comissão Europeia e pelo Tribunal Europeu – de tempo parcial –, num único Tribunal permanente.

Como refere a autora, essas mudanças desencadearam a extinção da Comissão Europeia, e apresentaram-se como um meio – oficialmente declarado – de garantir um maior dinamismo ao processo e democratizar o acesso ao Tribunal. O protocolo nº 11 evitou considerações político-jurídicas mais amplas, acerca do papel ou da finalidade da Convenção, concentrando-se apenas na mecânica institucional e nos modos de garantir um melhor funcionamento das instituições com a redução, sobretudo, dos custos operacionais.

### 3.2.3. O ANTIGO SISTEMA “TWO-TIER”

Durante os anos de 1952-1958, o Comité Jurídico da Assembleia Consultiva destinou-se, maioritariamente, ao refinamento das normas presentes na CEDH e à implementação de novas competências à recém-criada Comissão. O primeiro protocolo adicional foi integrado no corpo do ordenamento jurídico europeu em março de 1952. As suas providências visavam complementar alguns direitos civis e políticos que já haviam sido reconhecidos pelas Nações Unidas, mas cujos direitos ainda não faziam parte da Convenção. (CONVENÇÃO, 2016).

Essas ‘novas liberdades’ procuravam assegurar os direitos individuais de proteção da propriedade privada, a garantia das eleições livres e democráticas e o comprometimento dos Estados em aplicarem territorialmente as diretrizes do acordo. (YEARBOOK, 1962, p. 138- 140). O Conselho da Europa tencionava ainda conceder certos direitos recíprocos e obrigações, em conformidade com os interesses nacionais dos Estados signatários, consolidando o seu ideal de uma ‘união mais estreita’, como modo de estabelecer uma “[...] ordem pública de democracias livres”, e o respeito pelo seu “[...] património comum de ideias e tradições”. (CONVENÇÃO, 2016, p.05)

Esse posicionamento fez com que o autor Andrew Moravcsik (2000, p. 248-249) apontasse a Convenção como um mecanismo que possibilitaria a difusão da democracia liberal no continente. Com uma tentativa conjunta, de “[...] bloquear a governança de seus adversários políticos futuros”, não sendo considerada, portanto, uma forma “[...] de conversão ao altruísmo moral”. Durante os seus primeiros quinze anos de vigência, como argumenta Mikael Madsen (2011, p. 44), “[...] o resultado foi que muitas medidas legais [...] proporcionaram uma espécie de justiça aos indivíduos, sendo ainda cuidadosamente equilibrada com os interesses geopolíticos dos Estados”.

Após a criação do Tribunal Europeu, em 1959, foi aprovado como adição ao texto da Convenção o segundo protocolo adicional: o Protocolo nº 4. Conforme consta no parecer de 1963, esse projeto, além de incorporar mais dispositivos – no que toca ao reconhecimento de certas garantias civis e políticas –, também ampliou as atribuições do próprio sistema de Estrasburgo. De modo diferenciado, essas novas medidas possibilitaram a receção de petições tanto individuais ou de grupo de particulares, quanto ações conduzidas por organizações não governamentais.

Já no que se refere aos direitos conquistados, o Protocolo nº 4 agregou à Convenção a proibição da prisão por dívidas, a liberdade de circulação, o impedimento da expulsão arbitrária de nacionais, bem como da ‘expulsão coletiva’ de estrangeiros (CONVENÇÃO, 2016), sendo todas essas medidas amparadas pela normativa legal da ‘igualdade perante a lei’, sob a garantia do gozo da ‘não discriminação’.

O princípio da não discriminação foi claramente influente na elaboração dos documentos produzidos pelo Tribunal e pela Comissão. Como parte integrante de seu arcabouço, a promoção da ‘igualdade plena e efetiva’ (CONVENÇÃO, 2016, p.51), não excluía ainda a “[...] possibilidade de uma das partes contratantes operarem segundo o princípio da diferença”, desde que tais medidas fossem “[...] objetivas e razoavelmente justificadas”. (CONVENÇÃO, 2016, p.51-52).

YEARBOOK, 1970, p. 854-856 refere:

*[...] um Estado não discrimina se conferir uma vantagem, um privilégio ou se posicionar a favor de um determinado grupo ou indivíduo [...] a questão de uma eventual discriminação surge apenas se a diferença de tratamento em causa equivale a uma “dificuldade” infligida a outras pessoas. Além disso, é necessário que as “dificuldades” não sejam justificadas tendo como base o interesse geral [...] A “apreciação” do “interesse público” não é “isento de avaliação pelos órgãos estabelecidos para a implementação da Convenção” [...] com relação ao artigo 14º: se for aceite que “certas diferenciações possam ser justificadas com motivos razoáveis e legítimos”, a ideia de uma “revisão internacional” requer que a Comissão e o Tribunal tentem verificar os motivos do órgão legislativo, bem como os objetivos e os efeitos da legislação.*

Assim, os Estados poderiam introduzir medidas desiguais de tratamento, desde que não fossem consideradas ‘arbitrárias’ ou se constituíssem como um ‘impedimento’ a outros indivíduos membros da sociedade. Esta distinção legítima referia-se às ações dos Estados para a correção de desigualdades estruturais de origem histórica, económica, social ou de natureza política.

Com base no relatório sobre a jurisprudência europeia sobre o princípio da não discriminação, o Handbook on European non-Discrimination law (2010, p. 21-21) proíbe cenários em que “pessoas ou grupo de pessoas, em situações idênticas, sejam tratadas

diferentemente [ou ainda que], pessoas ou grupo de pessoas, em situações diferentes, sejam tratadas de modo idêntico”. Apesar disso, o Tribunal Europeu passou a condenar somente as formas de ‘discriminação direta’, ou seja, quando existiam diferenças no tratamento de indivíduos em situações análogas ou semelhantes, sem que fossem objetivamente legítimas ou justificáveis.

O parecer aponta que o Tribunal raramente apresentou o conceito de ‘discriminação indireta’ em sua jurisprudência (HANDBOOK, 2010, p.38-39), não a reconhecendo até recentemente. Embora tenha atestado a possibilidade de ações afirmativas como formas de reverter as assimetrias históricas ou as desvantagens estruturais – com a promoção da participação de grupos desfavorecidos –, ele foi relutante em reconhecer, por um longo tempo, a ‘discriminação inversa’. Ou melhor, que *“[...] um mesmo tratamento para pessoas que estão em situações diferentes” poder-se-ia converter num ato discriminatório ou generalizado de inferiorização.* (HANDBOOK, 2010, p.29).

Para Marie-Bénédicte Dembour (2009, p.223-231), a recusa do Tribunal em aderir ao princípio da ‘discriminação indireta’ por tantas décadas, evidenciou que o reconhecimento do racismo e da discriminação pela instituição se traduziu em *“[...] pequenas concessões num espaço onde o racismo cresce mais a cada dia”.* Para a autora, a lentidão em aprová-la foi uma decisão de cunho predominantemente política, que se tornou legítima nos requisitos legais. Referiu-se apenas ao *“[...] não reconhecimento quotidiano do racismo e no seu contínuo silêncio”.*

De acordo com a autora, competiria ao sistema de Estrasburgo a função de reduzir ou eliminar os efeitos sociais dessas duas formas de domínio hierarquizado, no sentido de diminuir a subordinação, a marginalização e a exclusão. Caberia assim ao Tribunal e à Comissão a proteção de indivíduos contra modos velados de desrespeito – neste caso, de padrões legalmente institucionalizados – que ainda reproduzem relações assimétricas de poder nas sociedades europeias. (DEMBOUR, 2009).

No que se refere à adição das diretivas de ‘igualdade’ e ‘não discriminação’, o sistema *two-tier* também inviabilizou discursivamente a possibilidade de *“[...] invocar o facto de que um ato não foi abusivo ou contra ‘bonos mores’, porque foi conformado numa ideologia dominante sobre a discriminação contra pessoas em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, ideologia ou oposição política”.* (YEAKBOOK, 1960, p. 260).

Sob essas circunstâncias procurou-se evitar discursos discriminatórios salvaguardados em perspectivas culturais de grupos majoritários. Tal norma definiu o escopo de aplicabilidade do artigo 14º da CEDH, apresentando os seus possíveis efeitos práticos. (YEARBOOK, 1970, p. 882).

Em 1966, a Comissão Jurídica da Assembleia Consultiva apoiou a Recomendação 453, sobre as medidas a serem tomadas contra a incitação ao ódio racial, nacional e religioso, nos âmbitos nacionais e internacionais. Foi sugerido ao Comitê de Ministros que:

i) convidassem os Estados signatários da Convenção para iniciarem uma “[...] *legislação eficaz contra a incitação ao ódio racial, nacional e religioso*”, e onde essa legislação já estivesse em vigor, que o Comitê estimulasse a verificação do seu ‘alcance’ e ‘efetividade’, “[...] à luz das circunstâncias do tempo presente”;

ii) que o Comitê transmitisse aos governos nacionais uma ‘lei modelo’ para assistência, conveniência e utilização de tal diretriz contra a incitação ao ódio nas legislações nacionais, incorporando ainda os princípios jurídicos que a Assembleia considerasse como essenciais para a ‘boa convivência’ democrática; e, finalmente,

iii) que instruisse o Comitê de Peritos para esboçar um projeto relativo a uma lei uniforme contra o ‘incitamento ao ódio racial, nacional e religioso’ na Convenção. (YEARBOOK, 1968, p. 66).

A ‘lei modelo’ definiu, sobretudo, que uma pessoa seria culpada de crime ou infração pelo Tribunal ou pela Comissão,

#### Artigo 1º

a) se chama[sse] publicamente ou incita[sse] o ódio, a intolerância, a discriminação ou a violência contra pessoas ou grupo de pessoas distinguidas pela cor, raça, etnia, origem nacional ou religiosa;

b) se insulta[sse] pessoas ou grupo de pessoas, se as prende[ssem] arbitrariamente, ou as despreza[ssem], as calunia[ssem] em conta de suas particularidades mencionadas no parágrafo (A).

#### Artigo 2º

a) [...] se publica[ssem] ou distribui[ssem] matéria escrita que visa[sse] alcançar os efeitos previstos no artigo 1.

b) ‘matéria escrita’ inclui qualquer escrita, sinal ou representação visível.

Artigo 3º Uma pessoa será culpada de infração nos termos dos Artigos 1 e/ou 2.

Artigo 4º As Organizações cujos objetivos ou atividades se insiram no âmbito dos arts 1 e 2 serão processadas e proibidas.

#### Artigo 5º

a) Uma pessoa deve ser culpada de um delito, se ela utiliza publicamente insígnias das organizações proibidas, nos termos do Art.4.

b) “insígnias” são, em particular, bandeiras, emblemas, uniformes, slogans e formas de saudação.

#### 4. AS PERSPETIVAS DE INCLUSÃO E DO RECONHECIMENTO DAS DIFERENÇAS IDENTITÁRIAS DO TEDH

Para o nosso trabalho, recorreremos neste capítulo ao estudo de Vanessa Capristano Ferreira, intitulado “Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: uma análise a partir das perspetivas de inclusão e do reconhecimento das diferenças identitárias”.

A autora parte duma análise factual dos casos de intolerância e racismo (artigo 14º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos) julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, pretendendo identificar os atuais quadros limítrofes da promoção da inclusão social e do reconhecimento das diferenças no continente europeu.

Numa segunda parte, analisa a Teoria Reconstitutiva do Direito de Jürgen Habermas e a Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth.

Finalmente, a autora procura elaborar uma crítica - com exemplos práticos - sobre os efeitos colaterais de um sistema de direitos efetivado e legitimado pelas vias particularistas de uma cultura ocidental majoritária, que silencia a arbitrariedade e a opressão a que são submetidos os grupos constantemente inferiorizados e não incluídos no direito moderno.

A autora começa por fazer um historial anterior à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Assim, afirma que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, regida pela doutrina dos direitos naturais, possibilitou o surgimento da aceção de que todos os seres humanos possuem direitos pela sua “[...] *igualdade essencial, como seres dotados de liberdade e razão*”. Após a definição das perspetivas individuais e coletivas no campo jurídico, essa nova constelação de valores influenciou a aplicação dos direitos (vistos como fundamentais), no âmbito do exercício da cidadania nos Estados modernos e na criação de estruturas jurídicas eficazes para a implementação de tais diretrizes no escopo social.

O sistema de direitos, anteriormente restrito às fronteiras nacionais e ao desenvolvimento interno do Estado de direito, foi ampliado com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. No art. I da declaração, é reiterado que “[...] *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”, sendo ainda atribuído, no seu preâmbulo, a aproximação dos direitos fundamentais ao novo conjunto de valores ascendentes. Isto é, na defesa “[...] *[d]a fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana*”, como sendo os princípios

normativos a serem seguidos também no âmbito internacional. (HABERMAS, 2012, p.07).

Com a radicalização dos conceitos de ‘liberdade’, ‘igualdade’ e ‘justiça’, em 1950, sob o anseio de “[...] *promover a unidade europeia, proteger os direitos humanos e fomentar o progresso económico e social*” (COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.264), é celebrada no seio do Conselho da Europa (CE), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

A CEDH traduziu-se num mecanismo de reconhecimento universal dessa condição de igualdade essencial, visando a “[...] *proteção e o desenvolvimento dos direitos humanos*”, os quais passaram a constituir-se como “[...] *as verdadeiras bases da justiça*”, que repousam “[...] *num regime democrático e no comum respeito aos direitos do homem*”. (CONVENÇÃO).

E a autora prossegue, afirmando: *“Ao incipiente papel dos direitos individuais clássicos, foram incorporados no seio da CEDH os debates atinentes aos direitos económicos, sociais e culturais, com a adição formal da Carta Social Europeia em 1961 e do Protocolo Adicional em 1988. No entanto, a sua contribuição mais notória deu-se a partir da criação dos órgãos destinados a julgar e a executar sentenças, acerca da transgressão dos direitos humanos na Europa, por meio do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, respetivamente. No que toca às competências do Tribunal, desde que foi instituído em 1959, pode-se considerar a preservação dos valores inspirados no Estado de Direito (para além dos seus restritos projetos nacionais), a defesa da democracia pluralista e, acima de tudo, a proteção dos direitos do homem e de suas liberdades inteligíveis. A sua assistência passou a estender-se a todos os cidadãos europeus membros da União Europeia e dos demais Estados que compõem o Conselho da Europa, bem como dos não cidadãos, os quais residem no seu espaço jurisdicional.”* (in Vanessa Capristano Ferreira)

A autora refere que o Tribunal Europeu (também conhecido como Tribunal Europeu, Tribunal de Estrasburgo, Corte Europeia dos Direitos Humanos e/ou Corte de Estrasburgo) se apresenta hoje como um órgão de representação dos valores universalistas e de validação dos direitos humanos, sob a forma do exercício pleno de um modelo de cidadania transnacional.

Este é um órgão incumbido de julgar casos individuais de violação dos Direitos Humanos

na Europa, tendo como base a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e os seus protocolos adicionais. Os casos são encaminhados por vítimas diretas ou indiretas e analisados por um juiz singular, o qual é assessorado por um conjunto de relatores não judiciais. Se a queixa for considerada admissível, o caso é avaliado com base na jurisprudência anterior do Tribunal pelo comitê de juízes (formado por três membros) ou pela Câmara (formada por sete juízes), sendo assim, atribuída a sentença. No entanto, se não houver precedência na história do Tribunal, o caso é encaminhado para o julgamento da “Grande Câmara” (composta por 17 juízes) e deliberado a sentença, que é obrigatória. Se a queixa for considerada inadmissível em qualquer uma das fases do processo, é impossível a apelação ou o pedido de reavaliação do caso, tendo como base o mesmo processo e/ou os mesmos factos.

Com o aumento das dificuldades dos governos ocidentais de lidarem com os conflitos que ameaçavam subjugar os seus povos e nações, tornou-se imperioso o aprimoramento da cooperação europeia como a ‘única forma de superação’, seja do acometido sofrimento humano ou da devastação financeira que assolava o continente. A internacionalização dos direitos humanos pela ONU com a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH de 1945, também foi responsável pela difusão dos ideais de ‘liberdade’, ‘igualdade’ e ‘justiça’, que se tornariam, a partir de então, a fonte moral de legitimidade de todo o Estado de direito que se pretendesse democrático, do ponto de vista substancial. A Declaração continha ainda, em síntese, a ‘universalidade’ abstrata já proclamada pelos direitos naturais, a ‘particularidade’ concreta dos direitos positivos e a inspiração para o futuro, isto é, “[...] o ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações”. (BOBBIO, 2004, p. 19).

A necessidade de resgatar a dimensão político-democrática perdida no decorrer das duas grandes guerras, de promover a unificação económica europeia – para evitar a dominação soviética –, e a atribuição de um papel central à preservação da dignidade humana – que assumia uma dimensão internacionalizada e institucionalizada–, mesclaram-se num novo projeto regional, inspirado na “[...] euforia de superação e na busca por ideais e tradições em comum.” (AROLD, 2007, p. 07).

No Congresso da Europa – ocorrido em Haia em 1948 –, evidenciou-se de modo contundente que “[...] não havia uma clara distinção entre a Europa de mercado e a Europa como um dos pilares centrais dos direitos humanos. [...] [Assim], a ideia de

*integrar a Europa através dos direitos humanos tomava o seu caminho próprio na história.*”. Christoffersen e Madsen (2011, p. 01)

Sob a égide do Comitê Internacional de Coordenação dos Movimentos para a Unidade Europeia – ICMEU [Posteriormente conhecido e denominado Movimento Europeu.], o Congresso, presidido por Winston Churchill, reuniu cerca de 800 participantes, dentre eles estadistas, deputados, empresários, sindicalistas e cientistas. A visão que predominou no encontro foi de concretização do ideal de uma ‘Europa Unida’, com a generalização do modelo da social-democracia e da cooperação, prioritariamente, intergovernamental. (BATES, 2011, p. 19-20).

Como se pode notar na Resolução Política de 07 de maio de 1948, a meta declarada dos governos engajados assentava na realização gradativa da “[...] *democracia social, cujo objetivo [seria] libertar os homens da escravidão e de toda a insegurança económica, tal como da democracia política que tend[ia] a protegê-los contra o poder arbitrário*”.

Convocou-se uma Assembleia Consultiva, para estabelecer medidas políticas, económicas e legais compartilhadas, isto é, um verdadeiro plano de ações, com vistas a consolidar não apenas a unidade europeia, mas edificá-la segundo as premissas democrático-ocidentais. Preconizou-se também a adoção de uma Carta Europeia dos Direitos do Homem e a criação de um futuro Tribunal de Justiça, que garantiria o cumprimento de suas diretrizes também no âmbito supraestatal. (BATES, 2011, p.20).

Após a realização do Congresso, o Movimento Europeu produziu um anteprojeto intitulado a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, um documento inicial de trinta e duas páginas que já continha uma proposta de criação de um Tribunal e listava onze direitos e liberdades a serem garantidos pelos Estados-membros do recém-formado Conselho da Europa.

No texto integral da Convenção do Movimento Europeu foram elencados, respetivamente:

- i) o direito à vida e à integridade física;
- ii) a proteção contra a prisão, a detenção ou o exílio arbitrário;
- iii) o direito à liberdade da escravidão e à revogação do trabalho obrigatório ou discriminatório de algum tipo;
- iv) o direito à liberdade de expressão e de opinião em geral;
- v) o direito à liberdade de religião, crença, prática e ensino;

- vi) o direito à liberdade de associação e de reunião;
- vii) a proteção dos direitos naturais decorrentes do casamento e da paternidade, bem como os relativos à família;
- viii) o direito à propriedade;
- ix) a igualdade perante a lei;
- x) o direito à proibição da discriminação em razão da religião, raça, nacionalidade, opinião política ou outra; e, finalmente,
- xi) a proteção contra a privação arbitrária da propriedade.

(Ferreira, V., pp. 25-26)

A Convenção Europeia da década de 1950 foi ainda ambígua na sua missão, ora fundada com a intenção de se constituir como um ‘pacto para ação coletiva e de segurança’ dos Estados ocidentais, ora como um instrumento facultativo de ‘garantia dos direitos individuais’ (ou seja, um verdadeiro Tratado Europeu dos Direitos Humanos), mas sem mecanismos de controle e garantias eficazes – o que colocava em dúvida o seu real intento de se constituir como um instrumento genuíno para a proteção humana inclusiva e para a promoção da ‘justiça social’.

À Convenção Europeia, inicialmente, coube a função de preservar os direitos humanos e as liberdades acordadas no seu texto – sem direito de expansão posterior –, reafirmando as crenças público-políticas de que somente a defesa desses direitos poderiam garantir as verdadeiras bases da paz e da justiça de que a Europa tanto precisava. (Ferreira, V., 2019, p. 31)

No ano seguinte à sua implementação veio a primeira aquisição do acordo: a criação da Comissão Europeia dos Direitos Humanos – responsável por filtrar os casos de violação dos direitos humanos nos Estados signatários e formular pareceres avaliativos a serem direcionados ao Comité. (Ferreira, V., 2019, p. 31)

Foi somente com a aceitação maioritária<sup>22</sup> da jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em janeiro de 1959, que a “[...] *Convenção Europeia foi trazida à vida [...] através da criação da jurisprudência de Estrasburgo, tendo como base os casos de apelação individual*”. (Ferreira, V., 2019, p. 32)

<sup>22</sup>O Reino Unido só aceitou a cláusula opcional do direito de petição individual e, consequentemente, a jurisdição do Tribunal Europeu em 1966. Em 1973, foi a vez da Itália e da Suíça seguirem o exemplo. A França aceitou a sua jurisdição apenas após a morte do Presidente Pompidou, em 1974. Em 1975, foi a vez da Grécia, Espanha e Portugal de se integrarem na estrutura da CEDH, após o fim dos regimes autoritários de Franco e Salazar e dos ‘coronéis gregos’.

Ao Tribunal Europeu coube o dever de julgar e implementar a Convenção, decidindo sobre as possíveis transgressões dos direitos do homem e do cidadão, no desígnio dos seus Estados signatários. Foi ressaltado, desde o princípio, que as decisões agissem de acordo com as particularidades nacionais, e que levassem em conta as principais constituições democráticas modernas. Recentemente, no caso de *Rekvenyi versus Hungria* (processo nº 25390/94)<sup>19</sup> – sobre a garantia do direito de livre associação (artigo 11º da CEDH) –, o Tribunal Europeu consolidou o seu papel internacional contraditório como uma instituição jurídica de defesa dos direitos humanos, mas ainda centrado em características político-tradicionais por adotar – a partir da década de 1990 – a doutrina da margem de apreciação. (Ferreira, V., 2019, p. 32)

#### **4.1. INCLUSÃO SOCIAL E O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO**

Continuando a seguir a autora do estudo, iremos agora apresentar as perspectivas de Jürgen Habermas e Axel Honneth, para um melhor entendimento dos quadros europeus de vida (do abstrato para o concreto), suas formas de superação prática e os resultados empíricos da pesquisa de campo – realizada no Centro Europeu pelos Direitos do Povo Cigano (ERRC).

Habermas evocará a relevância dos direitos humanos para a produção da legitimidade do poder nos regulamentos das relações sociais existentes no Estado de direito atual, e considerá-los-á a base de articulação e viabilização da cooperação social, da solidariedade, da democracia deliberativa e da emancipação humana. Assim, os direitos humanos transformar-se-ão no único critério possível de ser empregue para avaliar o nível de efetividade das democracias europeias, da participação nas instituições público-políticas e do estágio moral de ‘libertação’ de seus atores. A sua tentativa assentará na superação dos conflitos e divisões socioinstitucionais que ainda impedem a conquista de uma nova forma de universalismo, não mais focada em conceitos tradicionais e exclusivistas, mas sim na crítica sólida do papel e do comportamento do Estado e dos seus atores.

Axel Honneth irá trazer a importância das esferas do amor, do direito e da sociedade civil para a conquista da ‘liberdade social’, uma vez que essas esferas proporcionam sentido à autonomia dos sujeitos. Autonomia essa basilar para a consolidação da dignidade humana e do próprio projeto normativo do Estado democrático de direito.

Através das diversas facetas do processo de formação da personalidade humana e dos mecanismos democráticos de ‘inclusão social’, o autor ressaltará como as instituições de ‘reconhecimento recíproco’ se transformam quotidianamente num bem único e primordial para a promoção da ‘justiça social’, dos laços comunitários de ‘solidariedade’ e da cooperação nas sociedades europeias contemporâneas.

#### **- Habermas**

Com a negação do abandono derrotista dos discursos sobre o papel fundamental do Estado de direito e da auto-organização democrática, Jürgen Habermas, na sua obra “Direito e Democracia”, procura incorporar nas recentes teorias filosóficas da justiça as teorias sociológicas do direito, com a intenção de edificar uma teoria procedimentalista<sup>23</sup>.

O autor nomeia de ‘falso realismo’, as análises contemporâneas que subestimam a eficiência dos pressupostos normativos existentes nas práticas sociojurídicas já institucionalizadas, aceitando que, embora o sistema de direitos não seja absoluto – nem se constitua como uma categoria homogênea e livre da instrumentalização sistémica –, ele ainda oferece o núcleo normativo-discursivo capaz de criar asserções criticáveis e abertas ao esclarecimento argumentativo. (HABERMAS, 1997a, p.09-21). Ou seja, no interior do paradigma da linguagem encontramos uma estrutura comum de validação (intersubjetiva) das normas, as quais apelam tanto para a concretização das liberdades subjetivas dos indivíduos como também para a autodeterminação democrática das sociedades multiculturais, conferindo a única fonte de legitimidade possível ao direito moderno e às políticas governamentais.

Por isso, no contexto da obra, Habermas reafirma a sua intenção de dar continuidade a uma teoria crítica da sociedade, a partir da ofensiva tarefa de democratizar radicalmente a vida social europeia e submeter as conhecidas ‘instituições da liberdade’ à crítica e às transformações reflexivas permanentes. (HABERMAS, 1997a, p. 09-15).

---

<sup>23</sup>[Procedimental porque é formal, no sentido de que não pode ser orientado por nenhuma forma de vida determinada, por nenhum modelo concreto do que deva ser a sociedade ou os cidadãos que vivem no Estado democrático de direito.

Para o autor, essa revitalização da ordem democrática e de suas instituições é primordial para a devida correção das questões de justiça, uma vez que ambas as esferas incorrem rotineiramente numa diluição de naturalizações e engessamentos indevidos, imunizando-se “em muitos de seus conteúdos e formas de funcionamento”.

É importante assim, “[...] *subtrair o caráter de necessidade dogmática que acompanha os conteúdos do Estado democrático de direito na sua compreensão tradicional e reapresentá-lo como elementos submetidos à prova dos processos democráticos [e deliberativos].*”

Habermas introduz uma visão mais rica de democracia, a deliberativa ou participativa, não limitada à questão do regime político, mas conectada ao Estado de direito, isto é, ao grau de efetividade dos direitos da cidadania na sociedade. No interior dessa concepção, o direito aparece indissolúvelmente ligado à democracia, cujo desenvolvimento depende das condições de comunicação e procedimentos de formação da opinião e da vontade democráticas.

Habermas também se volta para o entendimento dos diversos bloqueios existentes no interior das práticas sociojurídicas atuais e para a relação externa que o sistema de direitos estabelece com os demais âmbitos da vida. O direito não é concebido aqui como mero instrumento de dominação ou manutenção do poder político (nascido do Ocidente), nem como um simples mecanismo de obtenção da ‘liberdade’, da ‘igualdade’ e da ‘justiça’ abstratas. Mas sim como uma ‘linguagem universal e transcultural’ capaz de normatizar as relações entre os indivíduos e povos, viabilizar a cooperação social e explicitar a ‘justa’ imbricação dos direitos humanos com a soberania popular, consolidando assim as tão almejadas autonomia e autodeterminação democráticas. (HABERMAS, p. 07).

