

Negócios Estrangeiros

Dezembro 2018 | número 19

Publicação semestral do Instituto
Diplomático do Ministério
dos Negócios Estrangeiros

70º Aniversário
da proclamação da
Declaração Universal
dos Direitos Humanos

40º aniversário
da adesão de Portugal
à Convenção Europeia
dos Direitos Humanos

Revista Negócios Estrangeiros
N.º 19 | Especial Direitos Humanos
Edição Digital

Revista Negócios Estrangeiros

N.º 19

Edição Digital

Publicação do Instituto Diplomático, Ministério dos Negócios Estrangeiros

Direção

Embaixador José Freitas Ferraz

Direção Executiva

Joana Gaspar

Design Gráfico

Marco Rosa

Revisão Editorial

Joana Gaspar & Marco Rosa

Periodicidade

Semestral

Anotação/ICS

Nº de Depósito Legal

ISSN

2184-4925

Edição

Instituto Diplomático do Ministério dos Negócios Estrangeiros (MNE)

Palácio das Necessidades, Largo do Rivas – 1350-2018 Lisboa

Tel. +351 213 932 040 | E-mail: idi@mne.pt

Número

Especial Direitos Humanos

19 de dezembro de 2018

70º aniversário
da proclamação da Declaração
Universal dos Direitos Humanos

40º aniversário
da adesão de Portugal à
Convenção Europeia dos
Direitos Humanos



Índice

Nota introdutória.....	1
Refletir criticamente sobre os direitos humanos	
Augusto Santos Silva	2
Notas soltas em torno do 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos	
Jorge Sampaio	10
O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Juiz Nacional	
Ireneu Cabral Barreto	14
Intervenção alusiva ao 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Humanos	
José Filipe Moraes Cabral	35
Direitos do Humanos – uma visão geral da proteção jurídica internacional desde 1948	
Patrícia Galvão Teles	41
Quero ver Portugal na Europa: a Convenção Europeia dos Direitos Humanos	
Abel Campos	51
Migrações e Direitos Humanos	
Francisco Alegre Duarte	58
A Convenção Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: um modelo na garantia de proteção dos Direitos Humanos	
Liliana Miranda	69
O papel do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas na proteção do ser humano	
Sónia Roque e Maria Francisca Saraiva	79
A influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos no diálogo internormativo do direito de asilo	
Ana Celeste Carvalho	101

O artigo 4.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos: enquadramento jurisprudencial

João Zenha Martins 119

Sociedades comerciais e direitos humanos - diálogos improváveis em tempos de globalização

José Engrácia Antunes 139

Direitos Humanos: entre a (des)internacionalização e a mundialização.
Ameaças, riscos e oportunidades

Bruno Rodrigues Alves 161

Nota introdutória

Com este número temático, organizado por ocasião do 70º aniversário da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do 40º aniversário da adesão de Portugal à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, iniciamos a fase digital da revista “Negócios Estrangeiros” que deverá ter uma periodicidade bianual.

Pretendemos poder contar com a colaboração assídua dos funcionários do Ministério, tanto sobre os temas das edições mais focadas num assunto, mas também em rúbricas, que sempre tivemos, como as recensões de livros de política externa.

Tal como no passado, estamos igualmente interessados em prosseguir a cooperação com académicos e investigadores cujo contributo muito valorizamos.

Refletir criticamente sobre os direitos humanos

Augusto Santos Silva*

1. Nunca é demais salientar a centralidade da temática dos direitos humanos e a importância do regime internacional constituído, designadamente pela Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos de 1966 – o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. O foco nas pessoas, a dedução da tripla responsabilidade do Estado – respeitar, garantir e promover os direitos – e a proclamação da universalidade dos direitos, independente do credo, nacionalidade, género, etc., revolucionaram a forma como a comunidade internacional e a sua organização mais global, as Nações Unidas, definiam a agenda quer da paz e segurança, quer do desenvolvimento (cf. Teles, 2017: 17-33; Moreira, 2018).

Procurei, noutro lugar (Silva, 2018: 229-242), identificar os traços mais gerais da conceção em que a diplomacia portuguesa se revê: a indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos; a ênfase no seu lugar cimeiro na ação externa, seja ela de natureza bilateral ou multilateral; a consciência das incompletudes e imperfeições próprias; a prática de uma atitude não confrontacional na relação com os outros. Mas, como aliás qualquer outra realidade social, os direitos humanos estão longe de suscitar leituras fáceis e definitivas. Pelo contrário, só pela atenção cuidada às questões que o seu propósito se colocam poderemos enriquecer a nossa capacidade de compreendê-los e concretizá-los.

Dedicarei, assim, este texto a uma breve reflexão sobre algumas inquietações suscitadas pela situação presente dos direitos humanos. Elas podem ser expressas ao modo de perguntas.

* Ministro dos Negócios Estrangeiros.

A primeira incide sobre o que por vezes se designa como “o paradoxo duradouro dos direitos humanos” (Hanhimaki, 2015: 133): como compatibilizar, no quadro das Nações Unidas, a monitorização e responsabilização dos Estados pelas violações e incumprimentos, quando o Estado-nação e a sua soberania continuam a representar o elemento básico da arquitetura institucional da ordem internacional? Como conjugar a “agenda dos direitos” com a “agenda da soberania”?