O direito pauta-se ainda pelas constantes lutas sociais pela interpretação/satisfação das reivindicações historicamente não cumpridas, nas quais os atores coletivos estão envolvidos. Uma teoria do direito corretamente entendida, sob a perspectiva habermasiana, exige uma política democrático-deliberativa que proteja a integridade dos indivíduos nos seus contextos fundamentais de vida, bem como enfatize a constante reatualização do sistema por meio dos indivíduos e seus vínculos cidadãos. (HABERMAS, p. 229-237).

Em síntese, somente o contexto democrático é capaz e viável para a produção legítima dos direitos, os quais podem proporcionar a ‘emancipação’ e as lutas contra as patologias da modernidade. Os direitos humanos aparecem aqui, simultaneamente, como a ‘base’ e a ‘possibilidade’ mediante as quais todos os demais direitos podem ser aperfeiçoados na ação comunicativa.

No entanto, a sua eficiência contemporânea ainda é paradoxal, porque, “[...] a esfera jurídica [também] se mostra como um local onde se manifestam explicitamente os conflitos observados entre os imperativos sistêmicos que regulam instrumentalmente a vida social e os potenciais comunicativos que possibilitam a determinação autónoma do comportamento” dos indivíduos.

O papel transformador atribuído por Habermas ao direito está em que este tem a dupla face, tem pés fincados tanto no mundo da vida como no sistema, serve tanto ao poder comunicativo como ao poder administrativo. De um lado, ele é a voz da administração e do sistema, em que a norma e sanção são inseparáveis uma da outra, ou seja, em que o direito aparece como coerção, ainda que coerção legítima. De outro lado, o direito é expressão, simultaneamente, de um processo de formação coletiva da opinião e da vontade, sem o qual seria apenas um estabilizador de expectativas de comportamento e não a expressão da autocompreensão e da autodeterminação de uma comunidade de pessoas de direito que ele também é. Nesse sentido, o direito pode tanto ser tomado de uma maneira unilateral e distorcida para servir unicamente de instrumento de colonização do mundo da vida pelo sistema, como ao contrário, o direito pode ser portador de impulsos de reação à colonização e mesmo de movimentos ofensivos para orientar processos sistêmicos num sentido determinado [em prol da emancipação].

Isso significa, em sentido amplo, que a linguagem da feição moderna dos direitos seria a responsável por conduzir as comunicações e os seus respetivos influxos provenientes do mundo da vida – advindas das esferas públicas autónomas e dos âmbitos privados dos sujeitos de direito – aos patamares institucionais mais altos, rumo aos processos de tomada de decisão, através da vasta participação da sociedade civil e da ação dos novos movimentos sociais. De outro lado, o direito também pode ser utilizado em prol dos códigos especializados do sistema de ação autorregulados, movendo assim as engrenagens tradicionais regidas pela lógica instrumental, padronizada, empobrecida e

desagregadora. Em suma, sem esse ‘transformador’ e ‘mediador’ moderno, a linguagem comum não poderia circular por toda a sociedade, aprofundando-se em cada embate político-jurídico e em cada um dos níveis alcançados.

É preciso frisar que o seu objetivo é o de oferecer – do ponto de vista democrático-inclusivo –, uma legitimação social da longa cadeia de decisões políticas no âmbito do Estado de direito moderno e abordar a sua relação intrínseca com os vários aspetos democráticos e universalistas da proteção humana. Âmbitos esses que serão posteriormente alargados pelo autor em “*A constelação pós-nacional*” e “*Sobre a constituição da Europa*”, englobando também o nível internacional.

Deste modo, nas formulações habermasianas, as diversas demandas sociais deveriam passar das redes periféricas da esfera público-política para a esfera jurídico-institucionalizada, a fim de reduzir as pretensões colonizadoras e patológicas de um sistema resguardado pelo cerne económico-instrumental. (NOBRE, 2008, p. 22-27).

Essa transição seria feita basicamente através de procedimentos reconstrutivos e construtivos do sistema de direitos moderno, da lógica jurisdicional e da política democrático-deliberativa. Política essa que favoreceria a satisfação igualitária da autonomia dos indivíduos, o seu reconhecimento moral intersubjetivo e a coexistência de diferentes tradições culturais, sem a existência de relações assimétricas de poder voltadas para as contínuas inferiorizações sociais inescrupulosas. (HABERMAS, 2001, p. 162-163).

Habermas abordará preliminarmente, no seu estudo, o sistema moderno de direitos a partir de duas dimensões que ele considera como sendo fundamentais, i.e., a facticidade e a validade das normas. A primeira está presente no interior do próprio direito e na sua jurisdição, ligada à sua positividade que estabiliza as expectativas de conduta através de justas coerções impostas aos seus destinatários. Sendo considerada, portanto, como um produto da realidade social mutável. A outra versa sobre as pretensões de autocompreensão do direito moderno com a realidade de seus contextos sociais plurais, ou seja, com a exigência de legitimidade social que resvala obrigatoriamente na expectativa das normas jurídicas serem formuladas pelos seus próprios destinatários, seguindo assim as formas racionais de acordo conquistadas pelas vias de uma democracia procedimentalista.

*“A teoria tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade. E, ao tomar tal decisão arriscada, ela preserva, de um lado, o engate na interpretação clássica de um nexó interno entre sociedade e razão, que pode ser mediado de diferentes maneiras, portanto um nexó entre circunscricões e coerções pelas quais transcorre a reprodução da vida social; de outro lado, ela não abandona a ideia de uma condução consciente de vida. [...] As normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais [e plurais], mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado”.*  
(HABERMAS, 1997, p. 25).

Ao sistema moderno de direitos caberia ainda a função adicional de assegurar a formação da solidariedade nas sociedades plurais em detrimento da fragmentação, exclusão e formas alternativas de inferiorização do Outro. Visto que não deveria mais haver um conjunto de valores pautados em antigas lealdades grupais ou religiosas. Por isso, a solidariedade social deveria ser justificada segundo uma espécie de lealdade democrática procedimental, superando assim as cosmovisões metafísicas dominantes. *“As orientações práticas só poderiam ser obtidas através de argumentações, isto é, através de formas de reflexão do próprio agir comunicativo”* (HABERMAS, 1997a, p. 132). E os inúmeros grupos humanos de origem étnica e cultural diversas relacionar-se-iam uns com os outros através do *“[...] fundamento do respeito recíproco das pessoas do direito uma pelas outras. O preço por ‘suportar’ diferenças éticas desse tipo também [seria] juridicamente exigível, desde que se assegurasse] o direito a uma coexistência de diferentes formas de vida”* (HABERMAS, 2001, p. 312).

A solidariedade seria assim fruto de uma contínua tolerância social, sob o ponto de vista ético-moral, que se regulamentaria numa igualdade boa para todos com vistas às reivindicações prioritárias da coexistência sob a igualdade de direitos, com sensibilidade às diferenças identitárias.

Uma boa fundamentação do sistema moderno de direitos deveria *“[...] levar em conta os [múltiplos] aspetos da justiça, isto é, antes de querer ou aceitar um programa, precisamos saber se sua implementação é igualmente boa para todos”* (KEINERT; HULSHOF; MELO, 2008, p. 87).

Portanto, Habermas insistirá na sua missão de atribuir um sentido universalista e inclusivo ao sistema de direitos, assim como validar as suas regras circunscritas no que se refere aos indivíduos e às práticas público-políticas realizadas por todos (sem discriminações ou inferiorizações no bojo de seus processos de formulação e aplicação). Em suma, essas formulações permitir-nos-ão atestar que as ordens modernas do sistema de direitos só poderiam ser ‘legitimadas’ – segundo fontes que não as coloquem em contradições explícitas com os ideais ético-morais de convicções deliberativas de uma vida pós-tradicional –, bem como atribuir um maior ou menor grau de opressão ou emancipação através das práticas político-sociais e dos usos continuados que fazemos delas.

Segundo Habermas (1997, p. 133), “[...] argumentos em prol da legitimidade do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal, bem como com os princípios éticos de uma conduta de vida autorresponsável”. Vida essa projetada racionalmente pelos indivíduos e coletividades, com a utilização dos seus mecanismos democrático-inclusivos. Por outras palavras, somente com a universalização dos direitos poderíamos obter as condições sociais para que todos os atores, não obstante as suas peculiaridades, se tornassem aptos a participar nas práticas deliberativas. Sem a inclusão social não existiria o direito legítimo e sem o direito não existiria a inclusão social.

Apesar disso, com frequência – como foi observado nos capítulos anteriores –, o sistema de direitos impôs-se na vida social das comunidades pós-tradicionais com interesses suficientemente não filtrados, servindo-se da sua força legitimadora para ocultar a sua imposição patológica e distorcida, culminando em padrões dominantes, hierarquias de poder e estratificações sociais. Apoiou-se em garantias de metas sociais, protegendo-se das críticas e refletindo a distribuição desigual do poder social. Ou seja, à primeira vista o direito apareceu como um instrumento essencial para a garantia da integração social e da solidariedade, mas por vezes tornou-se irrisório por não se apoiar em formulações verdadeiramente democrático-inclusivas e nas reivindicações provenientes dos seus contextos plurais de formulação. Segundo Habermas, “[...] o direito moderno continua sendo extremamente ambíguo da integração social, pois com muita frequência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo” (HABERMAS, 1997, p. 63).

Por todas essas razões, detalhar-se-ão a seguir os diferentes aspetos desse projeto crítico-racionalista que nos auxiliará na difícil tarefa de demonstrar a plausibilidade da teoria reconstrutiva do direito de Jürgen Habermas e do seu potencial reflexivo para avaliarmos a atual situação da proteção humanitária na Europa e a sua proposta de promoção da 'igualdade', da 'liberdade' e da 'justiça' nos recentes contextos sociais. Identificar-se-ão ainda os seus respetivos bloqueios jurídico-normativos, assim como apresentaremos “[...] a unidade do próprio direito, aquilo que faz dele único na multiplicidade de seus usos, atribuições e funções”.

Isso permitirá que coloquemos a esfera jurídica permanentemente à prova não apenas pelos seus diferentes tribunais ou parlamentos, mas principalmente, pelos quotidianos de vida. Com esse intento, “[...] a dimensão emancipatória inscrita nas normas poderá ser mobilizada contra obstáculos sociais, políticos e económicos, assim como normas conservadoras [e altamente discriminatórias] poderão ser desafiadas no vasto campo das lutas sociais concretas”.

O apelo à proteção universal dos direitos humanos aparecerá ao fim na “indignação dos humilhados pela violação de sua dignidade humana”, sendo deduzidos tanto da fonte crítico-racional quanto das reivindicações públicas de carácter histórico-sociais. O seu papel catalisador dar-se-á mediante as “[...] reivindicações que se voltam contra o alargamento das grandes diferenças sociais e contra a exclusão de grupos inteiros do circuito integral da cultura e da sociedade” europeias. (HABERMAS, 2012, p. 11-16).

#### **- HONNETH**

O modelo filosófico de Hegel – do período de Jena –, inspirou Axel Honneth (2003) a considerar que o desenvolvimento social e a personalidade humana estavam vinculadas à teoria do reconhecimento. Nesse modelo, Honneth encontrou os elementos substanciais para compreender a evolução das sociedades modernas, a partir do conflito moral-intersubjetivo, uma vez que o jovem Hegel apresentou a luta entre os sujeitos – pelo reconhecimento de suas pretensões –, como uma tensão associada ao aprimoramento prático e político das instituições geradoras da liberdade social. A partir desse caminho conflituoso – inerentes à vida em sociedade –, as medidas institucionalizadas nessa poderiam ser alteradas ou modificadas. O mais emérito da teoria hegeliana seria justamente a ideia de que o contrato social entre os homens não

encerraria as lutas por reconhecimento tendo como medium a moral. (HONNETH, 2007, p. 29-30).

Portanto, seriam essas relações conflituosas e os processos de reconhecimento recíproco que propiciariam uma etapa de interação social mais madura e solidária, capaz de conciliar tanto as particularidades quanto as diferenças, num quadro jurídico que não desconsidere as dimensões da individualidade humana e das coletividades totalizantes. Ou seja, por intermédio da 'luta' seria possível provar a incondicionalidade moral de todos os sujeitos envolvidos, bem como suas respectivas habilidades, capacidades e estimas. Essa etapa é considerada por Honneth (2003) como o estágio mais elementar da experiência humana no processo de formação de suas identidades, através das quais os indivíduos se podem conceber, de modo definitivo, como pessoas dignas de valor e dotadas de direitos.

*[...] a "vontade universal" é concebida por Hegel como um medium englobante, capaz de se reproduzir unicamente através da práxis intersubjetiva de reconhecimento recíproco. A esfera do 'ser-reconhecido' forma-se pela via de uma acumulação dos resultados de todos os processos de formação individual tomados conjuntamente e por sua vez é mantida em vida somente pela nova constituição dos indivíduos em pessoas de direito [...] Hegel chega a dar um passo decisivo para além desse modelo mais estático, voltando a incluir em sua exposição da realidade social os próprios esforços dos sujeitos por reconhecimento, como uma força produtiva transformadora. (HONNETH, 2003, p. 95).*

Assim, a partir das três 'esferas de reconhecimento' desenvolvidas por Hegel – i.e., o amor e a amizade, as relações jurídicas e a solidariedade –, Honneth (2003) irá basear-se para construir a sua própria versão de teoria crítica da sociedade. Com isso, ele pretende explicar as mudanças sociais desencadeadas através das lutas sociais e propor uma concepção normativa de eticidade, segundo diferentes dimensões de reconhecimento. Porém, o autor não quer apresentá-las de forma puramente teórica e procura conferir plausibilidade às suas asserções comparando-as aos estudos empíricos e psicanalíticos de George H. Mead e Donald W. Winnicott.

No que toca à ideia central em George H. Mead, os indivíduos só adquiririam 'consciência de si mesmos' na condição de objetos das ações de seus parceiros de interação. O facto é que, na sua teoria, o homem só se poderia estimular a si mesmo na

medida em que se enxergasse e reagisse ao comportamento e à visão do Outro sobre si. Isto é, eu só poderia desenvolver a minha identidade pessoal quando aprendesse a minha ação na perspectiva do Outro, pois “[...] o Self que entra em seu campo de visão quando ele reagisse a si mesmo é sempre o parceiro de interação, percebido da perspectiva de seu defrontante, mas nunca como sujeito atualmente ativo das próprias manifestações práticas” (HONNETH, 2003, p. 130).

A intenção de Honneth é vincular basicamente os processos de individualização – com a apresentação das diversas facetas da personalidade humana –, com os processos democráticos de inclusão social, que procuram inserir os indivíduos em comunidades de valor específicas e num círculo equitativo de direitos civis, sociais e políticos. Assim, ao explorarmos a noção de inclusão através da teoria honnethiana, poderemos converter facilmente as questões que inibem a consolidação da autonomia individual em questões de natureza democrático-social, identificando as principais patologias advindas dos processos de negação do Outro, que degradam, violam e, acima de tudo, fragilizam as perspectivas democrático- inclusivas de nosso tempo.

Segundo Honneth (2013),

*“A experiência de ser considerado importante nas próprias carências, na sua capacidade de julgamento e, sobretudo, nas suas habilidades precisa ser renovada e reconstruída pelo sujeito sempre de novo na vida em grupo, para que ela não perca sua força e vivacidade na anonimidade do Outro generalizado. De certa forma, o grupo permite ao adulto que ele siga experimentando aquela postura de reconhecimento direta, ainda mediatizada por gestos e palavras, que em circunstâncias favoráveis ele podia observar durante sua infância nas reações afirmativas das suas pessoas concretas de referência. (HONNETH, 2013, p. 65).*

Sintetizando, a autora menciona que já na segunda dimensão – a ‘sociedade civil’ – os indivíduos passariam a cooperar uns com os outros como produtores e consumidores. A produção da solidariedade e do autorrespeito, nas sociedades modernas supercomplexas, dar-se-ia mediante as ideias da divisão do trabalho e dos desempenhos diferenciais, enquanto códigos normativos, que vêm de par com as experienciabilidades da contribuição de outros sujeitos para um objetivo compartilhado.

Segundo Honneth, esses códigos existentes no bojo das sociedades pós-tradicionais servem para uma crítica de um estado de coisas desigual e da negação do reconhecimento no mundo do trabalho, pois envolvem uma face ética da reprodução da própria sociedade. Por intermédio da contribuição valorizada individualmente, surgiria o sentimento de essencialidade da cooperação social, com a substituição da antiga solidariedade orgânica das sociedades tradicionais. (SIMIM, Thiago Aguiar. A justiça das instituições sociais: uma crítica da reconstrução normativa de O direito da Liberdade de Axel Honneth. Civitas, Porto Alegre, v.15, n.4, 2015, p. 657).

Essa dimensão proporcionaria o desenvolvimento da autorrelação prática denominada de autorrespeito.

Antes de “**O Direito da Liberdade**”, Axel Honneth (2003) atribuía ao sistema de direitos essa segunda esfera de reconhecimento. Tratava-se das relações juridicamente mediadas e do caráter igualitário e universal da imputabilidade moral na garantia da preservação da dignidade humana e da proteção social.

O maior intento de Honneth (2015) assentou na incorporação da esfera público-democrática como lugar de realização final da liberdade social e do reconhecimento humano inclusivo. Em “Luta por reconhecimento”, ele afirma que anteriormente a “[...] *vida pública teria de ser considerada não o resultado de uma restrição recíproca de espaços privados de liberdade, mas, inversamente, de uma realização da liberdade de todos os indivíduos em particular*” (HONNETH, 2003, p. 41). Com essa transformação, agora as injustiças sociais, a privação de direitos e os processos de inferiorização do Outro seriam combatidos mediante o protesto e à mobilização na esfera público-política, retornando para as instituições de reconhecimento na forma de direitos sociais:

Continuando, a autora refere que apesar de ter alterado a sua teoria original no que toca às esferas do reconhecimento humano, ampliando-as, Axel Honneth (2015), em O Direito da Liberdade, continua a defender que, nas sociedades modernas liberais, somente o ordenamento jurídico igualitário é passível de possibilitar a ascensão de uma esfera de ação autónoma e reunir comunicativamente a vontade unificada de todos os seus membros, sendo a decisão democrática e plural, a única fonte de legitimação do Estado de Direito e o mecanismo elementar para a efetivação da liberdade social:

*“[...] o sistema de direitos garante aos indivíduos um espaço de autonomia privada, onde possam se resguardar de todo os deveres inerentes a seus respectivos papéis e vinculações para reconhecer o sentido e a direção da conduta individual de suas vidas; ao final de nossa reconstrução, assomar-se-á então, mais uma vez, de um ponto de vista bem diferente, que o mesmo sistema jurídico, uma vez que aos cidadãos e cidadãs participes da sociedade é concedida uma autonomia coletiva pela qual, em cooperação como sociedade civil, deliberam sobre quais direitos deverão ser reciprocamente concedidos [...] para a sua realização efetiva, a liberdade jurídica depende sempre de complementações por meio da comunicação.” (HONNETH, 2015, p.130- 131).*

Para Honneth (e seguindo a autora), o sistema de direitos deveria ser entendido ainda como uma expressão dos interesses universalizáveis de todos os membros de uma coletividade, independentemente de suas tradições ou costumes, sem que se admitam exceções ou privilégios. O reconhecimento jurídico assentaria na proteção social do conceito universal de dignidade humana e na imputabilidade moral dos sujeitos, não sendo passível de graus diferenciados de satisfação, pois o valor da pessoa humana é absoluto e o reconhecimento das particularidades e das diferenças humanas caberia apenas à última ‘instituição de reconhecimento’ (a qual proporcionaria a promoção da estima social, dos laços comunitários de solidariedade e a cooperação). Assim, mesmo diante de alterações importantes dentro de sua teoria inaugural, Honneth continua a defender que o reconhecimento jurídico igualitário é primordial para a efetivação das esferas éticas de reconhecimento recíproco, por meio do qual se elucida o valor moral de um sujeito mediante a sua comunidade e possibilita a reprodução de seus critérios intersubjetivos de importância social. (HONNETH, 2015, p.184).

Conforme a autora, *“Na nova formulação honnethiana, a estima também pode ser obtida na esfera da divisão do trabalho, uma vez que, Honneth não compactua com a dicotomia de Habermas sobre a colonização do sistema (dinheiro e poder) no mundo da vida. Para Honneth (2015), a divisão do trabalho proporciona um sentido inicial de cooperação e reconhecimento diferencial, o que foi amplamente questionado, uma vez que a lógica do mercado de trabalho capitalista não atua na base da produção de solidariedade, mas sim relacionando o trabalho ao salário, e principalmente, ao consumo.”*

Honneth defende que a individualização humana é um processo no qual os indivíduos podem obter uma identidade prática na medida em que os seus parceiros de interação e o seu meio social lhes permitem o reconhecimento de suas capacidades, direitos e habilidades. Não se trata apenas de um simples processo de socialização, mas sim da formação de sujeitos autônomos e emancipados, isto é, indivíduos capazes de ‘linguagem e ação’, que se relacionam consigo mesmos a partir da interação positiva com o Outro e da autopercepção de suas próprias qualidades.

Seria o padrão por excelência do ‘ser-consigo-mesmo-no-outro’, onde as condições sociais e institucionais são concebidas como uma ordem social justa, que permita a cada sujeito individual participar de “[...] *relações comunicativas que podem ser compreendidas como expressão da própria liberdade [...] A libertação do sofrimento só ocorre quando existem condições iguais para a realização da liberdade [de todos]*” (HONNETH, 2007, p. 41).

Em suma, seria a reconciliação de duas medidas, à primeira vista contraditórias, ou seja, da convergência da noção de reconhecimento das diferenças com a igualitarização dos sujeitos humanos no que toca às suas condições de conquista da liberdade.

A negação do reconhecimento por meio da discriminação, do racismo, do desrespeito, da injúria moral, da injustiça e da exclusão social, não apenas constrange e causa sofrimento aos indivíduos – com o impedimento do desenvolvimento de suas autorrelações práticas –, como também, e principalmente, inviabiliza a construção das suas próprias identidades, as quais dão suporte à edificação da autonomia. Segundo Honneth (2003, p. 216), “[...] *a denegação de pretensões socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido vai de par com a experiência de privação de direito uma perda do autorrespeito*”.

Essa deterioração das capacidades morais dos membros de uma sociedade leva os sujeitos reificados e os sujeitos reificantes às enfermidades e às indeterminações, afetando patologicamente toda a cooperação social, com a conseqüente diluição de seus laços sociais de solidariedade. (HONNETH, 2015)

O desrespeito constitui-se, portanto, como o último rebaixamento social possível, através do qual se nega o valor social de indivíduos e coletividades, com a depreciação

de suas tradições e formas de vida. Uma vez que, para existir 'estima', é fundamental que sejam concedidas as reais possibilidades de inclusão e reconhecimento do Outro, capazes de fazerem nascer sentimentos de 'autorrealização' e laços abstratos de solidariedade. Assim, a discriminação, o desrespeito, a inferiorização e os procedimentos exclusivistas acabam por abalar o significado positivo de grupos inteiros.

Para o autor, as relações primárias, o direito, a sociedade civil e as esferas político-democráticas, a despeito das 'diferenças', devem estar sempre abertas aos processos de subversões, mediadas pelos conflitos morais-intersubjetivos, capazes de conduzir as sociedades a novas conquistas universalistas de igualdade e particularistas de autonomia e autorrealização pessoal. Torna-se evidente que o sistema de direitos que se procura isolar das reivindicações sociais e dos seus dissensos, condensando-se à mera função simbólica, não é idóneo para representar as sociedades modernas, marcadas pela convivência supercomplexa e pelos desafios amplamente agravados pelos tempos pós-tradicionais (HONNETH, 2003, p. 267).

A teoria honnethiana apresenta, portanto, uma filosofia político-normativa atenta aos ideais de uma sociedade mais 'justa' e 'solidária', fornecendo possibilidades de criação de laços sociais de solidariedade para além dos atuais quadros sociais reificantes. Tais questões são vitais para repensar o elo democrático-inclusivo existente nas sociedades supercomplexas europeias, e para a satisfação das reivindicações históricas por mais direitos humanos fundamentais e reconhecimento das particularidades identitárias de cada um.

Segundo a autora, com a utilização das teorias de Habermas e de Honneth podemos afirmar que as formas concretas de vida, os arranjos institucionais específicos para as relações sociais e as estruturas referenciais do direito europeu deveriam ser capazes de abrigar uma pluralidade de projetos de vida e a grande diversidade de suas sociedades, apesar das suas especificidades e diferenças. A negação do reconhecimento seria considerada como uma categoria de injúria moral e arbitrariedade incompatível com os cenários democráticos de 'liberdade', 'igualdade' e 'justiça'.

Compreender a realidade social do desrespeito, da intolerância e da discriminação para com as populações subjugadas e não reconhecidas pelo direito moderno europeu,

coloca-se como o último passo possível para corroborar com a tese de que as experiências inferiorizadoras da discriminação e a perpetuação dos marcos tradicionais nos foros público-jurídicos implicam um alto risco democrático, bem como uma contundente ameaça à formação moral-identitária das pessoas e dos grupos de valor como um todo.

Segundo Roger Rios e Rodrigo Silva (RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo. Discriminação múltipla e discriminação interseccional. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, nº 16, jan-abril, 2015), enfrentar a discriminação vivida pelos indivíduos e consequentemente pelas suas respectivas coletividades, exige não apenas critérios formais proibitivos como também uma grande intensidade combativa por parte dos tribunais nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos e também das próprias comunidades políticas, nas quais esses indivíduos estão inseridos.

A discriminação é concebida como um fenómeno múltiplo e complexo, que está presente em diferentes contextos, redes relacionais e fatores intercorrentes. Portanto, *“[...] é preciso ir além da soma aritmética dos critérios proibidos de discriminação [...] e perceber a discriminação decorrente da articulação de diversas dimensões da existência humana, [como sendo] ao mesmo tempo um desafio e uma necessidade”* (RIOS; SILVA, 2015, p.13-14). Principalmente, porque esses cenários sociais violentos afetam não apenas o dia a dia dos grupos-alvos, mas também toda a esfera social de vida, transformando-se numa cadeia patológica de falhas contínuas nas relações sociais solidárias e nas relações comunicativas de reprodução do mundo da vida.

Foi realizada pela autora uma pesquisa de campo junto ao European Roma Rights Centre (ERRC), para averiguar factualmente as experiências de violação dos direitos de alguns grupos minoritários que se constituíram como os casos pioneiros de combate à discriminação, à intolerância e ao racismo no atual Sistema Europeu de Proteção. Esclarece que o Centro Europeu (ERRC) é uma organização não governamental internacionalmente reconhecida pela sua organização e defesa das minorias ciganas na Europa, e por conter um corpo de juristas altamente especializados, incluindo antigos funcionários do Tribunal. Nessa organização pesquisou, entre outros, os processos de

Velikova contra a Bulgária (nº 41488/98), de Anguelova contra a Bulgária (nº 38361/97) e de Nachova contra a Bulgária (nº 43577/98 e 43579/98).

As respostas do ERRC foram gravadas, transcritas e organizadas pela pesquisadora e autora deste estudo, com a finalidade de compreender devidamente essas experiências diárias de negação de direitos às minorias nas sociedades europeias e nas suas respectivas instituições estatais e supranacionais, assim como obter um diagnóstico de tempo orientado à verificação ou não, da existência de um possível ‘abismo’ entre as perspectivas de proteção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e os posicionamentos de seus litigantes, principalmente, no que se refere às denúncias de transgressões discriminatórias (artigo 14º da CEDH) e o não reconhecimento das identidades alternativas na Europa.

O acesso a esse material foi fundamental para a comprovação da hipótese da autora: que os marcos tradicionais ainda se encontram presentes na jurisprudência do TEDH, nos casos que envolvem a violação do artigo 14º da CEDH. Além disso, pôde verificar a presença de resquícios derivados de padrões culturais dominantes e políticas de poder, que apenas servem para encobrir – de modo consciente ou não, deliberado ou não –, a falta de sensibilidade do Tribunal em lidar com problemas acerca do reconhecimento e da inclusão do Outro que ainda assolam as minorias na Europa.

De modo sumário, o transcurso da entrevista revelou:

- I) O difícil acesso das populações marginalizadas aos serviços jurídicos nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos, especificamente, no Tribunal Europeu;
- II) O tímido sucesso do combate à discriminação sistémica na Europa, bem como do reconhecimento jurídico-social das particularidades identitárias;
- III) A resistência dos Estados nacionais em aderirem às sentenças emitidas pelo TEDH;
- IV) O caráter bastante político das orientações de alguns juízes da Corte;
- V) E, principalmente, a árdua constatação de que as injúrias sofridas nos contextos sociais de vida e perpetuadas pelos âmbitos institucionais raramente mobilizaram uma indignação assertiva das vítimas em direção a reações mais consistentes de ‘luta’ contra as humilhações e injustiças sofridas.

Para a autora, a experiência *“demonstrou uma relativa distância da teoria do reconhecimento honnethiana no que diz respeito à luta social motivada pelas adversidades e pelos desrespeitos vividos, com um provável colapso das identidades das vítimas envolvidas no processo de subjugação quotidiana.”*

E continua: *“Em suma, a ampla trajetória de expansão dos direitos individuais e coletivos, bem como a prometida ‘democracia’ não se têm mostrado hábeis em eliminar os hiatos históricos de dominação herdados pelo mundo não emancipado. A difusão dos cenários sociais cada vez mais discriminatórios, ditados pelas lógicas do ‘desrespeito’ e da ‘estigmatização do Outro’, passaram a restringir o acesso às relações sociais desejáveis, minando a solidariedade e comprometendo o próprio processo de integração social europeu. As contínuas omissões do Tribunal ainda se inserem nessa lógica complacente de fomento das ‘categorizações’ e ‘qualificações negativas’ de sujeitos profundamente inferiorizados e não reconhecidos, prejudicando ainda mais as esferas identificacionais com o Outro, e levando a padrões decadentes de associação e a modos depreciativos de formação identitária.”*

A seguir, o estudo de Vanessa Capristano Ferreira dirige-se às “ações político-jurídicas europeias de integração dessas minorias e a relevância desses discursos socioinstitucionais para o ‘autoposicionamento’ dos indivíduos marginalizados”. Promove, através da narrativa do jurista, uma análise das possíveis percepções individuais (dos litigantes), no que diz respeito às experiências de degradação e desrespeito sofridas, as suas estratégias de sobrevivência e, finalmente, as suas possibilidades reais de inclusão social. Também são apresentadas, através de entrevista ao jurista, as condições de superação desses quadros assustadores de vida e as respostas institucionais de Estrasburgo, com o intento de incorporar um panorama inédito acerca do genuíno esforço de inserção desses grupos nas sociedades europeias majoritárias.

De acordo com a autora, a Corte de Estrasburgo enfrentou e ainda enfrenta uma série de críticas acerca de sua jurisprudência, no que toca à proibição da discriminação (violação do artigo 14º da CEDH). Recorrendo a Hemme Battjes, entre outros (BATTJES, Hemme (et all). ‘The European Court of Human Rights and Immigration: Limits and Possibilities’. European Journal of Migration and Law 11, 2009, p. 199-204), ela ainda reflete diversas assimetrias de tratamento, que oscilam segundo noções dúbias de

identidade – construídas tanto nos âmbitos estatais quanto internacionais –, nas práticas culturais e nos valores étnico-raciais. Alega-se que ainda existem falhas recorrentes na sensibilidade do Tribunal às diferenças identitárias e, inclusive, uma falta de eficiência e abrangência no combate perentório da discriminação sistêmica.

Quando indagado sobre as recentes soluções dadas pelo Tribunal nos casos de combate ao racismo, à discriminação e à intolerância, bem como a sua eficácia, o jurista referiu o seguinte à autora do estudo:

*“Não existem muitos casos trazidos pelos ciganos à Corte Europeia antes de nós. Há alguns casos, mas nós [do Centro Europeu] pensamos que não são suficientes. Isso se deve ao facto de os ciganos terem uma capacidade muito reduzida de levar os casos ao Tribunal. Isso porque eles são social e economicamente excluídos na Europa. Então, na verdade, eles não têm realmente acesso a esses serviços jurídicos para fazer valer os seus direitos e essa é a razão pela qual não existem muitos casos [ligados a essa minoria]. Mas sim, temos alguns processos que assumiram papéis pioneiros. Um deles é o caso de Nachova contra a Bulgária, que foi inovador em relação ao artigo 2 da CEDH (de violação do direito à vida), e ao direito de não discriminação [violação do artigo 14 da CEDH], constituindo-se basicamente como um caso de ‘crime de ódio’. E, também existem aqueles casos que são civis, [especificamente] o caso D.H e outros contra a República Checa [que diz respeito] à educação especial, que expõe o drama do alto número de crianças ciganas em escolas especiais. [...] Há outros casos, como por exemplo, Anguelova contra a Bulgária, que também é um caso nosso. Eles existem, mas nós achamos que ainda não é suficiente. [...]*

*Atualmente, a Corte reconheceu o facto de que os ciganos são historicamente excluídos [...] o Tribunal já afirma que eles são uma comunidade vulnerável e é por isso que precisam de uma consideração especial [...], mas penso que em termos de aceitar os julgamentos que trazem a matéria da discriminação, o Tribunal ainda não reconheceu o facto dos ciganos serem vítimas de discriminação sistêmica. Existem vítimas explícitas de crimes de ódio, [inclusive] uma espécie de preconceito incorporado em muitas instituições estatais, e o Tribunal não reconhece isso. Por isso, achamos que ainda não chegámos lá. O que tentamos fazer é guiar os tribunais para o reconhecimento desses sentimentos [discriminatórios] [...] tentamos chamar a atenção da Corte para reconhecer todos esses elementos. Mas quando [as vítimas] trazem esses julgamentos, o Tribunal realmente exige provas em termos da existência de uma linguagem racista, de uma intenção racista, e as vítimas de discriminação ocupam uma posição muito difícil para conseguir provar essas evidências. Então, em muitos casos, não podemos mostrar nenhuma evidência concreta disso, o que podemos dizer é: “Sim! Isso está acontecendo com os ciganos e isso sistematicamente acontece...por exemplo, a violência policial!”. Mas, nós não podemos provar as evidências em termos de [realmente] existir uma linguagem racista ou um documento racista ou algo assim. Mas sempre podemos ver que todos esses eventos fazem parte de uma discriminação sistêmica. Prática essa que acontece com grande frequência, então nós tentamos – você sabe –, chamar a atenção da Corte para isso, bem..., mas nós não temos sido tão bem sucedidos. ((ERCC, 2018).*

A autora frisa que o Tribunal Europeu ainda não reconheceu formalmente que as estruturas socioinstitucionais e os sistemas de poder podem reforçar a discriminação de determinados grupos ou subgrupos étnico-culturais. Isto é, que alguns preconceitos culturalmente enraizados e padrões hegemônicos de conduta – dos detentores do poder institucionalizado –, podem revelar traços discriminatórios acentuados nas suas ações ou interações sociais. Sendo esses traços capazes de endossar práticas desiguais de tratamento e mecanismos de subordinação do Outro.

Uma medida legal que tem possibilitado a permanência dessas relações assimétricas de poder no âmbito dos Estados é o ‘padrão de prova’. Esse ‘padrão’ refere-se à medida do “para além de qualquer dúvida razoável” nos termos do artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Ou seja, uma deliberação tipicamente proveniente do direito penal para a garantia da proteção dos direitos humanos fundamentais. Essa doutrina tem-se baseado em dois pilares interligados de sustentação: o primeiro destina-se à presunção de inocência do acusado – no caso, os Estados nacionais – frente às vítimas de racismo e discriminação; e o segundo, no princípio *in dubio pro reo*, que significa literalmente ‘na dúvida, a favor do réu’. Por outras palavras, na insuficiência de provas ou na dúvida acerca da deliberação, que o réu seja o favorecido. Esse princípio tem viabilizado o ocultamento do próprio conceito de ‘discriminação’ na jurisprudência europeia durante décadas, tornando o combate ao racismo e à intolerância quase virtualmente impossíveis e inatingíveis.

Reitera-se, assim, a permanência de práticas sociais altamente lesivas e danosas à proteção humana inclusiva e à promoção de uma verdadeira cultura política da igualdade, sem nenhuma pertinência lógica. Competiria ao Direito proteger as vítimas, prever e reparar os danos sistematicamente causados que ainda assolam historicamente os grupos minoritários no continente.

Embora não haja o reconhecimento categórico da existência de abusos e traumas sistêmicos atinentes às minorias – especificamente, ciganas – pelo Tribunal, o jurista do Centro Europeu ainda recordou que o problema da implementação dos julgamentos é outra realidade na Europa, o que exige uma atenção redobrada por parte da sociedade civil nos casos de discriminação, intolerância e racismo, bem como cenários sociais de luta constante contra as violações generalizadas. Sobre essa questão, referiu o jurista:

*“Eu diria que a luta está em curso contra o abuso sistémico, e em alguns casos, não há o reconhecimento da existência desses abusos, como por exemplo, nos casos da educação [D.H e outros contra a República Checa]. Outro problema é a implementação desses julgamentos. E, claro isso vai além da competência do Tribunal [...] Você sabe, [essa questão] tem duas faces, uma é sobre o sucesso do julgamento e a outra é sobre sua implementação [...] No sistema judicial europeu, o Tribunal ordena ao Comitê de Ministros, que é o responsável pela execução do julgamento [nos Estados nacionais] [...] e então, o Estado precisa reportar o que ele tem alcançado [nessa matéria]. Ao mesmo tempo nós também submetemos informações à Corte, que exige que trabalhem para monitorar o que está acontecendo para então enviarmos informações ao Comitê de Ministros, porque é claro que o Estado diz: “Nós estamos implementando! Fizemos tudo!”. Então, é preciso muito trabalho e mais trabalho adicional, e isso é encargo da sociedade civil. O trabalho e o sucesso não são apenas alcançados pelos julgamentos, pois há muito trabalho depois. Ao mesmo tempo, o Tribunal também se mostra relutante em considerar o artigo 14 [em sua jurisprudência] nos casos de discriminação, mesmo em casos que existem alvos explícitos como nos casos de ciganos [...] Eu não sei se você já ouviu falar sobre os processos de esterilização contra as mulheres ciganas, [eles mostram] que essas mulheres são vítimas de atos discriminatórios sistémicos e o Tribunal ainda não reconhece isso como uma discriminação. O que eles dizem é: “Sim, é uma violação do direito de proteção à vida, mas eles não encontram discriminação!”. Então, claro, em nossa opinião [do Centro Europeu], o Tribunal não tem razão nisso. [...] Penso que eles realmente falham nesse ponto [...] E, estamos tentando sugerir ao comitê civil que eles possam ser mais abertos para considerar esse tipo de discriminação [sistémica e] interseccional. (ERCC, 2018).*

A ausência de um enfrentamento real e direto à discriminação sistémica, bem como nos casos mencionados pelo especialista, acerca da discriminação interseccional, comprovou o aparecimento de novas dinâmicas de racismo, que desafiam rotineiramente a formulação de respostas jurídicas apropriadas. Essa relutância nas decisões indica a dificuldade do Tribunal em enfrentar as complexidades advindas dos próprios fenómenos sociais discriminatórios. Por outras palavras, mesmo diante de factos tão nítidos de discriminação, a ‘coincidência’ entre os critérios ‘étnicos’, ‘de classe’ e ‘sexuais’ simultâneos têm sido considerados como provas ‘não suficientes’ para a condenação efetiva por parte da Corte.

De salientar que o combate às relações assimétricas de poder são demandas sociais legítimas que procuram maiores oportunidades de efetivação dos princípios de ‘igualdade’ e ‘liberdade’ – daqueles que lutam pelo reconhecimento de direitos universais e unitários –, e que não podem ser sintetizados ou resolvidos apenas por uma

única referência identitária. (RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo. Discriminação múltipla e discriminação interseccional. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, nº 16, jan-abril, 2015).

Já quando questionado pela autora sobre a ‘justa satisfação’ das famílias violadas com os procedimentos levados a cabo pelo Tribunal e seus devidos remédios sociais, o jurista reconheceu com pesar:

“Você sabe, só podemos recorrer ao Tribunal Europeu apenas quando já esgotamos todos os remédios domésticos. Então, isso mostra que você precisa passar por um longo caminho legal dentro do país [de origem] e isso requer muito tempo, na maioria das vezes pelo menos dois ou três anos e, claro, muito esforço das vítimas que gostariam de ter justiça. Então se não tivermos uma solução dentro do sistema doméstico, podemos ir ao Tribunal Europeu, que ainda requer mais tempo normalmente. Nós temos casos aqui que eu enviei em 2013 ou 2014, e ainda estamos aguardando o julgamento; e bem, já estamos em 2018... então são quatro anos. No que diz respeito ao Tribunal [...] a Corte ainda nos contata perguntando se ainda estamos em contato com os litigantes, e se eles ainda têm interesse no caso, e eu me sinto como: “O quê? Claro que eles têm interesse no caso! Mas o que está acontecendo?!”. É muito difícil explicar [para as famílias] porque demora tanto [...] É um processo muito, muito, muito lento. E eu penso que nós não podemos chamar isso de ‘justiça’. Não podemos chamar isso de justiça efetiva... Especialmente nos casos que demoram quatro anos, pois as vítimas podem ter uma vida totalmente diferente em quatro anos. Como qualquer um de nós pode ter! Então, eu penso que isso causa frustração e eu não tenho certeza se eles tentariam de novo ou se eles pensam que isso seja um ‘procedimento realmente eficaz’. Tivemos casos em que as vítimas disseram que não estavam mais interessadas em prosseguir. Porque eles simplesmente – você sabe – [consideram] uma vida passada, eles se afastaram [dos acontecimentos] ou eles fecham aqueles capítulos de sua vida. Eles não querem mais reabri-los tanto tempo depois e recordar de novo. Até mesmo se aquilo foi [realmente] importante para eles por décadas, mas agora eles estão tentando seguir em frente e eu penso que isso é natural. [...] [E você sabe] a Corte não gosta que você envie e-mails perguntando: “O que está acontecendo?” eles se sentem ofendidos, não gostam disso. Então, sim... Esse é um problema e se você adicionar a isso que, uma vez defendido o julgamento, ainda precisa ser implementado, então isso pode levar até cinco, oito, dez anos...[Quando o Tribunal exige o pagamento, isso é feito em pouco tempo]. Mas o pagamento real que é a solução do caso, o remédio... quando você se refere à mudança da política [de inclusão], isso leva mais tempo e esforço. Se você não pressiona, se a sociedade civil não pressiona, se nós não enviamos informações ao Comitê de Ministros... Bem, então o governo não faz nada. Eles pagam, mas ainda existem muitas coisas que precisam ser feitas e isso pode levar muito tempo mesmo.” (ERCC, 2018).

Recorrendo a Gallardo (GALLARDO, Helio. Teoria Crítica: Matriz e Possibilidades de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Unesp, 2014), a autora sublinha que *“a função da proteção dos direitos humanos fundamentais deveria perpassar sobre a ideia de proteger os tramas ou as relações sociais de grupos constantemente subordinados que, “por meio da institucionalização jurídica e incidência cultural, perseguem e conseguem [atingir] espaços potencializadores de sua autonomia e autoestima, ou seja, formas específicas, particulares, de libertação para encarar com legitimidade o sujeito humano”* (GALLARDO, 2014, p. 80).

Por isso, qualquer matriz jurídica que bloqueie ou inviabilize – conscientemente ou não – a ‘justa satisfação’ das condições de formação e concepção ‘autónoma’ de cidadãos ou não cidadãos, ou ainda que se mantenha na pura retórica da ‘efetividade’ – indicando a sua juridicidade como mero simulacro –, acaba sendo incompatível com os direitos humanos universais. Seria assim, considerada como *“[...] compatível com a inobservância jurídica e cultural dos direitos humanos, ou com sua atenção aleatória ou simulada”* (GALLARDO, 2014, p. 87).

E continuando: *“Por isso, quando reivindicamos aqui o resgate da ‘questão democrática’ no seio do projeto jurídico-normativo do Estado de direito europeu, nos dirigimos às instituições imperantes, aos regimes republicanos que supõem o desenvolvimento autónomo da personalidade dos seus sujeitos. Esse tipo de discussão ou análise conduz-nos a uma reflexão sobre as atuais vulnerabilidades sócio-individuais, ou seja, aos fossos que separam as populações europeias entre cidadãos – dignos de direitos – e, os “[...] indivíduos não reconhecidos como tais ou aceites como cidadãos de segunda ou terceira categoria, sob cláusulas transitórias ou de exceção”* (GALLARDO, 2014, p. 88).

Nesse contexto de dismantelamento das tramas sociais de solidariedade, de intensificação das violências estruturais e sistémicas, e de incremento das vulnerabilidades do Outro, os princípios do direito moderno da ‘liberdade’, da ‘igualdade’ e da ‘justiça’ assumem uma espécie de ‘máscara caricatural’. E os direitos humanos universais somente aparecem como expectativas e demandas, ou seja, como esperanças de uma nova cultura social regida por novas instituições. (GALLARDO, 2014, p.90).

A partir desse panorama de supostas omissões jurídicas, quando questionado sobre o possível ‘encobrimento’ do Tribunal Europeu, acerca das assimetrias radicais, das fragmentações e exclusões sociais, o especialista do Centro Europeu ponderou:

*“Acredito que ‘acobertar’ seja um pouco ‘extremo’. Eu diria que eles não são sensíveis o suficiente para algumas questões, incluindo, por exemplo, a discriminação [...] Isso é algo que o Tribunal realmente precisa desenvolver em sua jurisprudência [...] Quando falamos de identidades cruzadas, por exemplo, de certos grupos vulneráveis, como as mulheres ciganas ou as mulheres muçulmanas ou os ciganos com deficiência e etc. Há pessoas que possuem muitas identidades e estão sujeitas à discriminação por causa disso. Essa discriminação é [ainda pior] que a outra discriminação. Então, é por isso que eu penso que o Tribunal precisa reconhecer isso e eu não os vejo fazendo [nada nesse sentido]. [...] Sim, eles estão negligenciando algumas questões muito importantes, mas também eu penso que devemos olhar a Corte como uma espécie de instituição política, porque precisamos enxergar [também] ‘como os juízes que estão lá foram eleitos’. Como você sabe, embora eles não deveriam ter interesses [políticos], eles não estão num vácuo. Todos eles possuem uma vida anterior, todos eles possuem uma experiência e eu acho que não podemos desconsiderar isso [na análise]. Mas, ao mesmo tempo, eu penso que é o nosso papel trazer mais e mais casos para orientar o Tribunal na adoção de novos conceitos, para tentarmos pressionar a Corte a reconhecer, por exemplo, os crimes de ódio. Eles realmente exigem um padrão de prova ou a evidência de racismo, [e se isso continuar] eles nunca serão capazes de capturar o problema real [da discriminação]. E até agora, a Corte está relutante em fazer isso! E, nós [do Centro Europeu] não sabemos qual a razão disso, se é uma questão política ou se depende apenas de certos juízes. Mas é por isso que estamos pressionando o Tribunal. Há muitos casos de ciganos (crimes de ódio), mas infelizmente para a maioria deles não existe o reconhecimento do artigo 14 da CEDH. Portanto, mesmo que a pessoa seja membro de uma minoria (como os ciganos, por exemplo), há uma violação do artigo 3 da CEDH (sobre a brutalidade policial), mas não do artigo 14, pois somente ‘houve uma falta de investigação [da polícia]’. Isso é um crime de ódio racial, mas a Corte não assume! [Nos perguntamos]: “Por que não houve investigação?”, “Por que todo o sistema é arcaico e você não pode esperar o respeito dele?”. Sim, existe um longo caminho a percorrer, e estamos tentando fazer o nosso melhor.” (E R C C, 2018).*

Como observado, a permissividade do Tribunal de não tratar todas as questões que envolvem os direitos humanos dá sequência a uma definição imprecisa sobre o real papel da instituição, fomentando ainda uma abrangência limítrofe no que toca à violação do artigo 14 da CEDH, sendo ela possivelmente de natureza ‘política’. Uma vez que, como já foi apresentado por Erik Voeten (VOETEN, Erik. ‘Politics, Judicial Behaviour, and Institutional Design’. In: CHRISTOFFERSEN, Jonas; MADSEN, Mikael Rask (eds.). The European Court of Human Rights Between Law and Politics. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 74), vários Estados nacionais europeus têm escapado às suas respectivas

punições, devido ao voto estratégico e totalmente político de alguns juizes da Corte. Isto é, o autor atesta que os governos europeus possuem grande influência e competência gerencial para nomear os juizes da Corte, o que incrementa ainda mais o seu partidarismo, prejudicando nitidamente a sua imparcialidade.

Reconhece-se que os ‘direitos humanos universais’, assim como as suas respectivas interpretações quase sempre assumiram ou assumem um alto grau de orientação política, o que expõem gravemente, segundo a autora, as suas garantias de justiça individual e comunitária, bem como a proteção humana inclusiva.

E a autora prossegue, afirmando que a relutância em aceitar o artigo 14 da CEDH na sua jurisprudência tem demonstrado ainda a permanência de estruturas negativas de reconhecimento social e inclusão do Outro, já que tais postergações ainda assumem posicionamentos politicamente dirigidos e em consonância com os marcos tradicionais advindos dos Estados nacionais e seus respectivos governos, em detrimento da proteção dos direitos em si. A omissão no repúdio total ao racismo e às suas derivações socioinstitucionais discriminatórias espelham os cenários de negação do Outro – vividos tanto nos âmbitos domésticos e silenciados no supranacional. Um exemplo disso, pode ser verificado na resposta do jurista sobre *“[...] o que poderia ser feito para aprimorar os mecanismos de inclusão e do reconhecimento das diferenças identitárias nas esferas supranacionais europeias? Quais seriam as principais limitações desse âmbito atualmente?”*. Segundo ele:

*“[...] nos últimos anos, o racismo tem aumentado e isso já é uma das principais correntes na Europa, o ódio aos ciganos [e às minorias]. O racismo tem aumentado mais e mais para uma forma de expressão extrema [...] Não entendo como isso se tornou tão central e até mesmo as pessoas comuns não sentem mais qualquer vergonha em expressar opiniões racistas. O nosso primeiro-ministro e também de outros países europeus andam fazendo declarações políticas extremamente racistas e xenofóbicas contra ciganos, contra imigrantes e contra refugiados. Primeiro, eles deveriam ser reconhecidos como iguais. Mas atualmente é muito presente aqui na Europa, o bode expiatório. Então, agora os refugiados são o nosso problema e eles são a fonte de [todo o mal] e nós dizemos que eles são ‘terroristas’, que as pessoas devem ter medo deles. Por exemplo, aqui na Hungria, nosso primeiro-ministro [Viktor Órban] e mais alguns funcionários do governo disseram que “nós passamos por muitas dificuldades, e como poderíamos integrar os refugiados quando nós já temos os ciganos como refugiados de quinhentos anos atrás?”. Então, nós temos de trabalhar contra esse tipo de poder. No nível da União Europeia, a estratégia sobre integrar os ciganos [tem] muitos documentos adotados, mas o que vemos na prática é que não existe nenhuma melhoria.*

*É importante ainda reconhecer, que alguns líderes [de minorias] também estão ligados às elites políticas que estão espalhando essas ideias racistas e, de certa forma, estão fomentando a segregação e considerando-os como cidadãos de segunda categoria, como você sabe, os imigrantes e os refugiados também [ocupam essa posição], e isso faz com que seja um tipo [danoso] de segregação dentro da comunidade. Se um líder [pertencente à uma minoria] está disseminando esse tipo de ideia contra o ‘nós’, então será ainda mais difícil [lutar contra isso].” (ERRC, 2018).*

O depoimento ilustra parte da situação vivida pelas comunidades migratórias e minoritárias na Europa, acerca da referida promessa da ‘igualdade pluralista’, da ‘proteção humana inclusiva’ e da expectativa de progredir nos ideais de maior ‘justiça social’.

Quando questionado sobre a importância ético-moral das deliberações da Corte na reparação dos danos sofridos pelas vítimas e sobre o peso das compensações financeiras, o jurista do ERRC atestou a imprescindibilidade do reconhecimento do Tribunal para os litigantes. Segundo ele,

“Penso que é importante que as vítimas recebam uma compensação. É claro que quando falamos de violações, de tratamentos degradantes ou transgressão do direito à privacidade ou à vida familiar, que são casos altamente lesivos, é difícil traduzir para a ação de ‘compensar financeiramente’, mas ainda assim é importante. Mas é igualmente importante que haja o reconhecimento... Quando converso com as vítimas, é muito importante para elas que elas tenham vencido o caso, que eles encontrem justiça. Há certos casos, nos procedimentos previstos na lei ou onde você pode exigir do Estado a ‘igualdade’ e isso, de facto, não é ‘igual’, e eles encontram discriminação, eles podem reivindicar uma forma de compensação. Mas eu tive o caso de uma senhora que exigiu essa medida de igualitarização e ela ganhou o caso, mas ela mesma não recebeu qualquer compensação financeira, porque esse órgão, essa autoridade de tratamento igualitário, só poderia conceder multa pública, era uma quantia que o hospital teria que pagar ao Estado e não à vítima. Mas o facto de ela ganhar o caso era muito importante para ela. Era importante para ela o reconhecimento que ela ganhou, e ela sabia disso desde o começo, sabia que não teria nenhuma compensação financeira. Então, penso que é igualmente importante, mas também é bom que eles recebam algo pela lesão sofrida, porque isso pode ajudá-los de alguma forma em suas vidas. (ERRC, 2018).

O que é dito acima demonstra a importância, para os sujeitos violados, do reconhecimento de suas pretensões como portadores igualitários de direitos, no sentido de eles se poderem entender como pessoas ‘dignas de valor’, sentirem-se ‘seguros’ do cumprimento social de seus próprios desejos. Nesses termos, a relação jurídica propicia que o homem possa ser tratado como um ser ‘livre’, como uma

pessoa singular, parte de um todo que o torna “[...] digno desse reconhecimento, porque ele obedece a um universal, à vontade sendo em si e para si, à lei, ou seja, se porta em relação aos outros de maneira universalmente válida, reconhecendo-se como o que ele próprio quer valer – como livre, como pessoa” (HONNETH, 2003, p. 179).

O reconhecimento jurídico concede, portanto, aos sujeitos um tipo de ‘proteção social’, uma igual dignidade, estando ainda inteiramente fundido com o seu papel social, ou seja, ao quadro de atribuição dos direitos e deveres, de modo que não se admita mais – segundo as suas pretensões universais – exceções ou privilégios. Assim, o direito propicia um tipo de respeito basilar para a formação bem-sucedida de uma cooperação social não distorcida ou patológica. O princípio da igualdade expressa que todos os seres humanos são merecedores de serem considerados, como um ‘fim em si’, ao passo que o autorrespeito os conduz à obtenção dos seus próprios ‘valores’, na medida em que passam a medir-se pelos critérios de relevância social. (HONNETH, 2003, p. 184).

De salientar que os direitos humanos universalmente válidos deveriam ligar-se às descrições acima, no sentido de propiciar às vítimas o sentimento de que elas pertencem à mesma classe de pessoas moralmente imputáveis e meritórias. Trata-se, pois, do reconhecimento das suas qualidades constitutivas de pessoas como tais, o que abriria espaço posterior para a ascensão da estima social, que se colocaria como um sistema referencial valorativo, no qual se poderia conceber o valor das suas particularidades e diferenças. (HONNETH, 2003, p. 186-187).