A segunda questão poderia ter a ver com a maneira como reafirmamos a universalidade dos direitos humanos face às realidades multiformes e multipolares do século XXI. A proclamação da dignidade e dos direitos como inerentes à condição humana e, portanto, transversais às culturas, às religiões, aos regimes, às gerações, aos géneros e orientações, às classes e grupos de *status* que fazem a nossa diversidade foi, de facto, uma das maiores revoluções do Pós-Guerra e não está em causa retroceder. Mas como proceder para evitar os traços eurocêntricos e “ocidentocêntricos” que ainda marcam as formulações e, sobretudo, as avaliações internacionais em curso? Como garantir que a universalidade que queremos respeite a diversidade que somos e que também queremos, como nossa maior riqueza comum?

Salta-me também ao espírito uma terceira pergunta, por assim dizer, simétrica da anterior: como manter presente a ideia de universalidade numa época em que por vezes parece que a condição humana que nos é – ou deveria ser – comum explode em múltiplas e contraditórias particularidades e particularismos? “Universal” não tem apenas uma conotação geopolítica, indicando a ponte entre Ocidente e Oriente ou Norte e Sul; reclama uma unidade matricial da humanidade, composta de seres livres e iguais, membros de uma só espécie e partícipes de uma mesma consciência moral. Ora, poder-se-á dizer que existe hoje uma influência excessiva daqueles que desagregam a agenda dos direitos em várias agendas segmentares (através, nomeadamente,

de um uso inapropriado da palavra “minorias”)? E, se existe, não enfraquecerá a concepção dos direitos humanos como direitos universais – e a própria defesa, no seu quadro, dos direitos das minorias? Houve um tempo em que era indispensável sublinhar a traço grosso os direitos de grupos específicos, como as minorias étnicas, religiosas ou sexuais oprimidas ou ignoradas em tantas sociedades e tantos Estados. Fizemo-lo, com a força e persistência necessária. Mas será que temos igualmente presente no nosso espírito que não se trata de esquecer ou desvalorizar as responsabilidades e também os direitos que nos cabem a todos, independentemente das nossas condições?

A quarta interrogação, toda a gente de bem a faz; mas tal não é razão para contorná-la. A magnitude das violações dos direitos humanos, e designadamente das liberdades pessoais e dos direitos civis, não está provocando um certo esmorecimento da luta dos indivíduos, redes e instituições empenhadas nesta causa? Com tantos atentados terroristas, ceifando praticamente todos os dias centenas de seres, tantas violações crassas do direito à justiça, tantos ataques estatais ou empresariais à liberdade de imprensa e ao direito à informação, com o retorno de fenómenos que chegámos a pensar, em dias mais auspiciosos, que eram já do passado, como a própria escravatura, com tamanhas violências e abusos cometidos contra crianças, contra mulheres, contra migrantes, com a pertinaz presença do racismo, etc., etc., não corremos o risco de uma certa banalização – como se a nossa consciência individual, a vigilância dos *media* e a ação das instituições não aguentassem tanta barbárie?

E, de forma intimamente ligada com a anterior, como olvidar que o respeito, a proteção e a promoção dos direitos requer, senão como condição estritamente indispensável pelo menos como condição mais favorável, um quadro institucional adequado, a que chamamos Estado de direito? Estado de direito democrático, se quisermos retirar todas as consequências dos direitos

civis e políticos proclamados; e com uma economia próspera, regulada e com mecanismos efetivos, pré-distributivos e redistributivos, de afetação equitativa da riqueza. Ora, quando por toda a parte, incluindo na Europa e na América do Norte, crescem as vozes dúbias ou contrárias à democracia como hoje a concebemos e, mais do que isso, abundam práticas que a enfraquecem, como esperar que os direitos humanos resistam ao questionamento e à deterioração do quadro institucional a que estão, por razões óbvias, tão estreitamente vinculados?

2. Outras interrogações se poderiam somar a estas. Certamente. Mas estas bastarão para termos todos bem presentes a complexidade da problemática dos direitos humanos e a indispensabilidade da reflexão e do debate coletivo e público sobre eles. Só assim estaremos vigilantes, só assim seremos ativos, só assim avançaremos na implementação da respetiva agenda. Claro que tenho eu próprio as minhas respostas – ou mais modestamente, linhas tentativas de resposta – às perguntas que formulei; e não seria intelectualmente sério escondê-las.

Como tantos outros, tendo a recusar a contraposição esquemática de direitos e de soberania, como se fossem elementos antagónicos e inconciliáveis. Primeiro, porque, se a referência universalista dos direitos limita a soberania de cada Estado, não é o único elemento que a limita: também o faz o direito internacional (e a sua condenação do uso ilegítimo da força, ou, outro exemplo, a consagração do direito à autodeterminação). Segundo, porque o Estado não é apenas uma realidade hobbesiana de garantia da ordem pelo exercício do poder, mas resulta também de um contrato social e político que o investe da responsabilidade de proteger e cuidar. Terceiro, porque a experiência mostra o que a doutrina estatui – que o maior respeito pelos direitos se correlaciona positivamente com a maior coesão social, a maior

solidariedade nacional e a maior vivacidade económica. Quarto, porque o melhor quadro para a implementação dos direitos continua a ser o Estado-nação. Existe tensão entre a agenda dos direitos e agenda da soberania? Sim, existe. Mas tensão é muito diferente de antagonismo irreduzível e irremediável.