O não reconhecimento de grupos excluídos ou marginalizados tem levado à erosão das suas próprias qualidades como sujeitos capazes de agir autonomamente, violando assim o seu autorrespeito. Pois,

*“[Somente] sob as condições em que direitos [humanos] universais não são mais adjudicados de maneira díspar aos membros de um grupo social definidos por status [excludentes], mas, em princípio, de maneira igualitária a todos os homens como seres livres, a pessoa de direito individual poderá ver neles um parâmetro para que a capacidade de formação do juízo autônomo encontre reconhecimento nela.”* (HONNETH, 2003, p. 195).

Deste modo, a privação dos direitos humanos fundamentais, sob o ponto de vista do reconhecimento negado, leva também a perda das possibilidades de autorrespeito individual, conduzindo a um sentimento paralisante de vergonha social, do qual, segundo a teoria honnethiana, somente a resistência e os movimentos sociais se poderiam libertar.

Entretanto, quando questionado pela autora sobre as reais capacidades das vítimas de partilharem essas orientações contra a atribuição inferiorizadora e hierárquica, notou-se que longe da tese honnethiana de que as experiências de desrespeito seriam consideradas as fontes emotivas e cognitivas para a organização social e os levantamentos coletivos, o jurista demonstrou uma opinião oposta, ou seja, de interiorização das vítimas de suas condições fáticas de inferioridade. Nas suas palavras:

*“[O Tribunal] não é apenas um procedimento, é basicamente sobre a vida [dessas pessoas]. Em muitos casos, quando falo com os nossos litigantes, eles próprios pensam que são cidadãos secundários, porque é assim que são tratados o tempo todo. Quando explicamos que “você tem o direito de fazer isso”, “você pode apelar”, “você não precisa aceitar isso”. Em muitos casos, em muitos mesmo, eles ficam surpresos: “Sério?” ou “Existe mesmo uma opção?”. Nós tivemos um caso que mulheres foram abusadas racialmente durante o parto num hospital, física e verbalmente. Elas foram tratadas de modo diferente de outras mulheres, ‘consideradas normais’, e muitas delas pensaram que: “Ah! É assim mesmo, é assim que é!”, “Sempre somos tratadas desse jeito”, “Não é estranho que que sejamos colocadas num quarto separado onde só existem outras mulheres como nós [ciganas]”, “É assim que costuma ser”. E, elas nem sequer questionam “por que isso não está certo?”. Eu tenho o direito ao mesmo serviço que um não cigano, por exemplo. Eu tenho direito ao mesmo tratamento. Noutros países europeus, os ciganos precisam pagar por certos tratamentos que são, na verdade, gratuitos. [...] Isso explica porque existe a necessidade de empoderar essas pessoas. “Sim! Você tem o direito a fazer isso”. E, “você pode ir aqui, aqui e aqui”. E se alguma coisa está acontecendo com você, você realmente pode fazer algo, tem esse direito. Mas é difícil, porque existe a falta de confiança [nas instituições]. Quando as pessoas estão lutando dia a dia para ganhar dinheiro para poder alimentar seus filhos, essa será a última coisa que eles pensariam em ir atrás ou procurar por justiça por discriminações que eles sofrem. [Eles só acionam o Tribunal quando realmente importa, em casos extremos]. Certamente, penso que isso influencia em suas identidades, em suas autoestimas, com certeza! Eu penso que para todos é a mesma coisa, para aqueles que são maltratados, desrespeitados... Então, sim, é o mesmo.” (ERRC, 2018).*

Segundo Honneth (HONNETH, 2003), esses graves mecanismos de discriminação – instituídos e perpetuados pelas demandas sociojurídicas historicamente não contempladas na Europa – continuam a resvalar em vastos padrões de reconhecimento negado (desrespeito, difamação e humilhação), situações de violência estrutural (abusos e traumas) e de não direitos (subordinação, marginalização e exclusão), que culminam em interações sociais restritivas e comportamentos identitários altamente lesivos ao ser humano.

De acordo com a teoria honnethiana, os estágios de formação das identidades individuais estão intrinsecamente vinculados às condições sociojurídicas de reconhecimento intersubjetivamente partilhadas e aos modos de organização e reprodução sociais. Esses quesitos formam as pré-condições essenciais para a conquista da autorrealização pessoal e o desenvolvimento não distorcido das identidades dos sujeitos. Em outros termos, referem-se aos aspetos incontornáveis de edificação da integridade ético-moral das pessoas e de formação dos seus sentidos internos de autonomia. De acordo com o referencial crítico-reflexivo, somente com a preservação desses elementos – pautados no desenvolvimento salutar da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima –, poderíamos atingir espaços sociais democráticos e inclusivos, implementando os parâmetros normativos de realização da ‘liberdade’, da ‘igualdade’ e da ‘justiça’ que sustentam as concepções político-filosóficas do Estado Democrático de Direito, onde todas as pessoas são concebidas como sujeitos dignos de valor, direitos e responsabilidades cívicas. (HONNETH, 2003) (HABERMAS, 1997).

Com base em Sobottka (SOBOTTKA, Emil. Desrespeito e luta por reconhecimento. Civitas, Porto Alegre, v.15, n.4, out.-dez., 2015), a autora refere que *“É provável que somente a combinação de formas político-jurídicas combativas acerca da discriminação, do racismo e da intolerância possam romper com esses ciclos históricos e sistêmicos de subjugação do Outro, bem como com esses vastos poderes hegemônicos que corroem as relações intersubjetivas de vida e diluem as perspectivas verdadeiramente democráticas. Procura-se, por fim, atestar que somente o desrespeito e a percepção da injustiça, por si só, não foram capazes de produzir as chamadas lutas por reconhecimento. Ao contrário disso, as vítimas apresentaram um sofrimento experimentado, mas tenuemente verbalizado. Faltam aos violados os recursos simbólicos necessários para transformar as suas experiências lesivas em iniciativas de superação dessas situações estáticas de vida. E, as instituições político-jurídicas apenas reforçam – com as suas omissões desveladas – essas relações sociais desiguais, essas carências no âmbito da proteção humana inclusiva e igualitária na Europa.”* (SOBOTTKA, 2015, p. 701).

## **5. LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA E DO TEDH EM MATÉRIA DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS, ASILO E FRONTEIRAS**

A intensificação dos fluxos migratórios fez da Europa um espaço com uma real diversidade cultural, religiosa e linguística, que se tornou uma característica da sociedade europeia, cada vez mais empenhada na afirmação de uma identidade assente na tolerância e na inclusividade. É neste contexto que surge a questão dos direitos das pessoas que pertencem a minorias: poder-se-á afirmar que existem na Europa medidas eficazes de combate à discriminação fundadas em motivos de origem étnica, língua e religião? (Amorim, J.; Pacheco, M., 2021)

Em março de 2011, fruto do seu primeiro projeto conjunto, a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem lançaram um manual sobre o direito europeu no domínio da não discriminação. A receção positiva que este documento teve levou à decisão de prosseguir essa colaboração noutro domínio de grande atualidade em que também se fazia sentir a necessidade de um guia muito completo sobre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia, bem como sobre os regulamentos e diretivas pertinentes da União. O presente manual apresenta uma panorâmica das várias normas europeias aplicáveis em matéria de asilo, fronteiras e imigração.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em dezembro de 2009, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia tornou-se juridicamente vinculativa. O Tratado de Lisboa também prevê a adesão da UE à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que é juridicamente vinculativa para todos os Estados membros da União e do Conselho da Europa. É essencial melhorar a compreensão dos princípios comuns desenvolvidos pela jurisprudência dos dois tribunais europeus e pelos regulamentos e diretivas da EU, para que as normas pertinentes sejam corretamente aplicadas e os direitos fundamentais escrupulosamente respeitados a nível nacional. (Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração, p.3)

O direito da UE e a CEDH estão estreitamente interligados. O TJUE inspira-se na CEDH, quando determina o âmbito da proteção dos direitos humanos proporcionada pelo direito da União. A Carta dos Direitos Fundamentais reflete o alcance dos direitos

previstos pela CEDH, embora não esteja limitada a esses direitos. Deste modo, o direito da UE evoluiu em grande medida em sintonia com a CEDH embora a UE ainda não seja signatária da CEDH. No estado atual do direito, porém, as pessoas que queiram apresentar queixa da UE e da sua incapacidade para garantir os direitos humanos não podem intentar uma ação no TEDH contra a UE enquanto tal. Em determinadas circunstâncias, pode ser possível processá-la indiretamente, intentando neste Tribunal uma ação contra um ou mais dos seus Estados-Membros. O Tratado de Lisboa contém uma disposição que mandata a União Europeia para aderir à CEDH como parte por direito próprio, e o Protocolo n.º 14 da CEDH altera-a com vista a permitir que essa adesão tenha lugar. O seu efeito na prática, e em especial a forma como ela irá influenciar a relação entre o TJUE e o TEDH no futuro, ainda não são claros. A adesão da UE à Convenção será, todavia, suscetível de melhorar o acesso à justiça por parte das pessoas singulares que considerem que a União não garantiu os seus direitos humanos. As negociações relativas à dita adesão ainda estão em curso e podem demorar vários anos. (Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração, p.22)

A migração para a Europa e no interior do seu território é regulamentada por uma conjugação do direito nacional e do direito da UE com a CEDH, e por outras obrigações internacionais assumidas pelos Estados europeus. (Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração, p.23)

A CEDH reconhece aos Estados o direito de controlarem a entrada, a residência e a expulsão de cidadãos estrangeiros, segundo um princípio de direito internacional bem assente e sem prejuízo das obrigações que lhes são impostas por Tratados (incluindo a CEDH). O acesso ao território por parte de cidadãos estrangeiros não se encontra expressamente regulamentado na CEDH, nem nela se especifica quem deve receber um visto. A jurisprudência do TEDH apenas impõe alguns limites ao direito de os Estados recusarem a entrada nas suas fronteiras, por exemplo quando tal recusa constitua um ato de repulsão. A jurisprudência pode, em algumas circunstâncias, exigir que os Estados autorizem a entrada de uma pessoa, quando essa entrada for uma condição prévia para que ela possa exercer certos direitos da Convenção. (Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração, p.27)

## 5.1. O ESPAÇO SCHENGEN

O espaço Schengen é uma das principais realizações do projeto europeu. Começou em 1985 como um projeto intergovernamental entre cinco países da UE – França, Alemanha, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo – e expandiu-se gradualmente para se tornar a maior zona de livre circulação do mundo. (Conselho da União Europeia, “Reforço das fronteiras externas da UE”, maio 2023)

Fazer parte de um espaço sem controlos nas fronteiras internas significa que os países:

- não efetuam controlos nas suas fronteiras internas, exceto em casos de ameaças específicas
- efetuam controlos harmonizados nas suas fronteiras externas, com base em critérios claramente definidos.

Atualmente, o espaço Schengen abrange mais de 4 milhões de quilómetros quadrados, com uma população de quase 420 milhões de pessoas, e inclui 27 países:

- 23 dos 27 Estados-Membros da EU;
- todos os membros da Associação Europeia de Comércio Livre (Islândia, Listenstaine, Noruega e Suíça).

A 1 de janeiro de 2023, a Croácia tornou-se o 27.º país a aderir plenamente ao espaço Schengen. Os controlos nas fronteiras internas com a Bulgária, Chipre e a Roménia ainda não foram suprimidos e a Irlanda não faz parte do espaço Schengen.

Um dos principais objetivos do espaço Schengen é proteger os seus cidadãos através de uma maior cooperação entre as forças policiais, as autoridades aduaneiras e as autoridades de controlo das fronteiras externas de todos os Estados-Membros. Estas novas formas de cooperação foram introduzidas para compensar qualquer risco de défice de segurança decorrente da supressão dos controlos nas fronteiras internas.

No contexto da cooperação em matéria de aplicação da lei, o espaço Schengen permite:

- a melhoria dos sistemas de comunicação entre as forças policiais;
- a perseguição transfronteiriça de criminosos;
- a vigilância transfronteiriça de suspeitos;
- a assistência operacional mútua;
- a troca direta de informações entre as autoridades policiais.

Trata-se de uma enorme vantagem na luta contra o terrorismo e contra a criminalidade grave e organizada, incluindo o tráfico de seres humanos e a migração ilegal.

Os países que desejem aderir ao espaço Schengen têm de preencher uma lista de condições prévias. Esses países têm de:

- aplicar o conjunto comum de regras de Schengen (o chamado "acervo de Schengen"), por exemplo, no que diz respeito aos controlos nas fronteiras, à emissão de vistos, à cooperação policial e à proteção de dados pessoais;
- assumir a responsabilidade pelo controlo das fronteiras externas, em nome dos outros países Schengen, e pela emissão de vistos uniformes Schengen;
- cooperar eficazmente com os serviços responsáveis pela aplicação da lei noutros países Schengen, por forma a manter um elevado nível de segurança, uma vez abolidos os controlos nas fronteiras internas;
- ligar-se ao Sistema de Informação Schengen (SIS) e utilizá-lo.

Os países que pretendam aderir ao espaço Schengen têm de ser submetidos a uma série de avaliações, para determinar se preenchem as condições necessárias para a aplicação das regras de Schengen.

Quando a avaliação confirma que um Estado-Membro está pronto para aderir ao espaço Schengen sem controlos nas fronteiras internas, todos os outros membros do espaço Schengen têm de aprovar a decisão por unanimidade, após consulta do Parlamento Europeu.

O Código das Fronteiras Schengen estipula igualmente que os Estados-Membros podem introduzir controlos temporários nas fronteiras, para responder a uma ameaça grave à ordem pública ou à segurança interna.

Neste caso, o Estado-Membro em causa tem de notificar a Comissão e os outros países da UE pelo menos quatro semanas antes da introdução dos controlos, ou num prazo mais curto se as circunstâncias não forem conhecidas antecipadamente. Esta reintrodução dos controlos internos não exige a aprovação do Conselho.

A UE e os seus Estados-Membros estabeleceram medidas concretas para preservar a segurança na Europa e reforçar as fronteiras externas da UE. Estas medidas incluem, por exemplo, a criação da **Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira** (Frontex) e o desenvolvimento do **Sistema de Informação Schengen** (SIS).

O SIS contém também instruções destinadas às autoridades sobre a forma de reagir quando uma pessoa ou objeto são encontrados, tais como:

- deter uma pessoa procurada;
- proteger uma pessoa vulnerável desaparecida;
- apreender um objeto ilegal ou furtado.

Estão a ser modernizadas ou desenvolvidas as seguintes ferramentas informáticas, que ajudarão a combater a criminalidade e a garantir a segurança das fronteiras:

- Sistema de Informação sobre Vistos (VIS);
- Sistema de Entrada/Saída (SES);
- Sistema Europeu de Informação e Autorização de Viagem (ETIAS);
- Reforço das fronteiras externas da UE (informações gerais);
- Sistemas informáticos para combater a criminalidade e garantir a segurança das fronteiras da UE (informações gerais).

No quadro da CEDH, a inclusão de uma pessoa na base de dados do SIS é uma ação realizada por um Estado-Membro a título individual, ao abrigo do direito da UE. Como tal, podem ser apresentadas ao TEDH queixas alegando que o Estado em questão violou a CEDH ao incluir ou manter alguém na lista.

A título de exemplo,

“No processo Dalea c. França, um cidadão romeno cujo nome tinha sido inscrito pela França na base de dados do SIS antes da adesão da Roménia à União Europeia não pôde exercer a sua atividade nem prestar ou receber serviços em nenhum dos Estados do espaço Schengen. A sua queixa de que tal situação constituía uma ingerência no seu direito de exercer a sua atividade profissional (protegido ao abrigo do artigo 8.º da CEDH relativo ao direito ao respeito pela vida privada e familiar) foi considerada inadmissível. Na decisão da Primeira Secção sobre o registo na base de dados do SIS e seus efeitos, o Tribunal considerou que a margem de apreciação do Estado no tocante à determinação da forma de oferecer garantias contra a arbitrariedade é mais ampla no que respeita à entrada no território nacional do que em relação à expulsão.”

- Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração, p. 33

O TEDH também teve de analisar os efeitos de uma proibição de viajar imposta em resultado da inclusão de uma pessoa numa lista de suspeitos de terrorismo administrada pelas Nações Unidas e destinada a prevenir violações da legislação nacional ou estrangeira em matéria de imigração.

Por exemplo,

“O processo Nada c. Suíça referia-se a um cidadão de nacionalidade ítalo-egípcia residente em Campione d’Italia (um enclave italiano na Suíça), que foi inscrito na «Portaria Federal sobre os Talibãs» pelas autoridades suíças, em aplicação das sanções antiterrorismo do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Essa inscrição impediu o requerente de sair de Campione d’Italia, e as suas tentativas para que o seu nome fosse retirado dessa lista foram rejeitadas. O TEDH observou que as autoridades suíças tinham aplicado as resoluções antiterroristas das Nações Unidas de forma algo discricionária. O Tribunal acrescentou que a Suíça tinha violado os direitos do requerente consagrados no artigo 8.º da CEDH, ao não informar imediatamente a Itália e o Comité das Sanções criado pela ONU de que não existiam suspeitas razoáveis contra o requerente e ao não adaptar os efeitos do regime de sanções à sua situação individual. Concluiu ainda que a Suíça tinha violado o artigo 13.º da CEDH em conjugação com o artigo 8.º, visto o requerente não ter disposto de quaisquer meios efetivos para obter a supressão do seu nome da lista”.

- Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração, pp. 33-34

“O processo *Stamose c. Bulgária*<sup>36</sup> envolvia um cidadão búlgaro a quem as autoridades búlgaras impuseram uma proibição de viajar durante um período de dois anos, por ter violado a legislação dos EUA em matéria de imigração. Avaliando pela primeira vez se uma proibição de viajar destinada a prevenir violações da legislação nacional ou estrangeira no domínio da imigração era compatível com o artigo 2.º do Protocolo n.º 4 da CEDH, o TEDH considerou que uma medida de carácter geral e indiscriminado que proíba o requerente de viajar para todos os países estrangeiros devido à violação das leis de imigração de um país específico não era proporcionada.”

- Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração, p. 34

## 5.2. REQUERENTES DE ASILO

No quadro do direito da UE, a Carta dos Direitos Fundamentais da UE prevê o direito de asilo no artigo 18.º e a proibição da repulsão no artigo 19.º. O artigo 78.º do TFUE prevê a criação de um sistema europeu comum de asilo que deve respeitar as obrigações impostas aos Estados pela Convenção de Genebra de 1951. Foram adotados vários instrumentos legislativos para aplicar esta disposição, os quais também refletem a proteção contra a repulsão consagrada no artigo 33.º da dita convenção.

Apesar de o artigo 18.º da Carta garantir o direito de asilo, o direito da UE não prevê formas de facilitar a chegada dos requerentes de asilo ao seu território. As pessoas que procuram asilo na UE são maioritariamente nacionais de países que necessitam de visto para entrar na União. Como muitas vezes essas pessoas não preenchem os requisitos para obterem um visto normal, podem ter de atravessar a fronteira de forma irregular.

O artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento de Dublin (Regulamento (UE) n.º 604/2013) exige que os Estados-Membros da UE analisem todos os pedidos de proteção internacional apresentados por nacionais de países terceiros ou por apátridas e que esses pedidos sejam analisados por um único Estado-Membro. O acervo da União em matéria de asilo só é aplicável a partir do momento em que uma pessoa tenha chegado à fronteira, incluindo águas territoriais e zonas de trânsito (artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva Procedimentos de Asilo (2013/32/UE)). Em relação a esses pedidos, o artigo 6.º da diretiva enuncia os diversos elementos relativos à acessibilidade do processo de asilo. O artigo 6.º, n.º 1, designadamente, obriga os Estados a registarem os pedidos no prazo de três dias úteis, ou de seis dias úteis se o pedido for feito a outras autoridades que não as

competentes para o seu registo. O n.º 2 do mesmo artigo exige aos Estados que assegurem que as pessoas que pedem proteção internacional tenham a possibilidade efetiva de apresentar o pedido o mais rapidamente possível. As garantias previstas na diretiva são acionadas pelo acesso ao processo, não sendo aplicáveis às pessoas que não conseguem chegar ao território, à fronteira ou a uma zona de trânsito.

A CEDH não prevê um direito de asilo enquanto tal. Contudo, o seu artigo 3.º proíbe que uma pessoa seja repelida na fronteira ou em qualquer outro lugar sob a jurisdição de um Estado, se com isso correr o risco de ser vítima de torturas ou de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. Em casos extremos, o afastamento, a extradição ou a expulsão também podem suscitar um problema nos termos do artigo 2.º da CEDH, que protege o direito à vida. A antiga Comissão Europeia dos Direitos do Homem analisou vários casos de «refugiados em órbita», ou seja, refugiados em relação aos quais nenhum país quer assumir a responsabilidade de autorizar a entrada no seu território, para que os seus pedidos sejam tratados. (Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração, pp. 36-37).

“O processo dos Asiáticos da África Oriental dizia respeito à situação de titulares de passaportes britânicos sem direito a residir ou a entrar no Reino Unido e que tinham sido expulsos de territórios britânicos em África, o que os deixou «em órbita». A antiga Comissão Europeia dos Direitos do Homem concluiu que, para além da tomada em consideração do artigo 14.º da CEDH, a discriminação fundada na raça podia, em certas circunstâncias, constituir, por si só, um tratamento degradante na aceção do artigo 3.º dessa Convenção.”

- Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração, p.37

### **5.3. A QUESTÃO DOS MIGRANTES FORÇADOS**

O acesso ao território da UE e dos Estados membros do Conselho da Europa pode fazer-se por via aérea, terrestre ou marítima. As operações de vigilância das fronteiras realizadas no mar devem respeitar não só a legislação em matéria de direitos humanos e de refugiados, mas também o direito internacional do mar.

As atividades em alto mar são reguladas pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, bem como pela Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar (SOLAS) e pela Convenção Internacional sobre Busca e Salvamento Marítimos (SAR). Estes instrumentos preveem o dever de prestar assistência e de salvar as pessoas que estejam em perigo no mar. Além disso, os comandantes dos navios também são obrigados a levar as pessoas salvas no mar para um «lugar seguro».

No quadro do direito da UE, o artigo 12.º, conjugado com os artigos 3.º e 3.º-A43 do Código das Fronteiras Schengen dispõe que as atividades de gestão das fronteiras devem respeitar o princípio da não repulsão. Dada a complexidade desta questão, a UE adotou diretrizes para apoiar a Frontex na realização de operações no mar. O TJUE anulou as diretrizes e a Comissão Europeia apresentou uma nova proposta de regulamento. (Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração, p.38).

### **5.3.1. A QUESTÃO DA MIGRAÇÃO FORÇADA NA HUNGRIA**

Segundo o artigo “O impacto das Políticas Securitárias adotadas na União Europeia na Assistência e Acolhimento a migrantes e refugiados: Os casos da Hungria e da Itália”, da autora Bruna Coelho, a abordagem húngara aos fluxos migratórios para a Europa, de 2015 a 2018, revelou-se permanentemente repressiva. Membro da UE desde 2004 e regulada de acordo com os seus princípios e compromissos, a Hungria adotou uma postura de distanciamento – e até rejeição - ao acolhimento dos migrantes forçados, concentrando-se, ao invés, em fortalecer as suas fronteiras internas e em propagar narrativas repletas de retórica eurocética, anti-migratória e securitária, o que gerou grandes tensões dentro da própria UE. Uma das razões por trás do seu discurso securitário prende-se com o facto de ter integrado a Rota Ocidental dos Balcãs enquanto país de trânsito e de entrada para a UE.

Por “país de trânsito” entende-se um Estado que funciona como ponto de passagem, no qual os migrantes forçados não têm pretensões de se instalar e solicitar asilo no seu território, mas sim de o atravessar rumo ao país para onde o desejam fazer.

A rota Ocidental dos Balcãs, ainda com sequelas da guerra da década de 90, era ela própria uma fonte de fluxos migratórios, cujos valores diminuíram com o aumento das

migrações vindas de fora da Europa, mas onde o período bélico deixou um rasto que impossibilitava os países balcânicos de proporcionar assistência adequada a todos os novos migrantes, por conta de “sistemas de proteção social menos avançados, capacidade institucional limitada e economias em dificuldades”. Ainda que a Hungria não faça parte do conjunto de países que, de facto, compõem os Balcãs Ocidentais, ela insere-se nesta rota por se assumir como ponto estratégico de ligação entre os países balcânicos e os países que os migrantes forçados viam como destino. Além disso, é também a primeira fronteira externa da UE e membro do Espaço Schengen, acabando por se estabelecer enquanto corredor entre a Sérvia e Áustria.

Com efeito, de 1 de janeiro de 2015 a 13 de janeiro de 2016, foi registada a entrada de 391.490 migrantes forçados em território húngaro (OIM, 2016). É relevante assinalar que a maioria dos migrantes forçados que formulavam os seus pedidos de asilo na Hungria apenas o fazia por razões de formalidade e não por querer permanecer no país, abandonando o seu território antes que alguma decisão relativa ao seu pedido fosse tomada. O cenário mais comum era os migrantes forçados manterem-se em solo húngaro apenas alguns dias ou, eventualmente, semanas, por temerem a recusa do seu pedido, expulsão ou detenção, esta última com condições na Hungria que foram comparadas às das instituições penitenciárias. Aliando estes fatores à ideologia do governo húngaro de que a proteção da Europa não era compatível com o acolhimento dos migrantes forçados, o país era uma difícil etapa da sua rota. Neste aspeto, vale a pena ressaltar que, a nível europeu, a Hungria se destaca pelo seu poderoso discurso e políticas securitárias, que têm tido uma rápida evolução e têm influenciado as perspetivas dos seus cidadãos no que diz respeito à segurança e migrações. (Botelho, 2020, pp. 28-29-30)

Uma família iraniana e afegã, composta por 5 elementos, dos quais 3 crianças, queixou-se contra a Hungria da sua retenção no Centro de *Röszke* na fronteira entre a Sérvia e a Hungria entre abril e agosto de 2017. Os queixosos invocaram a violação do art.º 3.º da CEDH, em razão das más condições da zona de trânsito (o centro de *Röszke*), tanto isolado como em cúmulo com o art.º 13.º da CEDH (ausência de recurso efetivo da imposição destas deficientes condições); do art.º 5.º n.º 1 (privação ilícita da liberdade), do n.º 4 do mesmo preceito (ausência de recurso da detenção), e do art.º 34.º

(incumprimento pelas autoridades do disposto numa medida provisória entretanto decretada pelo Tribunal).

A história pessoal dos queixosos tem relevância no exame desta queixa pelo TEDH: a mãe alegou ter sido vítima de tortura no Afeganistão. Teria sido capturada, queimada e violada pelos Talibã, que mataram o seu primeiro marido. Entre 2012 e 2014, fugiu do Afeganistão para o Irão com as 2 filhas do primeiro casamento, tendo aí encontrado o atual marido. A família fugiu do Irão por, entretanto, o marido ter desertado das forças armadas iranianas, no início de 2016, atravessou a Turquia e a Grécia, onde foram separados. O marido conseguiu chegar à Áustria; mas, sabendo que a família fora retida na Macedónia do Norte, procurou juntar-se à família. Acabou por ser preso numa estação de comboio na Hungria, tendo requerido o asilo político. Este pedido veio a ficar sem efeito, tendo a família acabado por se reunir na Sérvia. Procuraram entrar na Hungria e ficaram retidos na zona de trânsito de *Röszke*. Vieram a ser alojados na secção destinada às famílias, em contentor, sem condições de acomodação humana. A mãe e os filhos contraíram hepatite B, tendo a família sido colocada em secção de isolamento profilático. Aí vieram a ser novamente colocados em contentor, sem condições de acomodação humana. Não dispunham de equipamento para confeccionar refeições nem para lavar a roupa; as crianças não dispunham de área de recreio, existindo na secção de isolamento profilático um contentor de uso coletivo com uma mesa de *ping-pong* e uma televisão. O centro de retenção dispunha, ainda, de uma conexão fraca *Wifi*. As autoridades procediam todas as manhãs a uma contagem das pessoas retidas no centro.

ONGs de assistência humanitária e os serviços médicos do centro de retenção verificaram a condição de saúde precária da mãe e dos filhos, tendo procedido aos cuidados indispensáveis e detetado na mãe uma condição depressiva associada a um forte *stress* pós-traumático, causado pelas várias experiências de sofrimento vividas. O Gabinete húngaro para o asilo e as migrações encaminhou a família para o apoio judiciário, tendo-lhes sido concedida uma autorização de residência provisória. O Gabinete para o asilo e as migrações, embora dotado de competência na matéria, recusou conceder-lhes o estatuto de refugiados ou pessoas carentes de proteção subsidiária. Após recurso, este estatuto veio a ser-lhes finalmente reconhecido e a família pôde seguir para a Alemanha, onde lhe foi concedida a proteção internacional.

Queixaram-se ao TEDH.

Após o exame do direito húngaro aplicável, e das disposições do direito da União Europeia pertinentes nestas matérias, o TEDH identificou jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, constante de Acórdãos proferidos em processo de reenvio a título prejudicial, em que esta alta jurisdição europeia verificara que as condições que determinados requerentes de asilo que chegaram à Hungria pela Sérvia e foram colocados no Centro de Retenção de *Röszke* sofreram, ficando numa privação injustificada de liberdade. À luz da Diretiva europeia referida, uma semelhante privação de liberdade nunca pode ser superior a 4 semanas (recorde-se que a família queixosa no presente processo ficou retida de abril a agosto).

No domínio do Direito internacional público de vocação universal (Nações Unidas), o TEDH citou as disposições pertinentes da Convenção dos Direitos da Criança de 1989 (a CRC) relativas às crianças refugiadas. Em termos de obrigações de reporte a título de obrigações internacionais, o TEDH destacou o Relatório do Governo em resposta à visita do Comité para a Prevenção da Tortura (o CPT) à Hungria, de 2017, no qual o CPT denuncia a escassez de espaço e condições de acomodação humana no Centro de retenção de *Röszke*, num regime de aplicação material mais próximo de condições de detenção em meio prisional do que de retenção administrativa de pessoas em trânsito internacional.

Reunidos estes materiais, o TEDH passou à análise da questão, na sua perspetiva de integração e aplicação do direito. O TEDH fixou um quadro preliminar de exame, a saber: que além da precária condição de saúde na pessoa da mãe, esta estava grávida de 6 meses. Este condicionalismo foi importante para entender que, apesar da queixa, por lapso de redação, tendo sido redigida em nome do marido foi, na realidade, apresentada pelos cinco elementos do agregado familiar (a mãe, o pai e as 3 crianças menores). O TEDH procedeu, assim, *ex officio*, ao suprimento desta irregularidade, que sanou, admitindo a queixa formulada pelas 5 vítimas diretas. Passou ao exame dos vários fundamentos de queixa apresentados.

Artigo 3.º da CEDH. Apesar das objeções formuladas pelo Governo no tocante à admissibilidade, o TEDH, perante a gravidade e a complexidade da queixa, resolveu remetê-las para a decisão de mérito. No tocante ao fundo deste fundamento de queixa, o TEDH recebeu as observações de terceiro interveniente do ACNUR, que destacou a falta de tratamentos psiquiátricos e o deficiente apoio à maternidade no Centro de *Rösztke*. Salientou que a retenção administrativa de menores é particularmente problemática em razão da vulnerabilidade extrema das crianças, tanto em razão da sua condição pessoal como do seu estatuto próprio enquanto requerentes de asilo.

Existem, ainda, disposições de direito da U.E. no sentido da proteção especial a conceder às crianças requerentes de asilo, as quais têm ainda correspondência na CRC. Como limite a este entendimento, no sentido de cada caso merecer exame e de não existir necessariamente uma presunção de culpa contra as autoridades do Estado, o TEDH destacou que, apesar deste modo de ser muito particular das coisas, se o Estado demonstrar que procedeu com o cuidado devido, não está obrigado a conceder (não se preenchendo a correspondente previsão legal) necessariamente o estatuto de refugiado. Ainda assim, pode suceder que as condições dos Centros de Retenção de Migrantes sejam de tal maneira extremas em relação às crianças, que se podem vir a verificar condições de carência atentatórias da dignidade humana que despoletam a aplicação da previsão do art.º 3.º da CEDH. Em termos gerais, o TEDH observou serem, neste contexto, as condições do Centro de Retenção satisfatórias. Passou a analisar a situação na pessoa de cada um dos queixosos.

O marido. O TEDH destacou o seu percurso e as particulares condições por ele sofridas. Verificou-se, relativamente a ele, um tão grande extremismo na sua situação pessoal, que chegou a passar fome, tendo-se verificado a violação do art.º 3.º § 1 da CEDH.

A mãe e os filhos. O TEDH verificou a débil condição da mãe e a vulnerabilidade extrema das crianças e constatou que as autoridades não procederam a qualquer avaliação específica das necessidades da mãe nem das crianças, em relação à sua condição pessoal. Também as condições de vida nos contentores, sem acomodação humana viável, nomeadamente, além da ventilação deficiente, em matéria de mobiliário (camas não adequadas às crianças) foram notadas, bem como, no tocante às distrações das crianças, o facto de na seção de isolamento profilático estas não terem beneficiado de área de divertimento (sabendo que se trata de crianças de idade inferior a 7 anos).

Quanto aos tratamentos médicos, apesar de algum auxílio ter sido prestado, estes foram, na generalidade, insuficientes e não tiveram em conta as carências nem da mãe, em condições de certa gravidade, nem das crianças, uma das quais com a idade de 6 meses. Verificou-se, assim, também na pessoa da mãe e de cada um dos três filhos, a violação do artigo 3.º da CEDH.

Art.º 3.º + 13.º Falta de recurso efetivo das deficientes condições de retenção administrativa. O TEDH não entendeu ser necessário examinar este segmento da queixa separadamente à luz da conclusão a que chegou da violação das obrigações de substância do art.º 3.º da CEDH, na pessoa de cada um dos queixosos.

Art.º 5.º n.º 1 da CEDH (direito à liberdade e à segurança). O TEDH destacou, como critérios de apreciação da legitimidade da privação de liberdade (pode existir a detenção administrativa de migrantes, à luz do art.º 5.º n.º 1 f) da CEDH,

- 1.) a situação individual dos queixosos e as suas escolhas pessoais, (opções de destino de viagem);
- 2.) o regime jurídico de entrada, permanência e expulsão de estrangeiros em vigor no país em questão e a sua finalidade;
- 3.) a duração da retenção administrativa à luz também das garantias processuais dos requerentes de uma autorização de residência ou da concessão do estatuto de refugiado;
- 4.) a natureza e a extensão das restrições impostas ou sofridas pelos requerentes.

O TEDH destacou que a razão de ser da retenção administrativa de migrantes ou requerentes de asilo, e no caso desta família, é/foi o exame do seu pedido de concessão do estatuto de refugiado, verificou que não existiam indícios de um comportamento de má-fé da parte dos requerentes de asilo e observou que a duração do tratamento dos pedidos de concessão do estatuto de refugiado foi extremamente longa (abril-agosto de 2019).

Neste contexto, sabendo que as condições de retenção foram difíceis (tendo levado o TEDH a concluir pela violação do art.º 3.º n.º 1, na substância, quanto a estas), acrescentando a estas verificações a inexistência de determinada disposição legal (no regime da entrada, permanência e expulsão de estrangeiros e de concessão do estatuto

de refugiado aplicável na Hungria) de um prazo máximo de retenção dos requerentes, independente do desfecho do exame e da resposta das autoridades ao seu requerimento de concessão do estatuto de refugiado, o TEDH admitiu este segmento de queixa.

Art.º 5.º § 4. Os queixosos seguiram o método de, a cada violação de substância invocada (3.º, 3.º +13.º; 5.º nº 1 ; 5.º nº 4), associar a violação do direito processual correspondente. No caso do art.º 3.º, invocaram, além da violação de substância, a violação do direito a um recurso efetivo desta infração da disposição convencional (art.º 13.º), embora não tivessem sido atendidos neste segundo ponto. De modo paralelo, após terem invocado, com êxito neste caso, a violação do art.º 5.º § 1 da CEDH (substância), queixaram-se da ausência de recurso efetivo da detenção (art.º 5.º nº4 ). Após ter admitido este segmento de queixa, e articulando a privação de liberdade administrativa (em abstrato possível, à luz do art.º 5.º nº1 f) da CEDH) com o facto de não existirem regras de processo relativas à duração máxima da retenção administrativa, nomeadamente no regime dos estrangeiros, bem como de não ter havido uma decisão formal de retenção dos requerentes em documento exarado pela autoridade competente, o TEDH observou que já tinha chegado à conclusão de que não se tratou de uma privação de liberdade com um fundamento jurídico próprio, mas uma detenção de facto, segundo a sua própria expressão, e verificou a violação do art.º 5.º § 4 da CEDH na pessoa de cada um dos queixosos, por inexistência de um recurso efetivo da detenção disponível.

Art.º 34.º O TEDH passou, por fim, ao fundamento de queixa extraído do incumprimento, da parte das autoridades, de uma medida provisória por ele emitida em relação a esta família no quadro do processo. Apesar da oposição flagrante das autoridades à medida provisória do TEDH, e de que a esta luz, o leitor destes Acórdãos esperaria a condenação correspondente pela violação do art.º 34.º, o TEDH, facultando a evidência da violação desta disposição da CEDH, entendeu, com alguma clemência, que não seria de examinar mais adiante este segmento de queixa, uma vez que chegara já à conclusão da violação quanto ao art.º 3.º da CEDH, entendendo que não seria necessária uma decisão separada quanto a esta violação.

Esta alta jurisdição internacional, reconhecendo estarem, como o diz no seu Acórdão, reunidos todos os pressupostos de uma condenação, ao entender desistir desta, dá um

mau sinal aos Governos quanto à sua própria autoridade. Ou seja, perante o decretamento futuro de uma medida provisória nos termos do art.º 34.º da CEDH, em matérias de inadiável urgência, as autoridades ficam a saber que se não lhe derem cumprimento, eventualmente não estarão sujeitas à censura do TEDH. Ora este tribunal de direitos humanos não pode desautorizar a sua própria competência. Para o leitor desta importante jurisprudência, o não cumprimento da medida provisória seria o que nos tribunais portugueses se designa “um caso tabelar” de violação do art.º 34.º da CEDH.

À condição desta família acresce o facto de não saber nem ter de saber quais são as portas de entrada mais favoráveis ao seu acesso, nomeadamente em relação à distância geográfica de onde provém e à referida condição física e psíquica.

Verificou-se a violação dos nº 1 e nº4 do art.º 5.º da CEDH, pelo extremismo de condições que as autoridades opuseram a um pedido, afinal legítimo, de concessão de estatuto de refugiado para um agregado familiar a cuja condição as autoridades públicas alemãs foram sensíveis, concedendo-lhe a proteção internacional e o apoio médico em território sob jurisdição da República Federal da Alemanha. (Ministério Público de Portugal, “TEDH, 4ª secção, M.P, e outros C. Hungria, Acórdão de 8 de março de 2021”)

*“We understand that many of them are forced to leave countries where some are committing atrocities against their own people, where the economy has collapsed, and where unemployment has broken all records. The migrants themselves are the victims of bad political decisions. In fact, the world has turned its back on these people: the world has turned its back on states in which human dignity is not respected, and where it is degraded on a daily basis. We understand all this. But based on simple mathematical calculations, it is easy to see that Europe is unable to take on all the troubles of the world. We are unable to support all the economic migrants.”*

- Orban, 2015

No campo da segurança interna e nacional, a Hungria rejeitou o já referido sistema de quotas proposto pela Comissão Europeia no âmbito da Agenda Europeia da Migração. Na perspetiva do primeiro-ministro húngaro, o sistema retiraria ao país a sua capacidade

decisiva na escolha dos migrantes forçados que deveriam permanecer ou abandonar o seu território, pelo que Orbán o via como uma medida ilegítima, considerando que os líderes europeus não possuíam autoridade para executar resoluções acerca das recentes migrações que previssem a sua aplicação num Estado, quando essa não era a vontade do mesmo (Orbán, 2015). À luz deste raciocínio, Szabolcs Takács, Secretário de Estado húngaro dos Assuntos Europeus, ressaltou também a desvinculação do país ao referido compromisso: *“We will not accept any kind of compromise that includes the mandatory distribution of immigrants and asylum-seekers [...] Hungary has no legal or political obligation to become a country of immigrants”* (Takács, 2018). Viktor Orbán acrescentou ainda que o sistema de quotas não seria um bom método para solucionar a crise, uma vez que em vez de manter os fluxos migratórios longe, funcionava como um convite para que viessem para o território europeu, o que propagava o terrorismo e fomentava a recriação de fronteiras internas dentro da UE como forma de os Estados providenciarem a sua própria segurança (Orbán, 2015a). Neste contexto, o modo de atuação húngaro face às migrações regia-se pelo princípio de *“export help, not import problems”* (Orbán, 2018), concebendo que a única solução viável era travar a vinda dos fluxos migratórios para a Europa e não arranjar uma forma eficaz de os gerir já dentro da EU. (Botelho, 2020, p. 38)



Fig. 2 – Hungria (migrantes forçados impedidos de entrar na fronteira do país)

### 5.3.2. A QUESTÃO DOS MIGRANTES FORÇADOS EM ITÁLIA

As fatalidades procedentes de naufrágios no mar Mediterrâneo eram já uma questão que integrava as preocupações do Estado italiano, ainda antes do ano de 2015. O desastre de 2013 - quando uma embarcação que transportava migrantes forçados da Líbia para a Europa pegou fogo e provocou mais de 100 mortes e 200 desaparecimentos – instigou grandes protestos em Itália, que contestava a falta de ação da comunidade internacional. Em comunicações relativas ao incidente, Angelino Alfano, primeiro-ministro italiano em 2013, enviou uma mensagem direta à UE, referindo “*We hope the EU realises that this is not an Italian but a European disaster*”, ao que Jean-Claude Mignon, chefe da assembleia parlamentar do Conselho da Europa, acrescentou não ser já a primeira vez que “*a terrible human tragedy*” ocorria “*at the gates of Europe*”, considerando ser fundamental uma ação comum dos estados-membros da UE na criação de mecanismos que pudessem evitar novas ocorrências deste tipo. Ainda assim, apesar do mediatismo e contestação que marcaram o primeiro caso de Lampedusa, os números de mortes foram superados em 2015, num novo naufrágio no mês de abril que provocou um recorde no número de mortes na rota Mediterrânea Central e alertou verdadeiramente a UE para a necessidade de uma ação coletiva coordenada. Em termos do impacto deste desastre no discurso migratório italiano, este regeu-se pelas mesmas premissas discursivas de 2013, ainda que recorrendo a uma postura mais rígida e crítica. Neste sentido, um relatório de análise de discurso mediático executado por Berry, GarciaBlanco e Moore para o ACNUR (2015: 94), concluiu que em 2015 o tema de “Buscas e Salvamentos / Fornecimento de Ajuda” foi o mais explorado nos media dentro da temática das migrações. (Botelho, 2020, p.66)

O desastre de abril de 2015 foi determinante quanto às palavras e expressões utilizadas para definir a situação migratória, marcando a mudança de uma “emergência” para uma “crise” e propulsionando a adoção de “crise migratória europeia” nas comunicações discursivas. A 23 de abril de 2015, a prevenção de mais mortes no Mediterrâneo foi definida enquanto política prioritária. No entanto, só no encontro seguinte - em junho do mesmo ano – é que, após forte oposição, a Europa acordaria na redistribuição de 40.000 imigrantes da Itália e da Grécia, um pequeno passo revelador da falta de vontade dos Estados Europeus e de uma política migratória europeia fracassada. Durante este

último encontro, existiram vários momentos de tensão, nomeadamente quando Dalia Grybauskaitė, presidente lituana, mencionou que a situação difícil que assolava a costa marítima italiana era um problema de Itália e não da UE e quando Matteo Renzi – primeiro-ministro de Itália nesse ano – se indignou face às posições pouco solidárias dos estados-membros europeus, referindo que *“If this is Europe, you can keep it!”*. Por essa razão, enquanto enaltecia a postura italiana, o primeiro-ministro criticava a resposta europeia até ao momento. (Botelho, 2020, p.67)

*“While lives are being saved, we also know that there isn’t enough room for everyone. Whoever has the right to asylum must be welcome in Europe, not just in Italy, despite the EU’s Dublin regime. But it is inconceivable that one country should tackle the entirety of this problem on its own. Responsibility and solidarity are concepts that go hand in hand.”*

- Renzi, 2015

A recondução dos migrantes forçados que já estavam em território italiano para outros Estados era um mecanismo atenuador da pressão dos fluxos migratórios sobre o país. No entanto, de acordo com Renzi, uma solução a longo prazo previa uma atuação no local de onde eles partiam para a Europa - a Líbia (BBC News, 2015a). Parte do objetivo era terminar com a atividade criminosa das redes de tráfico, que o primeiro-ministro italiano descrevia como "the slavery of the 21st Century" (BBC News, 2015a) e, assim, impedir que os migrantes forçados partissem para a Europa, correndo o risco de morrer na travessia marítima (BBC News, 2015a). A ação destas redes era facilitada pela falta de vigilância costeira, que permitia uma operacionalização sem impedimentos (Renzi, 2015). (Botelho, 2020, p.67)

As operações Triton e Poseidon, ainda que expressas na AEM como parte da atuação no âmbito “Salvar vidas no mar”, adquiriram uma ação multidimensional, mas não tão voltada para o objetivo que vigorava enquanto parte central da sua ação na respetiva agenda migratória (Comissão Europeia, 2015). Por sua vez, a Operação Sophia procurava sobretudo o combate às redes de tráfico irregular. Deste modo, em termos de ação de busca e resgate, as ONG’s procuraram preencher as lacunas deixadas pelo fim da

Operação Mare Nostrum, figurando como os principais atores de salvamento. Rapidamente foram acusadas de funcionarem enquanto “fatores de atração”, desta vez já não só pelas vozes políticas como pela própria Frontex. (Botelho, 2020, pp. 77-78)

É necessário que a resposta da União Europeia vá além da abordagem do Plano de 10 Pontos sobre Migração, anunciado pela EU, focado sobretudo em conter a chegada de migrantes e refugiados às suas costas. Como princípios estruturantes, a segurança, necessidades de proteção e direitos humanos de todos os migrantes devem estar na dianteira da resposta da UE. É preciso que os líderes europeus vejam além da situação atual e trabalhem de perto com os países de trânsito e de origem, quer para aliviar o sofrimento imediato dos migrantes e refugiados, quer para tratar de forma mais abrangente os muitos fatores que os levam a empreender tão desesperadas viagens marítimas. A força só por si não resolverá a questão da migração irregular, mas pode aumentar os riscos e abusos enfrentados pelos migrantes e refugiados.

Encorajamos assim uma ação coletiva corajosa para alargar o espectro das medidas consideradas, a fim de incluir:

- A implementação urgente e sem demora de uma operação de busca e salvamento robusta, proativa e com recursos adequados, com uma capacidade semelhante à operação *Mare Nostrum* e a clara missão de salvar vidas.
- A criação de canais suficientes de migração segura e regular, nomeadamente para trabalhadores migrantes com baixas qualificações e indivíduos necessitados de reunificação familiar, bem como acesso a meios de proteção se necessário, enquanto alternativas seguras ao recurso àqueles que auxiliam a imigração ilegal.
- A formulação de um compromisso firme para receber números significativamente mais elevados de refugiados através da reinstalação em todo o espaço da UE, para além das quotas atuais e numa escala que tenha um real impacto, juntamente com outros meios legais que permitam que os refugiados fiquem em segurança.
- A promoção de medidas para apoiar os países onde chegam mais pessoas (Itália, Malta e Grécia) e para distribuir a responsabilidade mais equitativamente em

toda a União Europeia, com vista a salvar vidas e a proteger todos os que precisem.

- O combate ao discurso racista e xenófobo contra migrantes e refugiados.

Esta declaração foi subscrita pelo Alto-Comissário das Nações Unidas para os Refugiados, António Guterres, Alto-Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, Representante Especial do Secretário-Geral para a Migração Internacional e o Desenvolvimento, Peter Sutherland, e Diretor-geral da Organização Internacional para as Migrações, William Lacy Swing. (Ministério Público, “Declaração Conjunta de Altos Funcionários Internacionais sobre a Tragédia no Mediterrâneo”, 2015)

A Itália não oferece garantias suficientes no que diz respeito a estruturas de acolhimento para pessoas que pedem asilo ao país, apontou o TEDH. *“Em vista da situação atual do sistema de acolhimento da Itália, a possibilidade de que um número significativo de extraditados para aquele país acabe ficando sem acomodação ou sendo colocado em instalações superlotadas em condições insalubres e violentas não é infundada”*, apontou um comunicado de imprensa do TEDH.

A observação foi feita no meio de um processo judicial que um casal afegão e seus seis filhos, que se recusam a ser mandados de volta para a Itália, moveram contra as autoridades suíças. O tribunal decidiu que esta seria uma violação do Artigo 3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que proíbe tratamentos desumanos ou degradantes, se as autoridades suíças enviarem a família de volta para a Itália sem ter garantias das autoridades locais de que seriam tomadas as medidas necessárias. (R7, “Itália não tem condições de receber refugiados, diz Corte”, 04/11/2014)



Fig. 3 – Itália (Embarcação com migrantes circulam sobrelotadas no Mediterrâneo)

Um caso anterior foi determinante para compreendermos esta situação dos migrantes forçados, em Itália. Queixa de três cidadãos tunisinos chegados à Itália em 2011 e expulsos a seguir em condições difíceis. Acórdão da Seção do TEDH, identificando violações de modo coerente. Acórdão da Grande Chambre proferido a seguir, de muito difícil leitura.

*Khlaifia* e dois outros cidadãos tunisinos queixaram-se ao TEDH da sua expulsão em condições deficientes pelas autoridades italianas, a seguir à primavera árabe de 2011, alegando a violação do seu direito à liberdade, a ausência de recurso da sua privação de liberdade, o sofrimento devido a práticas cruéis, desumanas e degradantes, a sua expulsão ter sido uma expulsão coletiva contrária ao artigo 4.º do Protocolo n.º 4 à CEDH e de não terem beneficiado em todas estas violações de um meio jurídico, disponível e acessível que lhes permitisse pôr cobro às violações, violando assim, também o art.º 13.º da CEDH, conjugado com todas estas disposições.

Chegaram a *Lampedusa* e foram detidos num centro de retenção administrativa, de onde foram deslocados para *Palermo* na sequência de uma revolta dos detidos, que atearam fogo ao centro de retenção. Aí foram mantidos por alguns dias em dois barcos, o *Vincent* e o *Audace*, até serem conduzidos por via aérea até ao aeroporto de *Tunis*, onde foram colocados em liberdade.

A Secção do TEDH que examinou inicialmente o caso aceitou as suas queixas, julgando-as procedentes, com exceção do período passado nos barcos, na medida em que as

condições de detenção nos navios tinham sido consideradas aceitáveis, mediante visita de um deputado ao Parlamento italiano que as tinha cuidadosamente avaliado.

Já, a *Grande Chambre* não deu razão aos requerentes em todos os seus argumentos, produzindo um acórdão de algo difícil leitura.

Entendeu que, na medida em que as detenções foram além do simples quadro administrativo e efetivaram-se em verdadeira privação de liberdade, foram uma violação de liberdade para o efeito do artigo 5.º par. 1 da CEDH, relativo ao direito à liberdade e à segurança e que, para este efeito, deveriam ter podido ser avaliadas por um juiz, beneficiando os migrantes da possibilidade de pedir providências como o *habeas corpus*. Nomeadamente o tempo passado em detenção no centro de retenção administrativa sem garantias judiciais foi considerado longo pela GC. Na medida em que os migrantes não foram informados das razões da sua detenção, houve violação do seu direito à informação, previsto no par. 2 do mesmo art.º 5.º. Porque, não tendo sido informados das razões da sua detenção, não puderam recorrer dela, também se verificou a violação do par. 4 deste artigo.

Já a GC não considerou existir violação do artigo 3.º, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes neste centro de retenção administrativa, contrariamente ao que houvera decidido a Secção. A justificação está, para a GC, no grande afluxo de pessoas a estes centros provocado pela primavera árabe e, assim, na inexigibilidade de um tratamento melhor da parte das autoridades. A retenção sucessiva nos barcos, como sucedera com o acórdão da Secção, não foi considerada violação deste mesmo artigo 3.º. Mas a GC entendeu existir violação pela inexistência de direito a um meio de recurso efetivo da detenção nos barcos à luz do art.º 13.º da CEDH.

Onde, contudo, a GC parece ter sentido mais dificuldades, ou onde a leitura do acórdão se torna mais difícil para o leitor, é na questão da proibição de expulsões coletivas de estrangeiros. Depois de sugerir que eventualmente a existência de um recurso de efeito suspensivo automático da decisão administrativa de expulsão (no caso um despacho do comandante da polícia local sem direito a recurso) daria uma garantia de juridicidade à expulsão de vários migrantes, retirando-lhe o carácter de coletiva, a GC vem dizer que a existência deste recurso com este efeito suspensivo (numa situação que é distinta do pedido de asilo, para o qual o TEDH vem decidindo, com jurisprudência assente, que o

recurso da decisão administrativa de expulsão para uma formação judicial deve ter efeito suspensivo, o que não foi modificado), não é necessária para descaracterizar uma expulsão como coletiva, bastando a identificação dos migrantes, o que foi feito, embora a documentação pertinente tenha sido destruída no incêndio do centro de retenção, o que torna a leitura do acórdão ainda mais difícil, depreendendo-se mesmo assim dos factos uma muito sumária identificação dos migrantes.

Ora, se o tratamento individualizado de cada caso de pedido de imigração está assente na jurisprudência do TEDH para descaracterizar a expulsão simultânea de vários cidadãos como expulsão coletiva de estrangeiros, proibida à luz do direito internacional, a mera identificação de cada pessoa a expulsar não é bastante para retirar a dimensão coletiva à expulsão. Assim o entendeu a Seção que tinha optado pela violação do artigo 4.º do Protocolo n.º 4 da CEDH, que proíbe esta expulsão coletiva.

A identificação de cada pessoa, com nome, país de origem, eventualmente morada no país de origem, não corresponde a uma entrevista com o migrante, a receber ou a expulsar, entre muitos, com o tratamento documental correspondente, e a prestação do conjunto de informações – nomeadamente sobre se tem condições de formular um outro pedido como o de asilo, o exame da situação do seu país de origem frente à sua situação concreta, a sua situação familiar, etc. Nesse sentido, houve violação do art.º 4.º do Protocolo n.º 4 e violação do artigo 13.º da CEDH combinado com este artigo, por não existir um meio judicial efetivo para superar esta violação, além das demais violações identificadas.

Nesta medida, o Acórdão da *Grande Chambre*, última guardiã do direito europeu dos direitos humanos, recuou em relação ao acórdão, talvez mais solidamente fundamentado, da Seção do TEDH, que inicialmente recebera a queixa. (Ministério Público de Portugal “TEDH, 15 de dezembro de 2016, KHLAIFI C. Itália”, 2017)

#### 5.4. A QUESTÃO DOS CURDOS

Os Curdos são uma população étnica unida pelos seus valores e dispersa através de países como Irão, Iraque, Arménia, Síria e Turquia, localizados sob este último país. Diante disto, as violações dos direitos humanos que este povo sofre, quando submetida à jurisdição turca, levantam uma série de outras questões, como: o motivo da não existência do Estado do Curdistão; a aproximação da Turquia à União Europeia, e os impactos deste processo na possibilidade de acesso curdo à Corte Europeia de Direitos Humanos.