De forma análoga, eu tenderia a sustentar que não só podemos como devemos pensar a universalidade dos direitos por relação, e não por oposição, à diversidade constitutiva do mundo. O que fragiliza a visão eurocêntrica não é o facto de a filosofia e a linguagem dos direitos ser devedora, historicamente, do pensamento europeu. É a prática, ainda hoje infelizmente tão corrente, do duplo padrão de avaliação, consoante as regiões e países em análise, ou os tipos de direitos em apreciação (a “esquizofrenia” de que falou Jean Ziegler, 2012: 127). Este duplo padrão de avaliação tende a castigar relativamente mais os incumprimentos dos Estados ou das culturas não europeias (africanas, latino-americanas, árabes ou asiáticas), tende a sancionar seletivamente tais incumprimentos, tende a ignorar as realizações desses Estados em áreas tão importantes como a educação, a luta contra a pobreza ou o acesso a água potável, apenas para tornar mais escuro o retrato de certos países ou regimes ou afirmar arrogantemente a sua exterioridade face à norma ocidental. Este duplo padrão alimenta justas indignações. Mas também serve de pretexto para ilegítimas contestações da agenda dos direitos, por ser supostamente uma agenda do Norte mais ou menos etnocêntrico senão mesmo imperial. Este diálogo de surdos entre, de um lado, os apóstolos da liberdade que se recusam a ter em consideração os contextos e as realizações económicas e sociais dos que anatomizam e, do outro lado, os inimigos autoritários do Estado de direito democrático debilita-nos e paralisa-nos. Não podemos, pois, deixar-nos prender por ele. E não vejo melhor forma de fazê-lo do que agir como Portugal tem defendido em todos os fóruns relevantes: praticar uma

abordagem não confrontacional; olhar a situação dos direitos como uma realidade dinâmica; apreender a evolução no médio prazo e não tirar apenas uma fotografia instantânea; não dar lições de cátedra, mas argumentar com o nosso próprio exemplo. O pior contributo que a Europa e os Estados Unidos dão hoje para uma causa que é indubitavelmente uma grande realização histórica sua é o espetáculo degradante de divisões, hesitações e até violações que vêm aceitando no seu seio, no que importa aos direitos dos refugiados e deslocados forçados.

Tenderia ainda a defender enfaticamente que a atenção aos direitos das às vezes impropriamente chamadas minorias – atenção totalmente legítima e absolutamente imprescindível – deve decorrer de uma conceção ampla, inclusiva, holística da humanidade. É por todos os homens e mulheres nos importarem, todos disporem de dignidade, todos deverem ser livres e iguais em direitos, que não podemos pactuar com as denegações de dignidade e as violações de direitos dos povos indígenas, das minorias étnicas, dos homossexuais ou das pessoas transgénero, dos grupos regionais, das confissões religiosas minoritárias e de outros segmentos específicos da nossa sociedade e da nossa cidadania. Não é ao contrário, como tantos ativistas das ditas causas ou políticas identitárias repetem, mais ou explicitamente, hoje. Na sua diversidade, a humanidade é una e única – e os direitos dizem respeito, na sua universalidade, a esta unidade e singularidade.

Também seria assertivo na ideia de que o risco efetivo de trivialização das violações deve suscitar, não uma atitude de complacência ou resignação, mas ao invés de empenhamento e militância. Falarem as televisões menos do que há anos atrás de direitos humanos não quererá dizer que estamos a ser menos determinados e vocais na sua apologia? A desbanalização da opressão não é uma responsabilidade primeira de um/a democrata? Não é esse, aliás, um dever básico e uma operação intelectual constitutiva da razão crítica –

questionar o adquirido, revelar o escondido, dizer o silenciado? Como pode haver fadiga do ativismo pelos direitos sem que haja desistência do mais profundo do nosso ser cidadã e cidadão?

E, por isso mesmo, diria que sim, que há uma articulação matricial entre a agenda dos direitos humanos e a existência e capacitação do Estado de direito. As democracias socialmente avançadas, isto é, os regimes democráticos que procuram combinar o liberalismo político com um modelo social e de bem-estar, são, quer do ponto de vista da doutrina quer do ponto de vista da realidade histórica, os quadros e os motores mais poderosos para a realização dos direitos, civis, políticos, económicos, sociais e culturais, na sua interdependência, inalienabilidade e indivisibilidade. Não é possível empenhar-se alguém plenamente na agenda dos direitos sem ter em mente esse horizonte. Mas, justamente porque se trata de um processo, e não de um estado, e se trata de diferentes graus de aproximação (não de uma questão de tudo ou nada) importa, para que a nossa influência possa ser efetiva, que saibamos descortinar, em cada contexto social e em cada quadro institucional, o que é a realidade, sempre complexa e sempre compósita, da situação dos direitos: como está cada país, se de países curarmos, em relação a cada direito, como tem evoluído, progredindo ou retrocedendo, como atuam a sua opinião pública, a sua sociedade civil e as suas instituições. Este trabalho fino parece-me indispensável, desde que não esqueçamos a conceção geral de que partimos nem percamos de vista o horizonte para que nos dirigimos.

3. Como por vezes se diz, ninguém verdadeiramente faz perguntas se não tiver as respostas. Não escapo a essa regra. Mas, como as perguntas, as respostas são inquietações. Como todas as coisas vivas, como todas as ideias generosas, os direitos humanos suscitam questões, desafiam os estereótipos, não são redutíveis a fórmulas simplistas, não admitem nenhuma espécie de

preguiça, moral, cognitiva ou prática. Por isso devemos falar sobre eles, devemos pensar neles, devemos insistir neles, devemos comunicar publicamente a sua natureza de matriz fundacional da nossa era. É a melhor maneira de nos mantermos ativos e comprometidos.

Referências

Hanhimaki, J. M. (2015). *The United Nations: a very short introduction*, 2.^a ed.. Oxford: Oxford University Press.