Em relação ao território do Curdistão, a questão inicia-se com a realização do acordo SykesPicot, em 1916, entre o diplomata britânico Mark Sykes e seu homólogo francês, François Georges-Picot. Através da diplomacia secreta, estes firmaram zonas de influência entre os dois países no Médio Oriente. Após a conclusão deste tratado, com o Império Otomano a corromper, e com a oposição do movimento nacionalista turco/otomano às potências europeias, os Aliados decidem em 1920 assinar o Tratado de Sèvres, prevendo no seu artigo 62º e seguintes a criação de um Estado Curdo Independente, gerando assim um documento com a aceitação das potências europeias para a criação do Estado.

O Movimento Nacional Turco, porém, acabou por integrar e silenciar as vozes dessa minoria, sob o pretexto de uma comunidade baseada na homogeneidade cultural. Quando a Turquia estabeleceu as suas fronteiras no Tratado de Lausanne de 1923 (que acabou por revogar e substituir o de Sèvres), houve omissão a qualquer menção de um Estado Nacional para os Curdos. As tentativas futuras para a criação de um Estado Curdo foram frustradas, como, por exemplo, o Massacre de Dersim, no qual o conflito entre turcos e rebeliões curdas chegou à cifra de 40.000 mortos durante os anos de 1937 e 1938. (Neto, pp. 93-94). Não houve reconhecimento externo da sua soberania pelos Estados vizinhos, nem o preenchimento dos requisitos legais presentes na Convenção Pan-americana sobre Direitos e Deveres dos Estados. Isto é, o povo Curdo é reconhecido somente como um grupo étnico e não como Estado com instituições sólidas e eficazes no governo interno de um território bem estabelecido. Portanto, falta a eles o componente da soberania, uma vez que os Curdos estão sempre submetidos à legislação do Estado onde se encontram, sem apresentar qualquer forma de governo

suficientemente estabelecido que lhes permita exercer controlo sobre as suas relações internas e externas. Há ainda a questão de não haver uma liderança central para todo o povo Curdo. Atualmente, há apenas grupos, como aqueles localizados no Iraque - o Partido dos Trabalhadores do Curdistão (PKK), e na Síria – o Partido da União Democrática (PYD). Tais grupos adotam posições divergentes quanto à forma de governo do Curdistão: enquanto o PKK defende um Curdistão autónomo, o PYD luta para o estabelecimento de um confederalismo democrático, sem hegemonia de representação dos interesses curdos como um todo. (Neto, p.98)

Dessa forma, torna-se necessário, utilizar outros fóruns para a busca da efetivação dos seus direitos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos. Sendo a Turquia parte do Conselho da Europa, ratificou a Convenção Europeia de Direitos Humanos, declarando a competência da Corte no julgamento de violações dos direitos humanos ou da liberdade política de indivíduos dentro de seu território, dentre os quais se encontram os curdos. Alguns julgamentos da Corte Europeia chegaram a importantes conclusões em relação à proteção dos direitos da população curda, a saber: a detenção sem conhecimento é uma negação completa do direito à liberdade (caso Çiçek v. Turquia); o desaparecimento forçado de um indivíduo é uma violação do direito à vida (caso Ipek v. Turquia); e o contra-terrorismo não justifica uma prisão não comunicada de até 30 dias (caso Aksoy v. Turquia). (Neto, p.105)

#### **5.4.1. O CASO SELAHATTIN DEMIRTAS CONTRA A TURQUIA**

Em 2017 *Selahattin Demirtas* queixou-se ao TEDH contra a Turquia, de que a sua prisão preventiva violou os artigos 5.º (direito à liberdade e à segurança), nº1, nº3 e nº4; 10.º (direito à liberdade de expressão); 18.º (restrições não legítimas ao exercício de direitos) da CEDH, bem como o art.º 3.º do Protocolo n.1 à CEDH (direito a eleições livres por sufrágio secreto e direitos de participação política). A 2.ª Seção do TEDH, a quem a queixa foi inicialmente distribuída, declarou estas queixas admissíveis, entendeu que não tinham sido violados os art.º 5.º nº1, e nº 4, mas que se registava a violação do art.º 5.º nº 3 e do art.º 3.º do Protocolo n.º 1 (o P.1), por unanimidade. Entendeu, por maioria, que o art.º 18.º tinha sido violado em articulação com o art.º 5.º, nº 3. Quanto ao art.º 10.º, não haveria que proceder ao seu exame, considerando ainda a Secção que o Governo turco não teria violado a regra do direito de queixa, ao abrigo do art.º 34.º.

Nascido em 1973, o queixoso exerceu na Turquia uma carreira política, tendo sido um dos Vice-presidentes do Partido Popular Democrático, um partido da esquerda pró-curdo. Exerceu, a partir de 2007, um mandato de Deputado à Assembleia da República (a AR) turca, tendo sido eleito para um segundo mandato, que cumpriu até as eleições legislativas de 2018, às quais não concorreu. Em 2018 concorreu às eleições Presidenciais, não tendo sido eleito. Em 2014, o grupo islâmico *Daesh* moveu uma ofensiva militar na região Curda da Síria, junto à fronteira turca, sendo que o Curdistão tem o respetivo território distribuído entre a Turquia, a Síria e o Iraque, nesta Região do Médio Oriente. Apesar da presença de forças transnacionais na região, apenas reagiram a esta ofensiva as Unidades de proteção popular curdas, em torno da cidade de *Kobani*, Unidades de proteção em relação com o *PKK* (Partido dos trabalhadores Curdo) e o *Partido Popular Democrático* (o PPD), de âmbito nacional na Turquia. A seguir ao confronto, a Turquia abriu as fronteiras aos refugiados em consequência de compromissos internacionais entretanto assumidos, refugiados estes formados por mulheres, crianças e idosos. Mas as autoridades turcas fecharam a fronteira relevante de *Kobani*, no sentido de impedirem os voluntários curdos de abandonarem *Kobani*, forçando-os a suportarem as investidas de *Daesh* e a continuarem o combate contra estas forças. Neste contexto, ocorreram manifestações em toda a Turquia, pedindo os manifestantes a intervenção militar turca no sentido de apoiar os resistentes de *Kobani*. A todas estas comunicações juntaram-se, ainda, associações pró-curdas. As manifestações vieram a intensificar-se, tendo ocorrido confrontos violentos entre as forças da ordem e os manifestantes em vários pontos do País. Chegaram a ser impostas medidas de recolher obrigatório. Nesse momento, o queixoso teve a oportunidade de proferir um discurso na sede do seu partido, em *Diyarbakir* (a capital do Curdistão turco), afirmando a necessidade da intervenção militar turca, uma vez que o *Daesh* já tinha avançado para outras localidades do Norte da Síria, sempre no Curdistão (sírio). Responsabilizava o poder instituído pela escalada da violência interna e pelo abandono de cidadãos que partilhavam da mesma etnia que a minoria nacional curda. Chegou a dar uma entrevista a um jornal, em que explicou, com entusiasmo, a sua posição. Também veio a defender a pessoa de *Abdullah Oçallan*, o líder curdo em cumprimento de pena de prisão de natureza política, desde 1999, e ainda hoje não libertado, não na

qualidade apenas de preso político, mas como o futuro mesmo da Turquia no que respeita à Paz e à Liberdade.

Neste quadro, decorrera a partir de 2012 um processo de paz, visando a harmonização das relações entre a maioria turca e a minoria curda da Turquia, designado por “Processo de Resolução” (do conflito). Entretanto, já em 2015, o *Daesh* intensificou os seus ataques, tendo provocado atentados terroristas em *Diyarbakir*. No seguimento destes atentados, o Presidente da República turca (o PR) rejeitou a responsabilidade destes atos terroristas sobre o PKK e o PPD. Esta tomada de posição do PR teve por consequência uma fragilização dos respetivos líderes face às forças da ordem. Ainda em 2015, novamente, o *Daesh* conduziu um atentado em *Ankara*, do qual resultaram mais de 100 mortos. O queixoso continuou a assumir as suas tomadas de posição. Em 2016, o PR organizou uma Revisão constitucional em torno das imunidades dos parlamentares. Recebida a proposta de Revisão, a AR adotou o Decreto de Revisão constitucional, assumindo a Revisão constitucional almejada pelo PR. Apenas alguns Deputados se opuseram e vieram a pedir, sem êxito, adaptações do regime a partir de então em vigor, das imunidades dos parlamentares. Foi neste quadro que 93 investigações do Ministério Público (o MP) foram conduzidas sobre as atividades do queixoso, tendo o Procurador-geral Distrital de *Diyarbakir* organizado 31 investigações criminais, que apensou num processo-crime único, sendo que 7 outros conjuntos processuais foram iniciados em diversas Comarcas judiciais da Turquia. De 8 quadros processuais contra o queixoso resultou a abertura de 6 processos penais contra o queixoso. Na instrução dos processos, foi sempre negado ao queixoso o acesso à documentação pertinente para a sua defesa (eventualmente terá sido mantido em segredo de justiça, ou seja, sem conhecer exatamente os fundamentos precisos que legitimavam as acusações penais [não em sentido técnico, mas no sentido de imputações nos termos do art.º 6. da CEDH), tendo sido rejeitadas todas as suas objeções. Foi realizada uma busca domiciliária em casa do queixoso, a pedido do MP de *Diyarbakir*, cujos resultados determinaram a prisão do queixoso, mais 12 Deputados à AR. No dia da sua prisão, o queixoso beneficiou do auxílio de 3 advogados e, apesar da oposição deduzida, veio a ser colocado em prisão preventiva, com o fundamento da sua pertença a uma organização terrorista armada e à incitação pública ao crime. Apesar da invocação do benefício da imunidade

parlamentar pelo queixoso, o juiz que ordenou a prisão preventiva justificou-a com a exclusão constitucional da imunidade no caso dos crimes terroristas. Uma vez que o queixoso fora preso com base na suspeita da prática destes crimes, ficava excluída a sua imunidade. Oito outros Deputados vieram a ser presos, em várias localidades da Turquia por esta ocasião, com o mesmo fundamento. Todos os recursos desta decisão interpostos pelo queixoso ficaram sem efeito. Um tribunal de júri de *Diyarbakir* examinou a decisão do Juiz de instrução criminal (o JIC) que validara a prisão preventiva e confirmou-a, com vários fundamentos, alguns dos quais em formulações previstas na CEDH a título de exceções ao regime dos direitos, liberdade e garantias constantes da mesma. Após cerca de um ano em prisão preventiva, o MP veio a proferir a acusação penal, em janeiro de 2017, acusando o queixoso de participação em formação terrorista armada e de apologia do terrorismo, num documento de 500 fls. (excluindo os numerosos anexos contendo a abundante prova documental). O queixoso voltou a pedir a colocação em liberdade, mantendo-se à ordem do processo e do julgamento, pedidos que foram rejeitados. Foi pronunciado pelos crimes de que era acusado. As razões da manutenção da prisão preventiva no decurso do julgamento foram a gravidade dos crimes imputados, a especial complexidade do processo e o perigo para a prova que ainda pudesse ocorrer. Por razões de segurança, o tribunal competente foi desaforado de *Diyarbakir* para *Ankara*, tendo o tribunal de *Ankara* mantido a prisão preventiva do queixoso, com as referidas razões. Ainda assim, por meio de decisão adotada em 2018, o queixoso obteve uma prestação pecuniária a título de indemnização, pelo facto de os tribunais não terem examinado *ex officio* a questão da licitude da sua prisão preventiva, tendo este exame apenas ocorrido por impulso processual da defesa. Em dezembro de 2017, o tribunal criminal de *Ankara*, em formação de júri, procedeu à primeira audiência de julgamento do queixoso. Este arguiu a ilegitimidade da sua prisão e dos vários processos contra si aduzidos em forma de processo único, radicando esta ilegitimidade no facto de o regime o ter pretendido silenciar e impedir a sua atividade parlamentar, a qual fora conduzida pacificamente e sem incitação à violência. Os argumentos da defesa e os correspondentes recursos foram todos negados. À data da pronúncia do Acórdão da GC do TEDH, o queixoso ainda se encontrava em prisão. Sendo o recurso ao Tribunal Constitucional (o TC) que um requerente tem de esgotar para ver admitida a sua queixa junto ao TEDH, segundo a

jurisprudência deste tribunal relativa à Turquia (trata-se, neste País, de um recurso de amparo constitucional o qual, por ser um recurso concreto de queixa, tem a potencialidade de esgotar o processo interno, mediante uma decisão favorável a um requerente, dando assim mais uma possibilidade ao Estado de resolver o problema de direitos humanos perante ele colocado, segundo os critérios da CEDH), o queixoso esgotou este recurso judicial interno numa primeira oportunidade, tendo sido confrontado com uma decisão de inadmissibilidade da parte do TC. Para esta jurisdição existiria uma forte presunção a cargo do queixoso, de que este teria cometido um conjunto de atos criminais gravíssimos, conjunto que se encontrava inserido na tipologia dos fundamentos constitucionais de levantamento da imunidade parlamentar, nos termos da recente Revisão constitucional. O TC ainda afirmou que da sua jurisprudência não constava nenhum Acórdão em que o TC houvesse concluído pela ilicitude da condenação penal de um Deputado cuja imunidade tivesse sido levantada nos termos do processo que o queixoso enfrentava. Não apenas teria sido legítima a decisão de levantar a imunidade parlamentar como o fora a decisão de colocação em prisão preventiva, legítima, não apenas à luz da lei, mas ainda à luz do princípio da proporcionalidade, pois o levantamento da imunidade fora decidido antes da decisão de colocação em prisão preventiva. Para mais, no seu recurso de amparo, o queixoso não tinha especificado concretamente a falta de razões bastantes e suficientes para justificar a sua colocação em prisão preventiva. Daqui decorreria, sem sombra de dúvida, quer legal quer lógica e argumentativa, a inadmissibilidade da restante argumentação do queixoso, nomeadamente no tocante à liberdade de expressão, uma vez que ele tinha falhado na invocação, em termos de pressupostos, do seu alegado direito. Ainda assim, um juiz do TC lavrou um voto de vencido, estimando que, embora existisse uma forte presunção do cometimento de um grupo de ofensas da parte do queixoso, resultava da jurisprudência do TEDH proferida no caso *Buzadji c. Moldova*, que a prisão preventiva não seria proporcional, uma vez que os tribunais não se tinham dado ao trabalho de elencar concretamente as razões bastantes e suficientes que sustentavam esta prisão preventiva. O processo penal prosseguiu o seu curso, tendo sido julgado, entretanto, no tribunal de Istambul um dos crimes de que o queixoso fora arguido (um crime de participação em organização terrorista), condenando-se este em pena de quatro anos e seis meses de prisão. Em segundo grau de jurisdição penal, a segunda instância de

Istambul manteve o decidido pela primeira instância, tendo sido decidida, em 2019, a suspensão da execução da pena, na pendência da evolução do restante quadro processual. O queixoso foi, em consequência, colocado em liberdade provisória, pelo tribunal de *Ankara*, à ordem de cujo julgamento se encontrava, mas o MP - sempre face ao perigo para a segurança do Estado, a complexidade do processo e o receio de destruição de prova que ainda pudesse ocorrer - veio a pedir a colocação do arguido, novamente, em prisão preventiva, à ordem do julgamento do tribunal de *Ankara*. Este requerimento do MP foi concedido pelo tribunal. Neste preciso contexto processual, o queixoso veio a formular um novo recurso de amparo constitucional ao TC. Para o efeito de clareza na exposição da matéria, o TEDH qualificou o grupo de recursos de amparo ora feitos pelo queixoso (foram vários), de 2.ª queixa ao TC por oposição à anteriormente referida. Nesta 2.ª queixa, o TC decidiu em favor do queixoso, pois a prisão preventiva fora excessivamente longa, mesmo em relação à questão da gravidade dos crimes imputados e da especial complexidade dos processos em relação à disposição constitucional correspondente ao art.º 5.º nº3 da CEDH (um tempo de espera do julgamento demasiado prolongado). Ainda assim, para o TC, uma vez que impedia sobre o arguido um conjunto de imputações extremamente grave, a prisão preventiva inicial fora corretamente assumida. O TC censurou às jurisdições internas a falta de exame suficiente das razões bastantes e razoáveis para justificar a prisão preventiva e, por isso, concedeu uma indemnização a título do dano moral ao queixoso. Os demais argumentos do queixoso foram todos assumidos como improcedentes. Concedeu uma indemnização a título do dano moral ao queixoso. Este queixou-se ao TEDH.

Procedendo ao exame da queixa, o TEDH deu destaque a material do Gabinete do Parlamento europeu para a promoção da democracia parlamentar relativo à imunidades dos deputados, a vários pareceres da Comissão de Veneza sobre a integração do conceito de participação em movimento terrorista armado e sobre a suspensão de direitos constitucionais, na Turquia, bem como sobre a então ainda proposta de modificação constitucional do regime das imunidades parlamentares e outra ainda sobre as competências e o funcionamento dos tribunais criminais na Turquia.

O TEDH destacou ainda um Memorandum do Comissário do CoE para os DH, após visita à Turquia, em 2016, em que este sublinhou, nomeadamente, a prática de assédio judicial

no sentido de limitar o debate parlamentar, uma Decisão do Conselho Governador da União interparlamentar (a IPU), de 2017, relativa à liberdade de expressão, um Relatório de *Amnesty international* sobre a situação dos DH no mundo, de 2017/2018. Quanto à apresentação da queixa propriamente, o CoE observou que é sua jurisprudência constante, o âmbito da queixa ser delimitado pela Seção que a admitiu e inicialmente julgou. Assim sendo, não pode ser trazida matéria “nova” em relação a esta delimitação prévia operada pela Seção *a quo*. O Governo opôs 5 exceções. A primeira de que estaria pendente queixa junto da IPU, o que excluiria a jurisdição do TEDH, no sentido de observar o respeito do princípio *ne bis in idem* em benefício dos Estados, exceção de inadmissibilidade que, após debate, a GC excluiu, pois, a IPU não tem competências judiciais no sentido das competências atribuídas pela CEDH ao TEDH. A segunda exceção foi relativa ao não esgotamento do recurso de amparo perante o TC sobre cada um dos pontos específicos da queixa. O TEDH não apenas verificou que o queixoso se queixou por duas vezes ao TC, mas que a última resposta do TC, que o queixoso considerou insatisfatória, foi a que despoletou o recurso de queixa diante do TEDH. Este meio foi, assim, esgotado. Relativamente ao segmento de queixa sobre a violação dos art.ºs 5.º n.º 3 e 18 da CEDH em relação com o art.º 3.º do P1 à CEDH, o TEDH entendeu que, embora o Governo sustentasse que o queixoso não colocou esta questão às jurisdições internas, o tema do 1.º recurso ao TC foi precisamente este tema, o qual mereceu a observação de um juiz conselheiro em voto de vencido referida acima. Por esta razão, a exceção não procedeu. Outra exceção oposta foi relativa à não introdução de uma ação de responsabilidade civil extracontratual do Estado pelas violações alegadas. A Seção decidira que, para esta ação dever ser proposta, deveria ter possibilidades razoáveis de êxito. A GC entendeu que, precisamente, o sentido da regra do esgotamento dos recursos judiciais disponíveis internos é a de um requerente apenas esgotar aqueles que estão disponíveis e são suficientes. Recursos legalmente disponíveis, mas não efetivos não têm de ser esgotados. Esta ação típica não assumiria a necessária eficácia no contexto do caso, pelo que não era de excluir. Também neste ponto a GC decidiu no sentido da admissibilidade. Outra questão, para além do domínio limitado da admissibilidade, foi a questão do estatuto de vítima do queixoso. O Governo argumentou que, tendo sido atribuída indemnização ao queixoso pela privação ilegal da liberdade, este perderia o estatuto de vítima para o efeito da legitimidade da queixa ao

TEDH. Embora o TEDH reconhecesse que a competência nesta definição do estatuto processual do queixoso que aciona a jurisdição europeia está em parte nas mãos do Governo, também reconheceu que uma medida favorável ao queixoso pode não ser bastante para lhe retirar o seu estatuto de vítima. Tratando-se da privação da liberdade, a compensação não basta para considerar o meio judicial efetivo e a concessão desta compensação não basta para fundamentar a perda do estatuto de vítima para o efeito do processo de queixa. Tem mesmo de existir a colocação em liberdade numa situação em que esta liberdade acabou por deixar de existir. Havia, ainda, que saber se, enquanto recluso preso, o queixoso beneficiou de um recurso efetivo da detenção, suscetível de o colocar em liberdade. Ora, apesar da compensação entretanto concedida, o certo é que os vários pedidos de colocação em liberdade, no contexto do 1.º pedido ao TC e do 2.º não puderam ser satisfeitos no sentido da liberdade pessoal, tendo o juiz vencido no 1.º recurso de amparo apontado que não se verificou uma fundamentação bastante da medida de colocação em prisão preventiva. Por esta razão se verificou a violação do art.º 5.º § 3, quanto ao tempo que mediou entre a prisão do queixoso e o fim do período da prisão preventiva. Decidindo no tocante ao art.º 10.º da CEDH (direito à liberdade de expressão), o TEDH reteve o sentido da intervenção de terceiros (*amicus curiae*) da Sra. Comissária para os DH do CoE, segundo a qual a prisão do queixoso fez parte de um conjunto mais alargado de repressão, da parte do Governo turco, naquele período de tempo, em relação a vários oponentes do regime que criticavam a política seguida por este. A IPU e as ONG's intervenientes destacaram a importância da liberdade de expressão dos políticos em sociedades democráticas. A GC do TEDH admitiu este segmento de queixa, sublinhou a urgência e a necessidade de respeitar a liberdade de expressão dos Deputados à AR, reconheceu ter existido uma interferência da parte do Governo e procurou a previsão legal desta intervenção e a sua necessidade numa sociedade democrática (o teste de proporcionalidade segundo o método de adjudicação do caso seguido pelo TEDH). No domínio da previsão legal, deve ter lugar uma concretização, no sentido de saber se existe a previsibilidade da sanção legal no momento do proferimento do discurso incriminador. Este ponto da questão levou o TEDH a examinar o regime jurídico-constitucional das imunidades dos parlamentares em vários Estados. Segundo os diferentes regimes jurídicos, a imunidade ora redundava na simples irresponsabilidade política, ora se traduz numa total inviolabilidade do

personagem político em relação às suas atividades de natureza política. Para a GC, a imunidade do político em relação às atividades conexas com o seu mandato é da segunda natureza, ou seja, insuscetível de violação da parte de quaisquer autoridades, tendendo a ser absoluta. Sucede que o queixoso fez prova, consistente e bastante, da conexão dos seus discursos e das suas várias tomadas de posição com o seu mandato político, e conseguiu demonstrar a sua natureza não violenta. Neste contexto, é a própria Constituição da República Turca (a CRT) que oferece uma série de salvaguardas contra o arbítrio dos poderes públicos. O TEDH observou que o regime da revisão constitucional, que admite o levantamento das imunidades, ofende as regras constitucionais turcas e que tal foi destacado pela Comissão de Veneza nos pareceres citados. A GC partilhou o entendimento desta Comissão de que a emenda constitucional é uma emenda *ad homines* (dirigida às concretas pessoas visadas), que não tem precedentes na história constitucional da Turquia.

As autoridades não conseguiram estabelecer prova bastante para justificar uma ligação suficiente entre as ações do político e a sua prisão preventiva. Estas suspeitas não alcançaram, assim, a condição de razoabilidade (suspeita razoável) requerida pelo art.º 5.º da CEDH, tendo-se registado a violação deste preceito (o art.º 5.ºnº1).

Mesmo em contexto de dificuldades no presente da vida coletiva dentro de um Estado, compete a quem controla o poder numa sociedade assegurar a observância do pluralismo e da tolerância necessários ao convívio equilibrado entre os vários participantes na vida coletiva, sem o que é a própria noção de aceitação recíproca que acaba por ser posta em causa, gerando-se eventualmente pesadas situações de exclusão social. No fundo, compete a quem detém o poder, em razão do sufrágio (a um ditador não interessam nem a fundamentação democrática do seu poder em torno do sufrágio, nem o financiamento contributivo pelos cidadãos por meio do imposto, tanto das funções do Estado, quanto do investimento público na proteção social, quanto da função redistributiva do imposto), assegurar, dentro do quadro legal legítimo, a indisciplina necessária à vida em comum, a qual é o nutrimento da própria democracia e sem a qual esta inexistente. (Ministério Público de Portugal, “TEDH, Grande Chambre, Selahattin Demistas Contra Turquia, Acórdão de 22 de dezembro de 2020”, janeiro de 2021)

## 6. OS DIREITOS DAS MULHERES NA PERSPETIVA DO TEDH

Em dissertação de mestrado elaborada em 2017 por Mariana Medeiros Dantas, ***“Os direitos das mulheres no Tribunal Europeu de Direitos Humanos: uma análise dos casos admitidos de violações aos direitos com base no gênero”***, focada em casos admitidos de violações aos Direitos Humanos com base no gênero, apresentados ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a autora analisa a proteção aos Direitos Humanos das Mulheres no âmbito regional europeu, por meio da análise dos instrumentos internacionais de proteção e crescimento da questão de gênero na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Dividido em três capítulos, o primeiro trata da construção histórica e jurídica dos Direitos Humanos para as Mulheres como proteção especial, trazendo esclarecimentos sobre a questão de sexo/gênero no direito internacional humanitário e inicia a abordagem do tema no âmbito europeu, principalmente no que toca à violência de gênero, por ser o tipo mais recorrente de violação dos direitos das mulheres.

O segundo Capítulo especifica as contribuições do feminismo para a efetivação dos direitos humanos das mulheres e evidencia os direitos que possuem o mais elevado nível de violações nos acórdãos do TEDH, nomeadamente os direitos reprodutivos, a violência contra a mulher e a discriminação de gênero.

O terceiro Capítulo versa sobre a atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, relatando casos que envolvem violações aos direitos das mulheres.

Então qual o motivo da apresentação, nesta minha dissertação, de casos tratados no TEDH sobre as mulheres, sendo elas maioritárias na população europeia?

A mulher, historicamente, tem tido um papel secundário em relação ao homem, sendo vítima constante de violência e discriminação, principalmente com base nos costumes das sociedades, abarcando a cultura e a religião.

A opressão da mulher, traduzida na subjugação de natureza económica, familiar, religiosa, entre outras, varia conforme a sociedade. O modelo de família monogâmica e patriarcal perdurou na sociedade romana, *“o Pater família governava e era dono de todos os bens, possuindo direito de vida e morte sobre seus filhos, mulher e escravos”* (COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. *O Gênero no Direito Internacional: discriminação, violência e proteção*. Belém: Ed. Paka-Tatu, 2014, p.64 e 65.)

Na Grécia antiga, a divisão social era semelhante, subjugando a mulher à condição de mero objeto, o que implicava a inferioridade tanto na esfera familiar quanto pública, traduzida na subordinação moral derivada da dependência jurídica.

A sujeição feminina era tão evidente na sociedade romana, que até mesmo o direito ao nome lhes era negado, diferentemente dos homens, pois a elas era atribuído o nome do pai, enquanto os homens recebiam um nome ao nascer.

Na Idade Média, o papel assumido pela mulher era, ainda assim, de submissão ao homem. Para o medievalista Georges Duby, o dever mais importante do chefe da família era vigiar e possuir o controle sobre a vida das mulheres que viviam sob sua tutela, tendo total liberdade para tomar decisões sobre as suas vidas. Assim, a condição feminina na Idade Média sempre foi transmitida como uma condição de 'submissão' em relação aos homens, pelo menos entre a aristocracia feudal.