Moreira, V. (2018). A era dos direitos. *Público*, 10 de dezembro de 2018.

Silva, A. S. (2018). *Argumentos necessários*. Lisboa: Tinta-da-China.

Teles, P. G. (2017). O sistema de proteção dos direitos humanos nas Nações Unidas, *in* Marques, A. H. et al. (orgs). *Portugal e os direitos humanos nas Nações Unidas*. Lisboa: Instituto Diplomático.

Ziegler, J. (2012). *O ódio ao Ocidente*. Lisboa: Temas e Debates.

Notas soltas em torno do 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos

Jorge Sampaio*

Os aniversários são amiúde ocasiões propícias para manifestações de júbilo e, quase sempre, para exercícios de revisitação do passado, balanços e perspetivações de projetos futuros. Em suma, está em jogo, em qualquer dos casos, a afirmação da memória como direito fundamental e princípio construtor da identidade.

Nestas notas soltas, irei debruçar-me sobre os direitos humanos, simultaneamente como história e projeto, duas dimensões indissociáveis da realização da nossa própria humanidade.

História milenar e conturbada, a dos direitos humanos, porventura iniciada nesse momento singular em que se passou do facto à norma, do arbítrio da vontade à regra estabelecida, abrindo caminho à magnífica proclamação de Hamurabi, 1700 anos antes de Cristo: “(...) fazer brilhar a justiça para impedir o poderoso de fazer mal ao fraco”. Foi longo o percurso, desde então, balizado por marcos que a memória de todos acarinha e exalta, ora nascidos dos ardores da Fé, como em Paulo de Tarso ou em Agostinho de Hipona, ora feitos bandeira da construção dos Povos - *Bill of Rights* para uns, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão para outros, mas sempre na trincheira da emancipação do homem e das comunidades em que se completa.

É a esta luz que a proclamação de Paris se reveste de exemplar significado. Terminada uma das mais sangrentas guerras a que a Humanidade foi sujeita, com o seu cortejo de barbáries e de holocaustos, a Assembleia Geral das Nações Unidas, na veste representativa de fórum universal, veio afirmar à cidade e ao mundo, nesse Palácio de Chaillot recém-inaugurado, e fronteiro -

* Presidente da República (1996-2006).

qual coincidência provocatória - ao campo de Marte e à Escola Militar, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, que “são dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros com um espírito de fraternidade”.

Era apenas uma proclamação, em que se vertiam direitos civis e políticos, económicos e culturais, e ainda os que ao homem são devidos como ser social. Mas quando a Senhora Roosevelt, cuja militância e sentido da dignidade humana devem merecer toda a nossa gratidão, exclamava que esta é a Magna Carta de todos os homens, em toda a parte, irmanava, assim e naquele momento, História e projeto, e com isso convocava todos para o combate que continua longe de ser cumprido. Na verdade, os genocídios, os massacres, as torturas e os desaparecidos em regimes policiais em diversas partes do mundo, a condenação à morte pela fome de milhares de pessoas, as violências feitas às mulheres, o trabalho forçado de crianças, a escravatura, a repressão, as discriminações, o discurso do ódio configuram um angustiante repúdio desta Declaração Universal de Direitos do Homem. É que a voz poderosa dos grandes deste mundo embora tendo servido para proclamar os direitos de todos, ainda não foi capaz de os garantir a todos. E por isso continuaremos a ser interpelados. Interpelados pela morte, em cada dia, por subnutrição, de milhares de crianças; interpelados pelos 736 milhões de pessoas que vivem com menos de 1,90 dólares por dia; interpelados pelos 750 milhões de jovens e adultos que não sabem ler nem escrever; interpelados pelos 35 conflitos armados em curso no mundo; interpelados pelos 65 milhões de refugiados e de pessoas deslocados pela força que vivem em condições de grande precariedade e a maior parte no limiar da miséria. E tudo isto enquanto 42 pessoas possuem a mesma riqueza que os 3,7 mil milhões mais pobres e que de toda a riqueza gerada no mundo em um ano, 82% foram para a parcela de 1% mais ricos da população, enquanto a metade mais pobre não recebeu nada.

E, no entanto, as frentes que nestes setenta anos se abriram e as vitórias nelas alcançadas constituem um estímulo à esperança e à vontade.

Se a Declaração Universal dos Direitos Humanos venceu nas lutas contra o colonialismo e contra o apartheid, contra a discriminação racial e sexual, contra a escravatura e contra a pena de morte; se através da Agenda dos Objetivos do Desenvolvimento do Milénio (ODM) e da atual Agenda para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) se estão a conseguir avanços consideráveis em matéria de luta contra a pobreza, de educação, da saúde, da igualdade de oportunidades; de proteção ambiental e no plano do desenvolvimento sustentável; se pela OIT e pela UNESCO se alargaram os horizontes do trabalho digno e se ampliou o universo da cultura partilhada; se através da OIM e do ACNUR designadamente dos recentes Compactos se pretende assegurar uma gestão equilibrada das migrações e uma melhor proteção dos refugiados; se as Ligas dos Direitos do Homem e a Amnistia Internacional continuam a velar em toda a parte pelas liberdades públicas, prossigamos, então, na caminhada para um tempo em que todos os direitos de qualquer homem, em qualquer parte, conheçam, finalmente, um modo suficiente de satisfação e de guarida. E não nos deixemos perturbar pela inesperada reedição da controvérsia das liberdades formais e das liberdades materiais, agora enroupadas de direitos civis e políticos, de um lado, versus direitos económicos, sociais e culturais, do outro, controvérsia quase sempre acompanhada da invocação de especificidades regionais e de diferentes estádios de desenvolvimento. É óbvio que tudo isso tem de ser respeitado; e que na História de cada Povo, os direitos do homem terão de ter em conta aquelas realidades. Mas a sua invocação só deixará de ser mero pretexto para a conservação de situações de poder e de opressão, quando as leis e as práticas derem tutela à integralidade dos direitos do homem, com a configuração que o tempo, o lugar e a cultura aconselhem, sem dúvida, mas em que a

regulamentação assim estabelecida ou as práticas implantadas não descaracterizem o que constitua o núcleo essencial que em cada direito do homem se contem.

Nem nos deixemos também intimidar pelas regressões a que temos assistido em matéria da afirmação do estado de direito e da democracia como garantes da realização, sempre mais densa, dos direitos e das liberdades. Pelo contrário, há que manter a sua intransigente defesa, a qual, requer outrossim a defesa, no plano internacional, do multilateralismo e, dentro deste, do projeto europeu.

Vivemos tempos conturbados, mas em vez de desistir, é preciso mobilizar; em vez de se ceder ao medo e ao pânico, há que lançar um grito de alerta e restaurar o sentido da urgência da ação. Importa agir sob o signo de uma tripla exigência. Exigência, primeiro, de reconciliar o particular e o universal por forma a reencontrar um sentido para o mundo; exigência, depois, de reconciliar direito e democracia de maneira a reforçar uma cultura de legitimidade política; exigência, por fim, de restabelecer uma ordem mundial baseada nos direitos humanos, na igualdade e na justiça, portadora de valores universalistas e de uma visão humanista que permita melhorias concretas na vida dos homens e mulheres de qualquer parte do mundo.

Para tal, dispomos felizmente da Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma bússola indispensável e certa para reencontrarmos o caminho certo por tempos incertos.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Juiz Nacional*

Ireneu Cabral Barreto**

Sumário. O sistema de proteção dos Direitos Humanos, instituído pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, tem caráter subsidiário, pertencendo aos tribunais internos sancionar, em primeiro lugar, as violações dos direitos e liberdades ali garantidos. Os tribunais internos, na sua ação, possuem, em geral, uma certa margem de apreciação ainda que sob o controlo do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Aliás, as instâncias internas são as melhores qualificadas para fixar a matéria de facto, admitir as provas e interpretar a lei nacional.

Ao Tribunal compete interpretar aquela Convenção, pelo que esta deve ser aplicada a nível interno com o sentido e alcance definidos pela sua jurisprudência; contudo, as evoluções das jurisdições nacionais são suscetíveis de alterar o “centro de gravidade” de questões nucleares e de provocar, consequentemente, mudanças naquela jurisprudência.

Os acórdãos do Tribunal não têm eficácia *erga omnes*, mas, enquanto interpretam a Convenção, eles adquirem uma autoridade própria que se exerce sobre todos os Estados Contratantes; os nossos tribunais seguem, em regra, a jurisprudência do Tribunal, evitando assim futuras condenações.

Os acórdãos do Tribunal podem exigir, por vezes, a revisão das decisões internas já transitadas em julgado. Este processo de revisão depende de uma autorização prévia do Supremo Tribunal de Justiça. O artigo 6.º da Convenção aplica-se a este processo de autorização prévia quando uma “questão nova” é trazida a essa fase.

I

1. O sistema de proteção dos direitos humanos consagrado na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)¹ entrega ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)² uma função essencial: a de supervisionar as eventuais violações cometidas pelas Altas Partes Contratantes daquele instrumento internacional.

* Este texto é largamente tributário do que escrevi em *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (2015); ver ainda, de minha autoria, *Le Dialogue entre La Cour et les Tribunaux Portugais: Une Réussite?* (2011: 83-).

** Ex-Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

¹ Doravante Convenção ou CEDH.

² Doravante Tribunal ou TEDH.

O caráter subsidiário do sistema de proteção assente na jurisdição do Tribunal supõe que pertence ao Estado e nomeadamente aos seus tribunais internos sancionar as violações dos direitos e liberdades garantidas pela Convenção; o mecanismo de queixa perante o Tribunal só pode intervir após o esgotamento dos meios internos — artigo 35.º da Convenção.

Os Estados devem assegurar na sua ordem jurídica interna um sistema que permita reparar as violações aos direitos e garantias consagrados na Convenção, pois são as autoridades nacionais quem, nos termos do artigo 1.º da Convenção, são responsáveis, em primeiro lugar, pela proteção dos direitos e garantias nela inscritos.

Este mesmo princípio pressupõe, como exige o artigo 13.º da Convenção, a existência de meios internos para examinar e sancionar as violações dos direitos humanos que venham a ocorrer.

Ao reforçar o caráter subsidiário do sistema, pretende-se em primeiro lugar dar aos Estados maior liberdade na escolha de medidas para reparar as violações.

O Tribunal sempre defendeu que, graças a um conhecimento direto da sociedade e das suas necessidades, as autoridades nacionais, e nomeadamente os tribunais, se encontram, em princípio, melhor colocados do que o juiz internacional para se pronunciarem sobre a existência de um problema de interesse geral justificando ingerências nos direitos e garantias ali protegidos que não se apresentem como absolutos mas admitem limitações.

Há efetivamente um conjunto de direitos que são considerados intangíveis, o “núcleo duro” da Convenção, e que não são suscetíveis de restrições nem mesmo em caso de guerra ou outro perigo público que ameace a vida da Nação.