(in Revista Territórios & Fronteiras, Cuiabá, vol. 5, n. 1, *Duby: uma perspectiva histórica sobre as mulheres medievais*, Milton Carlos Costa, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", 2012).

Contudo, a historiadora Régine Pernoud, na obra “La femme au temps des cathédrales”, apresenta uma opinião contrária e entende que o chefe da casa possuía a autoridade para colocar em prática as suas funções como marido e pai; todavia, não possuía sobre a mulher e os filhos um poder ilimitado. Segundo esse ponto de vista, a mulher cooperava tanto na organização da comunidade em que vivia quanto na educação dos seus filhos; entretanto, cabia ao marido o sustento da família. Mas, na ausência do marido, a mulher tornava-se a chefe do lar e, caso a mulher falecesse sem herdeiros, os seus bens pessoais regressariam para sua família de origem.

Relativamente à mulher na Idade Moderna (num capítulo de livro didático “A situação da mulher na Europa moderna, da autoria de André Luiz Abreu Bentes, Emanuella da Silva Amaral, Évelin Caroline de Almeida, Kauê Claudino Koga, Maria Emília Moura Saldanha), está inserida a seguinte citação:

*“Uma Mulher é uma filha, uma Irmã, uma Esposa, e uma Mãe, um mero apêndice da Raça Humana”.*

Esta frase, do ensaísta Richard Steel (séc. XVIII), descreve perfeitamente o papel que uma mulher desempenhava na Idade moderna, isto independente da sua classe social. A ela a doçura, a compaixão e o amor materno eram virtudes inatas, por isso lhe cabia cuidar

dos pobres, doentes e idosos, zelar pela educação dos filhos e por sua instrução religiosa e administrar o funcionamento geral do local no qual morava. *“A mulher não pode viver sem o homem.”*

A reversão desta situação e a luta pela equidade de gênero teve início com a Revolução Francesa, se bem que as conquistas de direitos pelas mulheres tenham sido muito mais recentes. (Em 1791, sendo a sociedade predominantemente dominada por homens, Olympe de Gouges, feminista, escritora e revolucionária, elaborou, em resposta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, apresentando como diretriz a igualdade de tratamento e de oportunidades entre homens e mulheres na vida pública e privada, o que, junto com outros escritos revolucionários, a levou à execução pela guilhotina, sob a acusação de ser contrarrevolucionária e uma mulher "desnaturada")

Os Estados com maior número de ocorrências de alegadas violações aos direitos das mulheres, na grande maioria, passaram por conflitos internos culturais, sociais e políticos, como é o caso da Turquia, da Moldávia, Eslovênia e Eslováquia. É certo que condições sociopolíticas desfavoráveis afetam as relações sociais e acentuam a desigualdade de poder entre os sexos, vulnerabilizando ainda mais os grupos menos favorecidos ou discriminados, podendo implicar em aumento da violência.

A título informativo, passa-se a analisar qualitativamente as demandas de gênero mais recorrentes na Corte, nomeadamente, sobre a discriminação de gênero, direitos reprodutivos e violência contra a mulher, primeiro em âmbito público, seguida da violência doméstica.

A discriminação baseada no sexo ou gênero é um problema recorrente, que tem levado o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a desenvolver uma jurisprudência considerável em matéria de igualdade de tratamento para efetivação dos Direitos Humanos.

## 6.1. CASOS JULGADOS NO TEDH

### 6.1.1. O CASO EMEL BOYRAZ CONTRA A TURQUIA

No caso *Emel Boyraz c. Turquia*, que diz respeito ao despedimento de um emprego no sector público por motivos de género, S. Boyraz, a recorrente, trabalhou como oficial de segurança durante quase três anos, antes de ser despedida em 2004 por não ser homem e não ter terminado o serviço militar. Na opinião do Tribunal, o simples facto de os agentes de segurança terem de trabalhar em turnos noturnos e em zonas rurais e terem de utilizar armas de fogo e força física sob certas condições não justificava, por si só o despedimento, e isso já representava uma diferença de tratamento entre homens e mulheres. Além disso, o motivo do despedimento de S. Boyraz não foi a sua incapacidade para assumir tais riscos ou responsabilidades, não havendo nada que indicasse que ela não tivesse cumprido as suas funções, mas sim as decisões dos tribunais administrativos turcos. O Tribunal considerou também que os tribunais administrativos não fundamentaram a exigência de que apenas funcionários do sexo masculino pudessem ser empregados como agentes de segurança no ramo da empresa pública de eletricidade. O Tribunal concluiu, portanto, que a diferença de tratamento de que foi vítima não tinha um objetivo legítimo e constituía uma discriminação em razão do sexo. Consequentemente, houve uma violação do artigo 14.º, em conjugação com o artigo 8.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, quanto à discriminação em razão do género por parte das Cortes nacionais. O problema jurídico do caso, portanto, gravita em torno da interferência estatal de forma discriminatória no gozo da liberdade e direito à vida privada, fazendo com que a Corte precisasse de se manifestar acerca da alegada violação de direitos.

Em contrapartida, o Governo argumentou que a alegação de violação aos artigos 8º e 14º não se aplicavam, tendo em vista que o direito em questão se referia ao recrutamento como funcionário público, que não possui abrigo na Convenção, mantendo a posição de que a recusa em nomear funcionário público não representava violação à Convenção, podendo a recorrente ter assumido outros postos, que não o de segurança, se tivesse cumprido os requisitos necessários. Boyraz respondeu que, em primeiro lugar, foi nomeada como segurança, tendo sido destituída posteriormente, e que as decisões administrativas e judiciais a impossibilitaram de continuar perseguindo

outro posto de trabalho. A esse respeito, o Tribunal pronunciou-se, afirmando que, de facto, o direito de recrutamento para a função pública foi omitido da Convenção, o que impede a recusa de nomeação de funcionário servir de base a uma queixa nos termos da Convenção. Contudo, a questão jurídica a analisar no caso não diz respeito ao direito de nomeação, mas sim a diferença de tratamento em virtude do sexo.

Sendo assim, o Tribunal Europeu considerou como suporte legislativo internacional o art. 20º da Carta Social Europeia, que diz respeito ao direito à igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão, sem discriminação em razão do sexo e também o art. 11º,1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, acerca do comprometimento dos Estados em eliminar a discriminação das mulheres em questões de emprego - ambos ratificados pela Turquia. Além de citar os artigos 10º e 70º da Constituição do país, que garante a equidade entre homens e mulheres e o acesso ao serviço público levando em conta como fator de ingresso apenas as qualificações.

A referência à *CEDAW* como instrumento internacional de proteção às mulheres, também evidencia que o Tribunal tem atentado para os princípios norteadores dos direitos das mulheres.

#### **6.1.2. O CASO S.A.S CONTRA A FRANÇA**

No caso que se segue, foi levada ao Tribunal a apreciação sobre a proibição da utilização do véu completo de rosto em ambientes públicos na França. O uso do *niqab* ou da *burqa*, que são vestimentas que cobrem todo o rosto e o corpo das mulheres respetivamente, é tradição em parte da cultura e religião muçulmana. Não há ainda um consenso europeu quanto a essa proibição, apesar de vários Estados discutirem a matéria. Até ao momento, apenas a França, a Bélgica, a Holanda e a Bulgária utilizam o impedimento geral do uso da vestimenta em locais públicos.

A temática do direito à liberdade de religião de minorias religiosas no cenário europeu desenvolve-se a partir do caso S.A.S x França, originado por um recurso interposto por uma jovem francesa contra o Governo francês, em razão de usar o véu integral. Sendo assim, coube à Corte Europeia de Direitos Humanos, de acordo com a Convenção

Europeia de Direitos Humanos, realizar o julgamento deste caso no tocante à validade da Lei francesa n. 2010-1192, responsável pela interdição da dissimulação da face nos espaços públicos, resultando na proibição do uso do véu. A controvérsia gerada em torno deste artefacto estende-se há anos na República francesa, gerando debates nos média, desconforto na população muçulmana francesa e divergências entre os partidos políticos. A Suprema Corte manteve a validade da lei francesa, alegando não haver violação dos art.8º, art. 9º e art.14º da Convenção, além de permitir que o Estado francês tome as decisões que achar cabíveis sobre medidas restritivas da liberdade de religião das mulheres muçulmanas. A Corte Europeia falhou ao proferir esta sentença, na medida em que autorizou que um ato desproporcional e ilegítimo fizesse parte da legislação francesa. (Martinelli, A., “Liberdade Religiosa: o julgamento do casos S.A.S X França pela Corte Europeia dos Direitos Humanos”, 2014

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/127405/MONOGRAFIA%20VERSAO%20FINAL%20PARA%20UFSC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

A importância deste tema reside em dois pontos cruciais. Primeiramente, por se tratar de um tema envolvendo a liberdade religiosa, um direito fundamental existente nas Constituições. Como se vê, entretanto, esse direito tem sido violado por alguns Estados que se definem laicos, pluralistas, tolerantes e democráticos, a exemplo da França. Dessa forma, é relevante constatar que violações de Direitos Humanos têm acontecido nas jurisdições domésticas, ainda que tais Estados tenham celebrado e ratificado tratados e convenções de proteção aos Direitos Humanos. Soma-se a isso o considerável contingente de muçulmanos no continente europeu, além da ressalva de que este caso francês não encerra essa temática: assim como a legislação belga serviu de exemplo ao ordenamento francês, outros países europeus têm discutido nos seus governos, com base na Lei n. 2010-1192, a possibilidade de adoção de medidas restritivas à prática do véu integral, mesmo isso não tendo sido aconselhado pelo Parlamento Europeu. (Martinelli, 2014)

Segundo a recorrente, de fé muçulmana, a utilização da *burqa* e do *niqab* são escolhas pessoais, devido a sua convicção religiosa e cultural, não representando imposição do marido ou nenhum outro membro da família. E que utilizava a vestimenta em público ou em ambiente privado quando escolhia fazê-lo, para o seu próprio bem-estar espiritual,

à exceção dos momentos onde sua identidade precisava de ser verificada, como controle de segurança em bancos, aeroportos, idas ao médico.

Antes da promulgação da Lei em questão, foi proposta a elaboração de um relatório sobre o uso do véu na França, durante a Conferência dos Presidentes da Assembleia Nacional em 2009. O relatório, apresentado em 2010, continha informações históricas sobre o uso da vestimenta no país e em outros Estados europeus, suas motivações e implicações na vida em sociedade. Em parte, afirma que a utilização do véu, além de incompatível com o secularismo, representa uma violação ao princípio da liberdade e igualdade entre os sexos, uma vez que evidencia uma forma de submissão da mulher, concluindo que a negação do contato com o outro viola o princípio francês de convivência e fraternidade, "*le vivre ensemble*".

Diante do relatório, a Comissão Nacional Consultiva de Direitos Humanos apresentou opinião diversa, afirmando que não era favorável a uma lei de proibição geral e absoluta, tendo em vista que o princípio do secularismo não poderia cimentar uma proibição geral, e que não caberia ao Estado determinar se a matéria está sob a égide religiosa. Acrescentando que tal medida poderia estigmatizar os muçulmanos, além de prejudicar as mulheres, que passariam a deixar de frequentar os ambientes públicos pela proibição do uso da vestimenta.

Após consultas jurídicas ao Conselho de Estado, a Assembleia Nacional elaborou uma resolução sobre a matéria, sublinhando o respeito aos valores da República, que estavam sendo minados pelo desenvolvimento de práticas radicais. Em 2010, o projeto de lei sobre a proibição da ocultação do rosto em locais públicos foi depositado, com apoio da Delegação da Assembleia Nacional dos direitos das mulheres e da igualdade de oportunidades e o Comitê Permanente de Legislação. A lei foi considerada compatível com a Constituição, pelo Conselho Constitucional, e aprovada pela Assembleia Nacional em 13 de julho de 2010, com 335 votos a favor, 1 voto contra e 3 abstenções; e no Senado, em 14 de setembro de 2010, com 246 votos a favor e 1 abstenção, sendo promulgada em 11 de outubro de 2010.

A reclamante contestou, afirmando que o Governo não atentou às particularidades culturais das minorias e que a exigência de mostrar o rosto para a boa convivência social

não é absolutamente necessária, tendo em vista que a comunicação visual não é a única forma de estabelecimento de contato. Além de contestar o argumento cujo uso do véu representava a posição subalterna da mulher em relação ao homem. Segundo ela, ao contrário, traduzia uma liberdade e desejo pessoal de cada mulher em fazê-lo e citou o Comentário Geral nº 28 do Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas, onde se afirma que qualquer tipo de regulação quanto ao tipo de roupa que a mulher pode usar em locais públicos pode representar violação ao princípio da igualdade entre homens e mulheres.

O problema jurídico central dessa demanda é o direito à liberdade de expressão religiosa e discriminação, tendo em vista o argumento de que a utilização do véu geraria penalidades, discriminação e assédio, constituindo, segundo a reclamante, tratamento degradante. Quanto à discriminação, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, através da Resolução nº1743 de 2010, afirma que as comunidades muçulmanas devem abandonar a interpretação tradicional do Islão que discrimina o género, pela sua incompatibilidade com a dignidade humana e padrões democráticos. Pois mulheres e homens são iguais e merecem tratamento equitativo em todas as esferas. Observando que o uso do véu completo simboliza essa diferença de tratamento, subjugação da mulher e limitações à sua interação na vida social e económica.

A Amnistia Internacional também se manifestou no caso, afirmando que o direito de vestir roupas com conotação religiosa traduz-se em liberdade religiosa e está protegido pelo Pacto de Direitos Civis e Políticos, e apelou ao Tribunal para levar em consideração os Comentários Gerais Nos. 22, 27 e 34 do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Ademais, observou que a proibição da lei pode gerar um efeito prejudicial no acesso ao trabalho, à educação e no direito à igual proteção da lei.

### **6.1.3. O CASO V.C CONTRA A ESLOVÁQUIA**

No Caso *V. C. c. Eslováquia*, julgado em 2012, a violação aos direitos humanos alegada da mulher é a da esterilização forçada, tomando como base o disposto nos artigos 3º e 8º da Convenção Europeia, que se referem à proibição de tratamentos desumanos ou degradantes e o respeito à vida privada e familiar, respetivamente. No caso em apreço, uma mulher cigana, ao realizar uma cesariana para dar à luz o segundo filho, num hospital

público, foi esterilizada sem o seu consentimento. No registo de parto constava a sua origem étnica e o pedido de esterilização, que a reclamante assinou, sem, contudo, compreender os efeitos do procedimento de ligadura de trompas. V. C. informou que a equipa do hospital insistiu para que ela assinasse a autorização para esterilização, informando apenas que uma futura gestação poderia implicar na sua morte ou da criança. Ademais, declarou a reclamante que, ao chegar ao hospital, foi levada para uma sala separada para as mulheres ciganas, todas impedidas de utilizar os mesmos quartos de banho das mulheres não ciganas.

A Seção de Direitos Humanos e Minorias do Gabinete do Governo iniciou uma investigação criminal sobre os diversos casos de esterilização ilegal de mulheres de etnia cigana na Eslováquia, após a divulgação do relatório denominado “*Body and Soul*” (Center for Reproductive Rights. *Body and Soul: forced sterilization and other assaults on roma reproductive freedom in Slovakia*. Disponível em: < [https://www.reproductiverights.org/sites/default/files/documents/bo\\_slov\\_part1.pdf](https://www.reproductiverights.org/sites/default/files/documents/bo_slov_part1.pdf)), que expunha os casos ocorridos no país. O processo foi suspenso em última instância, sob alegação de ausência de infrações. A recorrente não iniciou qualquer processo penal individual, mas entrou com uma ação civil na Eslováquia, alegando que a esterilização, nas condições em que se deu, violou a legislação nacional e de direitos humanos, mas a demanda foi rejeitada. Recorreu então ao Tribunal Constitucional, que julgou a denúncia manifestamente infundada.

A Corte ressaltou os artigos 11º e 13º do Código Civil, relativos à proteção aos direitos e integridade pessoais; o Regulamento sobre Esterilização de 1972; a Lei dos Cuidados de Saúde de 1994 e 2004. No âmbito internacional, fez menção aos documentos ratificados pela Eslováquia, nomeadamente a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano com relação à Aplicação da Biologia e da Medicina; a Recomendação do Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa relativa a certos aspetos do direito e da prática relativos à esterilização das mulheres na República Eslovaca de 2003; Relatório da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância sobre a Eslováquia, de 2004; arts. 1º, 12º e 16º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos; a Declaração da OMS sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa; a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO.

O TEDH constatou violação aos artigos 3º e 8º da Convenção, na medida em que a esterilização provoca impactos na saúde reprodutiva e emocional da pessoa, com implicações na integridade física e na família. Acrescentando que o respeito pela liberdade e dignidade humana são incompatíveis com o consentimento precário da paciente, já que a esterilização exige consentimento pleno, à exceção de casos de emergência.

O Tribunal ressaltou que, mesmo havendo riscos futuros para a paciente, um dos médicos afirmou que o procedimento de esterilização não era urgente para a preservação da vida da mesma. A Corte afirmou ainda que a esterilização deveria ter sido plenamente elucidada num momento menos delicado e vulnerável, quando ela pudesse ter plena consciência da decisão.

Quanto à violação ao art. 8º, a Corte levou em consideração o incumprimento da obrigação positiva do Estado de garantir os direitos de respeito pela vida privada e familiar, criando mecanismos jurídicos eficazes para a proteção da saúde reprodutiva das mulheres de origem cigana. O Tribunal não considerou violação ao art. 14º, acerca da proibição da discriminação de qualquer natureza, na medida em que não foram verificadas evidências da má-fé dos médicos em realizar o procedimento, ou uma política organizada do hospital em realizar a esterilização com base em fatores étnicos.

Realizou então uma reclamação junto ao TEDH alegando violação dos artigos 3º, 8º, 12.º, 13.º e 14.º da Convenção, devido à sua esterilização num hospital público, alegando que a sua esterilização significou um tratamento desumano e degradante e tendo em vista a falta de uma investigação completa, justa e eficaz pelas autoridades. Também afirmou a precariedade do seu consentimento, tanto porque desconhecia de facto do que se tratava o procedimento, quanto por causa do momento no qual assinou, durante o trabalho de parto, uma situação particularmente frágil, de confusão psicológica. Além do facto da esterilização não ter sido utilizada como manobra urgente de salvamento da vida dela ou do bebé.

Também outros casos falam sobre a esterilização forçada de oito mulheres de etnia cigana na Eslováquia, que ao realizarem o parto por cesariana foram induzidas pelo hospital a assinar consentimento para a esterilização, sem contudo perceber do que se tratava o

documento. Após a realização do procedimento, e sem entender porque não conseguiam engravidar novamente, solicitaram ao hospital que disponibilizasse os seus registros médicos, o que lhes foi negado, inclusive em via judicial. Ingressaram então com reclamação no TEDH, que considerou que, tendo em vista as obrigações dos Estados dispostas no art. 8º da Convenção, acerca da vida privada e familiar, o acesso aos documentos deveria ter sido permitido. Ainda nos termos do art. 6º, n. 1, sobre o direito de acesso aos Tribunais, a Corte considerou que a limitação de acesso às informações contidas nos prontuários médicos reduziu as informações necessárias para o litígio, configurando violação do referido artigo.

O Governo contestou as alegações, negando a existência de uma política de esterilização das mulheres ciganas. Defendeu que o procedimento médico realizado neste caso condizia com a necessidade de preservação da saúde reprodutiva da mulher e que esta havia sido informada verbalmente das implicações da esterilização, de forma que pudesse compreender, não havendo, portanto, negligência médica nem violação ao Art. 3º da Convenção (“Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”). O problema jurídico, nesse caso, gravita primordialmente em torno da alegada violação ao direito à vida privada, ao tratamento desumano e à discriminação de género e etnia.

#### **6.1.4. O CASO P. E S. CONTRA A POLÓNIA**

No caso *P. e S. c. Polónia*, julgado em 2013, uma menina de 14 anos engravidou em decorrência de uma violação por um rapaz também menor. Junto com a sua mãe, decidiu realizar o aborto e procurou os hospitais públicos da sua cidade, Lublin, para a realização do procedimento, onde foi informada que precisaria da autorização do consultor regional de ginecologia e obstetrícia. Segundo a reclamante, um dos médicos sugeriu que procurasse um padre e o consultor regional, informando que não tinha obrigação de emitir um parecer favorável ao procedimento, sugerindo que a mãe casasse a jovem.

No mês seguinte, a reclamante menor voltou ao hospital sozinha e foi levada a conversar com um padre que tentou dissuadi-la de realizar o aborto. Foi dada, pelo médico responsável pelo acompanhamento do caso, uma declaração escrita de que queria

continuar com a gravidez, o que ela acabou por assinar. As reclamantes alegaram que a vítima assinou por não querer ser descortês com o padre e o médico.

Durante esse período, a menor e o hospital receberam inúmeras visitas desencorajando-os a realizar o aborto, o que amedrontou a família, que decidiu deixar o centro hospitalar. Ativistas antiaborto esperavam na entrada do hospital, o que resultou na ida da família à esquadra onde, após horas de depoimento, receberam por fax a Decisão do Tribunal da Família de Lublin, que limitou os direitos parentais e ordenou que a menor fosse imediatamente colocada num abrigo juvenil, tomando como base o depoimento de pessoas próximas e trocas de mensagens de texto da menor com uma amiga, afirmando que gostaria de continuar com a gravidez, mas os pais não deram suporte e estavam a obrigá-la a realizar o procedimento.

Após interposição de recurso pela mãe e pela menor, o Tribunal anulou a decisão quanto à colocação em instituição de acolhimento. As reclamantes fizeram um pedido de autorização de aborto ao Ministério Público, que concedeu e as encaminhou a um hospital ao norte do país, onde o procedimento foi realizado.

Ademais, o Tribunal distrital de Lublin instaurou um processo contra a menor, sob a suspeita de ter mantido relações sexuais com um menor de idade; mas o processo foi encerrado, já que ela era vítima e não podia figurar como autora. Vários processos foram impetrados pela família da vítima contra o agressor, os médicos que tentaram dissuadi-la de realizar o aborto, os ativistas e polícias e contra as pessoas que revelaram os detalhes do caso à imprensa, todos rejeitados pela Justiça.

Ingressaram então com reclamação ao TEDH, alegando que houve violação do artigo 8.º da Convenção, tendo em vista que o devido respeito pela sua vida privada e familiar e pela integridade física e moral da menor requerente foram violados pela ausência de um quadro jurídico global que regule a prática da “objeção de consciência” e que garanta o seu acesso oportuno e sem obstáculos ao aborto nas condições estabelecidas em Lei. Além da violação ao art. 3º e 5º (“Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade (...)”) da Convenção.

Nesse sentido, o Tribunal verificou violação ao art. 8º da Convenção, tendo em vista a divulgação das informações pessoais da paciente pelo pessoal médico, que incidiu em

quebra de confidencialidade de dados de saúde, ressaltando que essas informações foram pormenorizadas, haja vista a quantidade de mensagens que a reclamante recebeu no seu telefone pessoal e na visita ao quarto de hospital em que estava internada.

O Tribunal também ressaltou a condição de vulnerabilidade em que se encontrava a reclamante. Muito jovem, vítima de violência sexual que resultou em gravidez. Tinha sido também pressionada pela equipa médica, por religiosos e pela população em geral, dada a publicidade indevida do facto. E, particularmente quanto à sua submissão à investigação criminal sob a acusação de relações sexuais ilícitas. O que, segundo a Corte, evidencia o tratamento deplorável ao qual foi submetida pelas autoridades, causando sofrimento suficientemente grave para incorrer em violação ao art. 3º da Convenção. Também declarou violação ao art. 5º, nº1, no que concerne à privação de liberdade a qual foi submetida quando enviada ao abrigo juvenil.

#### **6.1.5. O CASO R. R. CONTRA A POLÓNIA**

No caso *R.R. c. Polónia*, uma grávida de uma criança com suspeitas de malformação genética grave, teve o direito de realizar exames genéticos comprobatórios do diagnóstico, negado pelos médicos que se opunham à realização do aborto. A reclamante tinha a intenção de interromper a gestação, se fosse confirmado o diagnóstico, desejo que foi amplamente criticado pelos médicos.

Diante de todas as dificuldades impostas pelos médicos e até à realização do exame que comprovou a doença, o prazo para realizar o aborto legal expirou, o que resultou no nascimento do bebé com síndrome de Turner. Após o nascimento, o marido da reclamante abandonou-a.

A requerente pediu instauração de processo penal contra os médicos responsáveis por realizar os exames pré-natais em tempo útil. O tribunal competente verificou que não tinha sido cometida nenhuma infração penal, tendo em vista que os médicos não eram servidores públicos. A seguir, ingressou com ação civil contra um dos médicos e o hospital, que concedeu entrevista a um jornal revelando detalhes da sua saúde e vida pessoal, pelo que a Corte regional admitiu e concedeu indemnização quanto à parte do artigo, mas desconsiderou as demais acusações. As apelações da requerente também foram negadas e ela recorreu ao TEDH, alegando violação aos artigos 3º, 8º e 13º (“Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção

tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais.”) da Convenção. A Corte considerou violação aos arts. 3º e 8º, sem necessidade de examinar o art. 13, e concedeu indemnização do governo à vítima.

#### **6.1.6. O CASO S.Z. CONTRA A BULGÁRIA**

No caso *S.Z. c. Bulgária*, julgado em 2015, a requerente, uma estudante que em 1999 tinha 22 anos, natural da cidade de Sofia, entrou num carro com dois jovens que, durante o trajeto até Blagoevgrad, disseram que pretendiam “vendê-la” como prostituta. Ao chegar à cidade, reuniram-se em alguns cafés com pessoas supostamente envolvidas no tráfico de seres humanos, entre eles alguns polícias. Levaram-na para um estabelecimento, onde foi mantida presa e repetidamente espancada e violada por vários homens durante aproximadamente dois dias, até conseguir escapar e refugiar-se num apartamento, onde pediu ajuda à polícia, que iniciou a investigação criminal. A requerente conseguiu reconhecer os dois sequestradores e dois polícias com os quais estes supostamente conversaram antes de a segurar contra a sua vontade e informou que os homens faziam parte de uma rede de tráfico humano para prostituição forçada.

A procuradoria militar pronunciou-se no sentido de que não havia provas que incriminassem os polícias reconhecidos pela reclamante, tendo em vista que o processo investigativo em curso se referia ao rapto e violação, do qual eles não participaram.

O processo foi encerrado quatro vezes, sob a alegação de insuficiência de medidas investigatórias necessárias e falhas processuais.

A reclamante ingressou em 2012 com reclamação junto ao TEDH, alegando violações aos artigos 3º, quanto à proibição de tratamentos desumanos ou degradantes e 8º, sobre o direito à vida privada. S.Z. denunciou a ineficácia do processo penal no país, principalmente no que diz respeito à falta de investigação sobre a possível participação dos polícias no crime, no tempo excessivo de duração do processo investigativo e na ausência de julgamento de dois dos criminosos. Alegou também violação ao artigo 6º, nº 1 (*“Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial,*

*estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”)*, tendo em vista a demora dos processos penais e em relação ao seu pedido de indemnização, o que implicou no desrespeito ao seu direito a um processo equitativo num prazo razoável. S.Z. ressaltou que a ineficácia dos processos na Bulgária, são recorrentes, principalmente no que toca ao tráfico humano.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou como legislação interna relevante para o caso os artigos 152º, 155º, 156º nº3, 142º a), e 80º do Código Penal, que se referem respetivamente à violação, incitamento à prostituição, rapto e prescrição de crime. Quanto às fontes internacionais, ressaltou os artigos 4º, 18º e 30º da Convenção do Conselho da Europa, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos, ratificada pela Bulgária. Além das diretrizes do Conselho da Comissão de Ministros da Europa sobre a erradicação da impunidade por violações graves dos direitos humanos.