Estes direitos absolutos estão enumerados no n.º 2 do artigo 15.º da Convenção: o direito à vida — artigo 2.º; a interdição da tortura ou de

tratamentos desumanos ou degradantes — artigo 3.º; a proibição da escravidão ou da servidão — artigo 4.º, n.º 1; a legalidade dos crimes e das penas — artigo 7.º; a estas exceções devem juntar-se a abolição da pena de morte — Protocolos n.ºs 6, artigo 3.º, e 13, artigo 3.º —, e o princípio *ne bis in idem* — artigo 4.º do Protocolo n.º 7.

Fora destas exceções, as autoridades nacionais – legislativas, executivas, judiciais – gozam de uma certa margem de atuação, no âmbito das restrições aos direitos consagrados na Convenção, a chamada “margem de apreciação”, mais ou menos extensa, variando segundo os valores, as tradições, a cultura, as circunstâncias, os domínios e o contexto, para responder às necessidades e especificidades locais mas sem prejuízo da unidade jurisprudencial³.

Esta margem de apreciação reflete-se ainda em dois aspetos. Em primeiro lugar, se é certo que o Tribunal julga de facto e de direito, não estando limitado no estabelecimento dos factos oferecidos pelas partes, podendo dedicar-se a uma instrução própria, e está naturalmente livre para a qualificação jurídica dos factos que apurar, a verdade é que, no respeito daquele princípio da subsidiariedade, o estabelecimento dos factos e a interpretação do direito interno devem ser devolvidos, em princípio, à competência exclusiva das jurisdições nacionais. O Tribunal só os pode pôr em causa perante um arbítrio ou irracionalidade manifestos; não lhe pertence, portanto, averiguar sobre eventuais erros de facto ou de direito pretensamente

³ É muito rica a doutrina sobre a “margem de apreciação”; ver *The Margin of appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights* (Greer, 2000), (há uma versão em francês); *The European Court of Human Rights, Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments* (Saul, 2015); *Margin of Appreciation and Incrementalism in Case Law of the European Court of Human Rights* (Gerards, 2018); *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste* (Delmas-Marty & Izorche, 2000: 753-780); *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?* (Tulkens & Donnay, 2006).

cometidos por uma jurisdição interna, salvo se, e na medida em que, eles possam ter ofendido os direitos e liberdades consagrados na Convenção.

Em segundo lugar, perante uma violação dos direitos humanos que foi sancionada ao nível interno, o Tribunal, no respeito por aquele mesmo princípio, deve aceitar a solução encontrada, exceto se a reparação da violação se mostrar manifestamente insuficiente.

Espera-se aqui uma colaboração e um respeito recíproco entre o Tribunal e as jurisdições nacionais; estas devem, é óbvio, observar a jurisprudência do Tribunal e o Tribunal deve aceitar as decisões das instâncias nacionais que não sejam claramente incompatíveis com as exigências da Convenção e se encontrem naquele espaço de ação que a referida “margem de apreciação” aceita.

Esta doutrina tem sido criticada por diversos ângulos, acusada de favorecer uma proteção de Direitos Humanos de geometria variável; mas o respeito pela “margem de apreciação” tem permitido ao Tribunal, sem conceder sobre o essencial, acolher as posições das jurisdições nacionais que se encontrem melhor apetrechadas para, por exemplo, examinarem determinados aspetos de uma medida restritiva que releva de uma certa especificidade, nomeadamente sobre questões de sociedade.

E, neste campo, o diálogo entre as duas jurisdições tem sido frutuoso e mutuamente enriquecedor, permitindo ao Tribunal fazer evoluir de uma forma pragmática a sua jurisprudência tendo em conta as mutações das realidades nacional e europeia, preservando o essencial, ou seja, uma aplicação harmoniosa da Convenção, mas sem que harmonia signifique uniformidade cega, esperando-se que, por seu turno, as jurisdições nacionais apliquem a jurisprudência de Estrasburgo.

O Protocolo 15, ao modificar o Preâmbulo da Convenção, vindo “legitimar” e reforçar a doutrina da margem de apreciação, vai permitir ao

Tribunal evitar muito do seu esforço quer na averiguação da matéria de facto e de direito quer em relação ao exame do fundo das queixas.

A jurisprudência do Tribunal ensina-nos, por exemplo, que há uma estreita margem de apreciação em matérias relativas à liberdade de imprensa mas que ela é muito vasta no âmbito do processo eleitoral.

No primeiro campo, pretende-se que haja no espaço europeu uma limitada ingerência no direito à liberdade de expressão exercida através dos *media*; no segundo, admitem-se profundas diferenças no modo de escolha dos eleitos tendo em conta sensibilidades, tradições e culturas diversas.

Contudo, pertence ao Tribunal decidir, em último lugar, sobre o respeito das exigências da Convenção; o Tribunal deverá convencer-se de que as limitações não restringem o direito de uma maneira ou a um ponto tais que ele se apresente atingido na sua substância.

2. Este papel de supervisão do Tribunal para ser devidamente apreendido exige a aceitação de duas realidades:

- a) ao Tribunal compete interpretar a Convenção – art.º 32.º;
- b) se a fixação da matéria de facto, a admissão das provas e a interpretação da lei interna são tarefas que devem ser deixadas em princípio para as instâncias nacionais – como se referiu –, o Tribunal não se dispensa de exercer sobre a atividade das instâncias nacionais um controlo europeu.

Ao examinar uma queixa, o Tribunal é normalmente confrontado com as posições divergentes do requerente e do Governo, baseadas de uma forma crítica ou favorável nas decisões das instâncias internas.

O Tribunal, ao examinar as decisões judiciais internas, aceita que as instâncias internas são as melhores qualificadas para fixar a matéria de facto, admitir as provas e interpretar a lei nacional.

Veja-se com algum pormenor. No seu Acórdão *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal* o Tribunal, perante um Acórdão do nosso Supremo Tribunal de Justiça, reconheceu expressamente as suas limitações:

“(…), o Tribunal lembra que dispõe de uma competência limitada verificando se o direito nacional foi corretamente interpretado e aplicado; não lhe cabe substituir-se aos tribunais nacionais; o seu papel consiste, sobretudo, em assegurar se as decisões destes últimos não envolvem vício de arbítrio ou de desrazoabilidade manifesta, porquanto estão em causa, como no caso, difíceis questões de interpretação da lei nacional. O Tribunal reafirma a sua jurisprudência constante segundo a qual apenas tem como tarefa, nos termos do artigo 19.º da Convenção, assegurar o respeito dos compromissos resultantes da Convenção relativamente às Partes contratantes. Especialmente, não lhe cabe conhecer dos erros de facto ou de direito supostamente omitidos por uma jurisdição interna, salvo se e na medida em que poderiam violar os direitos e liberdades salvaguardados pela Convenção” (TEDH, 2007).

Note-se, aliás, a dificuldade do Tribunal no apuramento de matéria de facto, num processo normalmente escrito e onde raramente há imediação com as provas.

Ainda aqui, o Tribunal adotou algumas regras que podem chocar quem está habituado a trabalhar segundo o modelo continental. Por exemplo, o Tribunal aceita, nalgumas circunstâncias, que a fixação de factos seja baseada no princípio “para além da dúvida razoável”, que não exige um grau de certeza, mas a simples convicção da veracidade de um facto, convicção baseada num conjunto de indícios ou de presunções não refutados, suficientemente graves, precisos e concordantes.

Depois, o Tribunal aceita, na avaliação da matéria de facto, determinadas presunções; por exemplo, se alguém foi detido em boas condições de saúde e, continuando nas mãos das autoridades, é mais tarde encontrado morto ou com lesões físicas ou psíquicas, incumbe ao Estado fornecer uma explicação

plausível para esses eventos para afastar a sua responsabilidade⁴.

E, finalmente, nalguns casos, a responsabilidade equacionada perante o Tribunal situa-se num plano diferente relativamente à examinada no tribunal interno.

Imagine-se a queixa de alguém que foi torturado por agentes de autoridade. No decurso do processo interno, prova-se a tortura mas sem que se consiga identificar individualmente os seus autores morais ou materiais e, por isso, nenhuma sanção foi possível, como o exige o artigo 3.º da Convenção. Contudo, perante a situação de facto assim descrita, o Tribunal concluirá pela violação da Convenção, pois a responsabilidade que agora está em causa é a do Estado que não conseguiu evitar a tortura nem punir os seus responsáveis.

Em resumo, existem situações em que o Tribunal chega a uma conclusão diferente da dos tribunais internos, mas sem que se possa falar propriamente em divergência mas sim de diferentes pressupostos de facto e de direito em que uma e outra decisão se fundamentaram.

Por outro lado, o princípio de que a interpretação da lei interna é deixada à competência das instâncias nacionais sofre algumas limitações. Quando a Convenção se refere ela própria ao direito interno, o Tribunal exerce o seu controlo para verificar se a disposição em causa foi devidamente aplicada. Isto acontece precisamente com o artigo 7.º da Convenção (mas também com os artigos 8.º a 11.º); o artigo 7.º da Convenção exige que “ninguém seja condenado por uma ação ou omissão que, no momento em que foi praticada, não constituía infração, segundo o direito nacional ou internacional”.

Por isso, o Tribunal, nestas circunstâncias, para se pronunciar sobre essa eventual violação, tem de examinar e interpretar a norma em causa, preocupando-se sobretudo com a qualidade da “lei interna”; esta deve ser clara, precisa, previsível e acessível.

⁴ Cf. § 97, Acórdão *Selmouni c. France*, (TEDH, 1999), e § 110, Acórdão *Anguelova c. Bulgária*, (TEDH, 2012).

A aplicação de uma norma interna que não respeite estes princípios entra diretamente em conflito com a Convenção.

3. Parece-me útil para uma perfeita compreensão das relações do Tribunal com as instâncias nacionais, atentar em diversas situações onde as decisões internas foram ou fonte direta de inspiração ou influenciaram de uma forma decisiva.

A Convenção, um texto de 1950, pode parecer modesta e desatualizada, mas a verdade é que, através de um esforço de interpretação a que se devotaram os seus órgãos de controlo — a (extinta) Comissão Europeia dos Direitos Humanos e o Tribunal — ela tem vindo a cobrir realidades difíceis de prever no momento da sua redação.

O Tribunal sempre sublinhou que evoluções das jurisdições nacionais são suscetíveis de alterar o “centro de gravidade” de questões nucleares e de provocar, conseqüentemente, mudanças na sua jurisprudência.

Por exemplo, relativamente aos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, o Acórdão *Rees c. Reino Unido* (cf. TEDH, 1986 § 49), admitiu que os Estados não estavam obrigados a permitir esta forma de casamentos.