Na apreciação quantos às alegadas violações de direitos, a Corte ressaltou que a duração do processo penal de catorze anos não se justifica pela complexidade do caso (alegação da defesa do Governo), ou mesmo as muitas devoluções e encerramentos processuais, o que resultou na falta de diligência das autoridades e conseqüente prescrição de alguns crimes. Foi motivo de preocupação também para o Tribunal a falta de investigação quanto ao envolvimento dos agentes policiais, tendo em vista a gravidade da natureza dos crimes. Observou também o efeito psicológico de incerteza de punição dos culpados que a demora no processo causou à requerente, aumentando a sua vulnerabilidade e os impactos que a violência sofrida já haviam causado.

Tendo em vista a violação e a violência sofrida, é indiscutível a violação ao artigo 3º da Convenção. O Tribunal já se pronunciou inúmeras vezes quanto à obrigação positiva do

Estado em assegurar a todos que estão sob sua jurisdição os direitos e liberdades da Convenção, incluindo maus-tratos.

Em matéria de violência doméstico, o número de casos é o maior em termos de violações de género do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos comparativamente com outros casos.

No caso *Eremia c. Moldavia*, a reclamante era casada com um polícia de comportamento violento para com ela e as duas filhas do casal. As agressões intensificaram-se após o pedido de divórcio da reclamante. Naquela ocasião, o juiz solicitou um prazo de seis meses para verificar a possibilidade de uma reconciliação. Em 2010 ela denunciou-o à polícia, após ter sido atacada na cabeça. O agressor foi multado no equivalente a um valor mísero de doze euros e recebeu um aviso formal da autoridade policial para cessar o comportamento violento. Um mês depois, voltou a agredir a reclamante, que relatou o ocorrido ao promotor local. O comportamento violento continuou, numa certa ocasião tentou sufocar a mulher.

A reclamante então realizou um pedido de ordem de proteção devido às agressões, muitas vezes na presença das filhas, que tiveram seu estado psicológico afetado. O Juiz determinou o afastamento do homem por noventa dias do lar e estabeleceu uma ordem de restrição para que não se aproximasse da requerente. De posse do documento, ela solicitou urgência no divórcio pois, devido ao comportamento violento, não havia possibilidade de reconciliação. Contudo, o juiz recusou tratar do caso como urgente.

#### **6.1.7. O CASO A. CONTRA A CROÁCIA**

No caso *A. c. Croácia*, uma mulher sofreu violência familiar por parte do marido, portador de doença mental, repetidamente. Sete processos foram requisitados contra o agressor, o que trouxe algumas medidas protetivas; contudo, as penas de prisão não foram cumpridas. Um mandado de injunção, proibindo o agressor de assediar e perseguir a vítima, foi negado, alegando que não havia perigo iminente contra a vida, mas ele acabou por ser preso por ameaçar de morte o Juiz e a filha deste. O Tribunal considerou que a vítima teria sido protegida mais eficazmente, se as autoridades tivessem analisado a situação como um todo, ao invés de 7 processos separados, o que resultou na incapacidade de cumprimento das medidas protetivas.

A Corte reconheceu a violação ao art. 8º da Convenção, quanto ao respeito pela vida privada e familiar, mas negou a alegação de que a legislação de violência doméstica tenha sido aplicada de forma discriminatória pela Croácia.

A Corte tem, portanto, corroborado os direitos das mulheres no âmbito da Convenção, densificando a questão de género na sua jurisprudência, aplicando os instrumentos e Costumes internacionais que favorecem a equidade. No caso da proibição do uso do véu pode-se notar que a Corte não considerou discriminatória a proibição do uso do véu completo pelo Estado Francês, enquanto a Amnistia Internacional e outras ONGs consideram, e até mesmo a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que essa limitação discrimina e pode ser até prejudicial para a situação das mulheres muçulmanas, que terão de escolher se infringem a lei ou seus princípios pessoais e religiosos. O que, ao invés de representar uma libertação da mulher do uso da vestimenta, teria efeito contrário, afastando-a ainda mais da vida em sociedade.

## **7. O TEDH E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE RELIGIÃO**

Vejamos o que está inscrito no Artigo 9º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (liberdade de pensamento, consciência e religião)

1. Todos têm o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade para mudar de religião ou crença e a liberdade para, em particular ou em comunidade com outros e em público ou em privado, manifestar esta religião ou crença, adorar, ensinar, praticar e observar.
2. A liberdade para manifestar a própria religião ou crença deve estar sujeita apenas às limitações prescritas por lei e necessárias numa sociedade democrática no interesse da segurança pública, proteção da ordem pública, saúde ou moral, ou para proteção dos direitos e liberdades de outros.

No âmbito do artigo “O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e os símbolos religiosos: o uso do véu muçulmano na Europa do século XXI” da autora Inês Costa, a Globalização impulsionada no século XX, de que a queda do muro de Berlim é o evento referencial, desde cedo projetou uma verdadeira osmose civilizacional, que aspirava à infiltração dos (superiores) valores ocidentais a Oriente. Esta nova etapa da sociedade internacional é marcada pela significância atribuída à identidade civilizacional que, por sua vez,

evidencia uma outra implicação da Globalização: a pulsão para o reconhecimento e a integração da diferença de identidades.

No panorama europeu, a crispação das identidades tem sido agravada por um outro fator: os movimentos migratórios com origem nas civilizações não ocidentais e que se destinam ao Ocidente (destaque-se a atual crise de refugiados). Ao contribuírem para a intensificação da pluralidade cultural, acarretam a manifestação da desconfiança, da hostilidade e da intolerância, reveladores de fragilidades e fraturas sociais. O crescimento da comunidade muçulmana na Europa merece referência, pelo impacto social que causa em alguns Estados europeus – esta minoria religiosa em alguns países abrange cerca de 10% da população nacional (por exemplo em França). (Costa, 2017, p.10)

O TEDH responde às vicissitudes europeias, coadjuvando no progresso da proteção internacional regional dos Direitos Humanos e na construção da paz social. A liberdade religiosa e, em especial, a proteção dos símbolos religiosos, encontram-se no foco desse labor jurisdicional.

A CEDH consagra um sistema internacional de proteção dos direitos humanos inovador, encerra um mecanismo judicial de tutela exterior aos Estados, incluindo a queixa de cidadãos para o TEDH contra as violações praticadas nos Estados que sejam membros do Conselho da Europa. Deste modo, a CEDH oferece garantias de efetivação dos direitos que até então não existiam, posto que a CEDH foi além das preexistentes declarações de princípios (soft law), por duas ordens de razão: primeiro, por ter caráter vinculativo e segundo por ser acompanhada de um controlo judicial de aplicação, que confere proteção judicial concreta e efetiva aos direitos fundamentais. (Costa, 2017, p.15)

Todos os indivíduos que se considerem lesados no gozo dos direitos por ela consagrados, desde que se encontrem afetos à jurisdição dos Estados que integram o Conselho da Europa, podem recorrer para o TEDH, uma vez esgotadas todas as vias judiciais ordinárias, lançando mão sobre os mecanismos necessários à proteção dos seus direitos. O que significa que, fazendo valer o seu reconhecido “direito de queixa” contra os Estados, os indivíduos, agora verdadeiros sujeitos de direito internacional, podem obter

a condenação dos Estados por violação dos seus direitos fundamentais e, consequentemente, uma reparação razoável (Art. 14º CEDH). (Costa, 2017, p.15)

O trabalho do TEDH assume extrema relevância na convergência dos “valores europeus” mediante o diálogo interjurisdicional de que a CEDH é a matriz. A jurisprudência relativa à liberdade religiosa, mais concretamente à liberdade de manifestação de convicções religiosas, alicerçada na interpretação e aplicação do n.º 2 do artigo 9.º da CEDH parece, atualmente, estar a rematar uma fase de construção, sendo possível desvelar alguns critérios facilitadores de convergências entre os tribunais nacionais e, por conseguinte, entre os Estados que se encontram sob a tutela da CEDH.

Os 47 Estados do Conselho da Europa e a crescente complexidade da sociedade europeia motivam o avolumar dos processos do TEDH. O Tribunal atua não como um tribunal de recurso relativamente aos tribunais nacionais, mas como último intérprete da CEDH, uma vez esgotados os meios internos. Os Estados saem a ganhar com o incremento da CEDH por via das construções jurisprudenciais do TEDH (e o colateral desenvolvimento de alguns entendimentos doutrinários) que, visivelmente, têm vindo a enriquecer a CEDH, na sua interpretação e aplicação. (Costa, 2017, p.16)

Estas exceções moldam-se por alguns condicionalismos, que cabe ao TEDH avaliar, no âmbito das suas funções jurisdicionais:

(i) O princípio da legalidade, apesar de não ser debatido nos casos que ora são trazidos a terreiro, por não levantar dúvidas na sua concretização, tem um papel capital. Relativamente a este princípio é de sublinhar a conceção material da lei adotada pelo TEDH;

(ii) A necessidade numa sociedade democrática configura, pelo contrário, um conceito maleável que, por essa razão, é motivo de delicada concretização. Em abstrato, fazendo uso de uma designação do TEDH, ela corresponde a uma “pressão decorrente de uma exigência social”. A avaliação desta exigência é feita de modo a atender aos aspetos históricos e socioculturais concretos da comunidade, que conduziram à restrição.

(iii) Os pressupostos enunciados pelo n.º 2 do artigo 9.º da CEDH, que justificam a imposição de uma restrição à liberdade religiosa, não são cumulativos e revelam diferentes propósitos (enquanto os primeiros três salvaguardam interesses

eminentemente públicos, o último protege interesses individuais). (Costa, 2017, p.17-18)

A discriminação baseada no género é proibida por todos os tratados internacionais, seja por aplicação do princípio geral da não discriminação, ou pela sua expressa proibição. Os casos de discriminação em razão do género são suscetíveis de conduzir a queixa no TEDH, com base no artigo 14.º da CEDH.

Sunitas e xiitas, tradicionalistas e modernistas, debatem a letra do Alcorão quanto à obrigatoriedade do uso do véu pelas mulheres, como objeto de uma discussão mais ampla sobre as perspetivas islâmicas em matéria de Direitos Humanos. Radicalmente diferente do estatuto jurídico formal e social da mulher moderna ocidental, que a Europa abraça, é o estatuto que a lei islâmica outorga às mulheres muçulmanas. Este último é regulado por um princípio designado *qawama* que, sendo um princípio ordenador, determina a guarda e autoridade dos homens sobre as mulheres; e, em consequência, acarreta implicações nos vários planos da vida da mulher. Sob o ponto de vista dos preceitos ocidentais, o estatuto da mulher resultante da Lei Religiosa Islâmica é contrário à perspetiva democratizante e inclusiva; a reiterada inferiorização das mulheres em relação aos homens é incompatível com a modernidade preconizada pelo Ocidente. (Costa, 2017, p.22-23)

Apesar deste símbolo religioso ser aceite na sociedade europeia em geral, devido à razoável sedimentação do direito à liberdade religiosa individual, a pedra de toque reside na noção de que o Estado de Direito democrático assenta no respeito pelos direitos e liberdades fundamentais e que, como tal, inelutavelmente, o Estado deve interceder para salvaguardá-los. A opressão da mulher – “a mãe de todas as discriminações” -, uma vez comprovada, tem de ser reprovada, independentemente da justificação que a implica (neste caso, o uso do véu em nome da liberdade religiosa). (Costa, 2017, p. 24)

Pense-se no mais recente atentado em Paris, que teve lugar na casa de espetáculos Le Bataclan, no dia 13 de novembro de 2015, perpetrado por elementos do grupo terrorista Daesh. Este atentado – à semelhança de outros, como sejam os atentados ao Charlie Hebdo no início do mesmo ano, ao metro de Londres em 2005 ou ao comboio de Madrid em 2004 - reforça estereótipos e dá alento à islamofobia.

Terrorismo não é religião ou sequer fundamentalismo. Num momento em que os discursos xenófobos e intolerantes proliferam, é necessário travar a confusão de conceitos como terrorismo islâmico, fundamentalismo islâmico e islamismo, tendo em vista a proteção da liberdade religiosa da comunidade islâmica europeia. Nos últimos anos do século XX assistiu-se ao reacender do fundamentalismo religioso. Forma radical de ativismo religioso, de natureza insurgente e popular, anticapitalista e antissocialista, surge com vista à reposição da estabilidade nos espíritos abalados pela incerteza dos tempos modernos. (Costa, 2017, p. 25).

### **7.1. O CASO LEYLA SAHIN CONTRA A TURQUIA (2005)**

Em março de 1998, Leyla Sahin, aluna na Faculdade de Medicina, da Universidade de Istambul, foi impedida de fazer um exame escrito à disciplina de Oncologia, por estar a usar o véu islâmico em desacato a uma circular emitida pelo Vice-Reitor da Universidade, que proibira o acesso às salas de aula a alunas com a cabeça coberta e a alunos com barba. O mesmo motivo impediu que Leyla se inscrevesse em disciplinas, assistisse a aulas ou realizasse exames. Em maio do mesmo ano, foi iniciado um processo disciplinar contra ela, o que culminou com uma repreensão pelo Presidente da Faculdade de Medicina, que considerou a atitude de Leyla participar numa manifestação não autorizada, que teve lugar no exterior do edifício da Presidência da Faculdade em protesto contra as regras sobre vestuário, motivo para a sua suspensão da Universidade pelo período de um semestre. Em setembro, Leyla abandonou a Turquia e matriculou-se na Universidade de Viena, onde prosseguiu os seus estudos de Medicina.

Entretanto, em julho de 1998, Leyla Sahin intentara uma ação no Tribunal Administrativo de Istambul e apresentara uma petição perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Perante o Tribunal Europeu, Leyla alegou que a proibição do uso do véu islâmico nas instituições de ensino superior turcas constituía uma interferência injustificada no seu direito à liberdade religiosa, em particular o seu direito de manifestar a sua religião. Invocando o artigo 2º do protocolo nº1, Leyla alegou ainda que, ao fazer depender a prossecução dos seus estudos do seu abandono do véu islâmico e ao recusar-lhe o acesso a instituições educativas, se ela se recusada a cumprir essa condição, o Estado turco violara efetivamente o essencial do seu direito à instrução, tornando-o sem efeito.

O Tribunal começou por observar as regras definidas pela Universidade de Istambul, ao impor restrições, de lugar e de modo, ao direito de Leyla a manifestar a sua religião.

O Tribunal concluiu, no entanto, que esta interferência foi imposta por lei e serviu o objetivo legítimo de salvaguardar os direitos e as liberdades de outros e de proteger a ordem pública. Apesar de afirmar que o dever estadual de neutralidade e de imparcialidade é incompatível com um qualquer poder por parte do Estado para avaliar a legitimidade das convicções religiosas ou das formas como essas convicções são manifestadas, o Tribunal aceitou sem questionar a afirmação do Governo turco segundo a qual o uso do véu islâmico é incompatível com o secularismo e a igualdade de género e que, conseqüentemente, a sua proibição nas universidades é necessária numa sociedade democrática.

Segundo o Tribunal, é o princípio do secularismo, tal como explanação pelo Tribunal Constitucional turco, que constitui o fundamento para a proibição nas universidades, necessária numa sociedade democrática. É o princípio do secularismo que constituiu o fundamento para a proibição do uso de símbolos religiosos nas universidades. Estas são o contexto próprio em que os valores do pluralismo, do respeito pelos direitos dos outros e, em particular, da igualdade de homens e mulheres perante a lei devem ser ensinados e aplicados na prática. Compreende-se por isso, que as autoridades nacionais competentes procurem preservar a natureza secular das universidades e proibiam, por contrário a esses valores, o uso de símbolos religiosos, como o véu islâmico.

Ao apreciar as medidas restritivas adotadas pelas autoridades turcas, o Tribunal optou pela contenção, sublinhando o papel decisivo a desempenhar pelas autoridades nacionais, sempre que em causa esteja a regulação do uso de símbolos religiosos nas instituições de ensino. Em vista de grande diversidade de soluções adotadas pelos Estados-membros neste domínio, a decisão sobre a forma e o alcance de tais regulações devem inevitavelmente ser deixadas à consideração do Estado interessado, uma vez que a solução adequada dependerá muito de cada contexto nacional. Conseqüentemente, a tarefa do Tribunal resume-se a determinar se as medidas adotadas a nível nacional se justificam em sede de princípio e respeitam o princípio da proporcionalidade. Ao delimitar a margem de apreciação dos Estados no caso concreto – disse – o Tribunal deve ter presente o que está em causa, ou seja, a necessidade de proteger os direitos e as

liberdades dos outros, de manter a ordem pública e de assegurar a existência de um verdadeiro pluralismo religioso, indispensável para a sobrevivência de uma sociedade democrática.

O Tribunal aceitou sem questionar a afirmação de que o uso do véu islâmico por uma jovem universitária interfere com os direitos e as liberdades dos outros, prejudica a ordem pública e põe em causa o verdadeiro pluralismo religioso. Ao examinar a questão do véu islâmico no contexto turco – notou o Tribunal, subscrevendo os argumentos já avançados pela Secção – é necessário não esquecer o impacto que o uso deste símbolo, que é apresentado ou entendido como um dever religioso, pode ter sobre aqueles que optem por não o usar. Num país em que a maioria da população pertence à fé islâmica, a proibição do uso do véu em instituições de ensino superior serve um importante fim social de manter a ordem pública, especialmente tendo em conta o significado político que este símbolo religioso adquiriu na Turquia nos últimos anos.

No entender do Tribunal, as regras de vestuário definidas pela Universidade não apenas prosseguiram um fim legítimo, podendo considerar-se necessárias numa sociedade democrática, como cumprem cabalmente o requisito de proporcionalidade, na medida em que não prejudicaram os alunos muçulmanos no cumprimento dos deveres impostos pelas formas habituais de observância religiosa e o processo decisório para a aplicação dessas regras satisfaz, na medida do possível, o requisito de ponderação dos vários interesses em jogo. O Tribunal entendeu que a interferência em causa foi justificada em sede de princípio e proporcional aos fins prosseguidos, sustentando, por dezasseis votos contra um, que não houve violação do artigo 9º da Convenção.

No entender da juíza Tulkens, o Tribunal não pensou nos interesses concorrentes neste caso que, ao aceitar as sanções impostas a Leyla em nome do secularismo e da igualdade, tenha acabado por legitimar a exclusão de Leyla precisamente do tipo de ambiente em que o verdadeiro significado destes valores pode tomar forma e desenvolver-se. Defender a liberdade e a igualdade para as mulheres não pode passar por privá-las da possibilidade de decidirem sobre o seu futuro. (Jerónimo, P., 2010, pp.502-508)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o atual contexto de instabilidade internacional, cujo fator próximo é a Guerra na Ucrânia – com profundos reflexos na estabilidade/instabilidade europeia – também outras guerras e crises provocadas quer pela desigualdade de distribuição de riqueza no mundo, quer colateralmente pela fraca reação prática dos Estados no combate às alterações climáticas e pela crise económica e frumentária internacional, no pós-pandemia; para além da reconfiguração dos poderes mundiais pós-Guerra Fria, com o surgimento e crescimento da influência de novas potências económicas mundiais, como os BRICS – a situação dos Direitos Humanos tem vindo a sofrer com o crescimento da xenofobia, do racismo, do preconceito e da exclusão contra as vítimas mais indefesas, com tratamento desigual, sobretudo contra as minorias étnicas, religiosas, mulheres e crianças.

Acresce que o tratamento da justiça burocrática internacional, com a análise demorada e complexa das queixas, dificulta a implementação da justiça a favor das vítimas, provocando uma situação de ainda maior debilidade aos demandantes dessa mesma justiça.

Por outro lado, as legislações e decisões nacionais de cada Estado-membro nem sempre estão de acordo com os Tratados internacionais.

Esta dissertação apresentou vários destes casos, tratados a nível da justiça nacional e internacional, que provam a necessidade de melhoria urgente no sistema e na prática jurisdicional internacional, tendo como primeiro e último objetivo a defesa das vítimas contra as injustiças e a barbárie.

## BIBLIOGRAFIA

Aguiar, T., “A justiça das instituições sociais: uma crítica de reconstrução normativa de O Direito da Liberdade de Alex Hanneth”, Civitas Porto Alegre, V.15, Nº14, 2015

Alves, Francisco Vital, “Montesquieu: Republicanismo e Corrupção Política”, pp. 188-189, 2017

Amorim, José; Pacheco, Maria, “Proteger minorias e salvaguardar a diversidade cultural na Europa: um direito inalienável?”, E-Revista de Estudos Interculturais so CEI-ISCAP, Nº9, maio de 2021

Archives Nationales, “A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)”, 1789

Belchior, A. M., “Do Constitucionalismo monárquico ao Constitucionalismo republicano”, 2007

Bentes, André; Amaral, Emanuella; “A situação da Mulher na Europa Moderna”, 2018

Bobbio, Norberto, “A Era dos Direitos”, Rio de Janeiro: Campus, 1992

Britannica, “Bill of Rights”, The Editors of Encyclopaedia, 2023. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/Bill-of-Rights-United-States-Constitution>

Britannica, “Habeas Corpus”, The Editors of Encyclopaedia, 2019. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/habeas-corpus>

British Library, “Magna Carta: Na Introduction”, julho de 214. Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-an-introduction>

British Library, “Storming of the Bastille”, 2006. Disponível em: <https://www.bl.uk/learning/timeline/item106472.html>

Botelho, C. S., “A História faz a Constituição ou a Constituição faz a História? – Reflexões sobre a História Constitucional Portuguesa”, 2013

Caldeira, Giovanna Crepaldi, “Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, 2009

Comparato, F., “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”, 2001

Coelho, B. A., “O impacto das políticas securitárias adotadas na União Europeia na assistência e acolhimento a migrantes e refugiados: os casos da Hungria e da Itália”, 2020

Conselho da Europa, European Court of Human Rights, European Union Agency for Fundamental Rights, “Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração”

Conselho da União Europeia, “Reforço das fronteiras externas da UE”, maio de 2023

Constituição da República Portuguesa, 1976

Cornell Law School, “Habeas Corpus”, Legal Information Institute, 2023.  
Disponível em: [https://www.law.cornell.edu/wex/habeas\\_corpus](https://www.law.cornell.edu/wex/habeas_corpus)

Costa, E., “O género no Direito Internacional: discriminação, violência e proteção”, Belém, Ed. Paka-Tatu, 2014

Costa, I., “O TEDH e os símbolos religiosos: o uso do véu muçulmano na Europa do século XXI”, dezembro de 2017

Cota, M., “Uma perspetiva histórica sobre as mulheres medievais”, Universidade Estadual Paulista, 2012

Cunha, P. F., “Da Constituição do Estado Novo Português (1933)”, 2006

Dantas, M., “Os direitos das Mulheres no TEDH: uma análise de casos admitidos de violações aos Direitos com base no género”, Universidade de Lisboa, Faculdade de 2017, 2017

Documentos para a História das Cortes Gerais da Nação Portuguesa, “Proclamação”, Tomo I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883

Ferreira, V. C., “Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: uma análise a partir das perspetivas de inclusão e do reconhecimento das diferenças identitárias”, 2019

Gallardo, H., “Teoria Crítica: Matriz e possibilidade de Direitos Humanos”, São Paulo, Editores Unesp, 2014

Glueckstein, F., “Proposal by Churchill to gift Magna Carta”, International Churchill Society, junho de 2018. Disponível em: <https://winstonchurchill.org/publications/finest-hour-extras/churchill-to-gift-magna-carta/>

Gouveia, J. B., “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, in Revista Direitos UFMS, Campo Grande, MS – Edição Especial, janeiro/junho 2015

Habermas, J., “Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade”, 2003

Handbook on European Non-Discrimination Law (2010)

Hobsbawn, E. J., “A Era das Revoluções: Europa 1789-1848”, 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1962

Honneth, A., “Luta por Reconhecimento”, 2003

HUDOC (European Court of Human Rights), “Caso Leyla Sahin contra a Turquia” (2005)

Hulshof, M., Keinet, M. C., Melo, R. .S, “Diferenciação e Complementariedade entre Direito e Moral. Direito e Democracia: Um Guia de Leitura”, 2008

Hunt, Lynn, “The French Revolution on Human Rights”, A Brief Documentary History, University of Pennsylvania, 1984

Jerónimo, P., “Símbolos e símbolos: o véu islâmico e o crucifixo na jurisprudência do TEDH (análise das decisões Sahin v. Turquia, Dogru v. França e Lautsi v. Itália), 2010

Martinelli, A., “Liberdade religiosa: o julgamento do caso S.A. x França pela Corte Europeia dos Direitos Humanos”, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, outubro de 2014

Ministério Público de Portugal, “Declaração conjunta de altos funcionários internacionais sobre a tragédia no Mediterrâneo”, Departamento Cooperação Judiciária e Relações Internacionais, abril 2015. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/pagina/declaracao-conjunta-de-altos-funcionarios-internacionais-sobre-tragedia-no-mediterraneo>

Ministério Público de Portugal, “TEDH, 15 de dezembro de 2016, Khlaifi C. Itália”, Departamento Cooperação Judiciária e Relações Internacionais, 2017. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/pagina/tedh-15-de-dezembro-de-2016-khlaifi-c-italia>

Ministério Público de Portugal, “TEDH, Grande Chambre, Selahatin Dermitas C. Turquia, Acórdão de 22 de dezembro de 2020”, janeiro de 2021

Miranda, Jorge, “A Originalidade e as Principais Características da Constituição Portuguesa”, 2007

Miranda, Jorge, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo I, 1980

Moita, Luís, “Uma releitura crítica do consenso em torno do sistema vestefaliano”, E-Journal of International Relations, Vol.3, Nº2, 2012

Montesquieu, “O Espírito das Leis”, 1997

Moreira, A., “O Novíssimo Príncipe: Análise da Revolução”, Braga/Lisboa, Intervenção, 1977

Neto, Eduardo G., “O Acesso Curdo à Corte Europeia dos Direitos Humanos”, 2021

Pernoud, R., “La Femme au temps des cathédrales”, 1980

R7, “Itália não tem condições de receber refugiados, diz Corte”, novembro de 2014. Disponível em: <https://noticias.r7.com/internacional/italia-nao-tem-condicoes-de-receber-refugiados-diz-corte-04112014>

Regalla, J. G., “A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a sua influência nos Direitos Individuais das Constituições liberais portuguesas (1822-1911)”, 2020

Rego, R., “História da República”, Vol. III, Lisboa, 1987

Rios, R.; Silva, R., “Discriminação múltipla e discriminação interseccional”,  
Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, Nº16, Jan-abril, 2015

Robertson, A.H., “The Political Background and Historical Development of the  
European Convention on Human Rights”, 1965

Santos, P. B., “Na gênese da Constituição Política de 1933: O ideário corporativo  
e a estrutura económico-social do autoritarismo português”, Estudos Históricos, Rio de  
Janeiro, Vol. 31, Nº64, p.176-196, maio/agosto 2018

Sobottka, Emil, “Desrespeito e luta por reconhecimento civitas”, Porto Alegre,  
Vol.15, Nº4, out-dez. 2015

The Guardian, “How wartime Britain planned to give the U.S. a copy of the  
Magna Carta”, 2015. Disponível em:  
[https://www.theguardian.com/world/2015/mar/11/wartime-britain-planned-us-copy-  
of-magna-carta](https://www.theguardian.com/world/2015/mar/11/wartime-britain-planned-us-copy-of-magna-carta)

United Nations, “Minority Rights under the European Convention on Human  
Rights”. Disponível em: [https://www.ohchr.org/en/minorities/united-nations-guide-  
minorities](https://www.ohchr.org/en/minorities/united-nations-guide-minorities)

Winston, Churchill, “A History of the English-Speaking Peoples”, The Britain, Vol.  
1, London: Cassell and Company Ltd, 1956

Yearbook of the United Nations, UN Library, 1960