Nestas matérias, onde o Tribunal está sempre atento aos sinais dos tempos, é de admitir uma evolução; mas, sem que se desenhe uma tendência maioritária ou significativa entre os Estados Membros da Convenção, será difícil que o Tribunal reveja a sua jurisprudência e venha a concluir em sentido inverso ao do Acórdão *Rees c. Reino Unido*.

Como o Tribunal afirmou nos Acórdãos *Mata Estevez c. Espanha* (TEDH, 2001) e *Schalk e Kopf c. Áustria* (TEDH, 2010), apesar da evolução verificada em diversos Estados europeus tendendo ao reconhecimento legal e jurídico das uniões de facto estáveis entre homossexuais, este é um domínio em que os

Estados Partes, na ausência de um denominador comum amplamente partilhado, gozam ainda de uma ampla margem de apreciação.

Naquele último Acórdão, o Tribunal invocando o artigo 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, admitiu que a aplicação do artigo 12.º da Convenção não podia continuar a limitar-se ao casamento entre pessoas de sexo diferente; contudo, mais uma vez o Tribunal acentuou que não deve substituir o seu próprio julgamento ao das autoridades nacionais que estão melhor colocadas para conhecer e responder às necessidades da sociedade.

O que não quer dizer que seja contrária à Convenção esta forma de casamento já consagrada em diversos Estados Partes, pois a Convenção é um instrumento que pretende proteger direitos e liberdades e não restringi-los (artigo 53.º).

Aliás, esta questão está ultrapassada no que diz respeito a Portugal que admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Sobre o direito de constituir família, regista-se também uma significativa evolução.

No Acórdão Fretté c. França (TEDH, 2002), o Tribunal entendeu que a impossibilidade de um homossexual adotar uma criança não colidiria com o artigo 14.º, pois não seria discriminatória.

Mas esta jurisprudência não deixava de suscitar dúvidas sobre a sua bondade e atualidade, dúvidas, aliás, refletidas nos votos de vencido apostos àquele Acórdão, que dificilmente se poderia manter.

Note-se, em primeiro lugar, que o artigo 9.º da Carta da União Europeia distingue claramente o direito de contrair casamento do direito de constituir família. Depois, a constituição de famílias monoparentais ou homossexuais ganhou cada vez mais espaço na ordem jurídica dos países membros do Conselho da Europa.

E, assim, perante esta nova realidade, o Tribunal, no seu Acórdão E.B. c. França (TEDH, 2008a), veio rever aquela orientação, afirmando claramente que uma discriminação baseada numa orientação sexual para estar justificada necessita de razões particularmente graves e convincentes, pelo que a orientação sexual não pode ser invocada para se recusar o direito à adoção.

4. Por outro lado, em questões que relevam de tradições ou aspetos específicos de uma determinada sociedade, o Tribunal, sem nunca esquecer o seu papel de defensor dos valores fundamentais inerentes a uma sociedade democrática, tende a aceitar a avaliação feita pelas instâncias judiciais internas porque mais próximas e conhecedoras da realidade em análise.

No Acórdão Leyla Sahin c. Turquia (TEDH, 2005), o Tribunal estudou a interdição do uso do “lenço islâmico” pelas estudantes da Universidade de Istambul, interdição que tinha sido julgada conforme à Constituição e às leis pelos tribunais turcos.

O Tribunal sublinhou, mais uma vez, que quando estão em jogo questões sobre as relações entre o Estado e as religiões, capazes de suscitar profundas divergências no âmbito de uma sociedade democrática, deve ser reconhecida uma importância particular ao decisor nacional.

O Tribunal aceitou expressamente a posição dos tribunais internos que entenderam a referida interdição assente sobre dois princípios, da laicidade e da igualdade, precisando que, no contexto social dominante na Turquia, é o princípio da laicidade tal como foi interpretado pelo Tribunal Constitucional turco que constituía a consideração primordial que motivou a interdição do uso de símbolos religiosos nas Universidades.

II

1. A Convenção vincula o Estado português na ordem jurídica interna e na ordem jurídica internacional.

Na hierarquia das fontes de direito, a doutrina mais significativa defende para a Convenção, como para os outros instrumentos de direito internacional pactício, uma posição intermédia entre a lei constitucional e as leis ordinárias.

Os preceitos constitucionais, mesmo que contrários às disposições da Convenção, conservariam, na íntegra, a sua eficácia e validade, pois estão supraordenados.

Ocupando a Convenção uma posição infraconstitucional, a sua aplicação na ordem interna está, aliás, dependente da sua conformidade com os preceitos constitucionais.

Mas dada a sua força supralegal, ela sobrepõe-se ao ordenamento jurídico ordinário, nomeadamente aos nossos Códigos materiais ou processuais.

Assim, Convenção deve ser aplicada mesmo que contrarie leis ordinárias.

2. Os Estados Partes obrigam-se a executar os acórdãos do Tribunal que são suscetíveis de execução; os acórdãos do Tribunal adquirem a autoridade de caso julgado entre as partes.

Os acórdãos são essencialmente declaratórios; mas, uma vez constatado que um Estado violou a Convenção, este fica obrigado a tomar todas as medidas para pôr fim à violação ou para reparar as suas consequências. Esta obrigação implica que os Estados ponham fim à violação e eliminem todas as consequências dela decorrentes de modo a restabelecer,

tanto quanto possível, a situação anterior à violação.

Como sublinhou o Tribunal, ao Estado compete, sob o controlo do Comité de Ministros, escolher os meios disponíveis internamente para cumprir essa obrigação.

3. Os Acórdãos do Tribunal não têm eficácia *erga omnes*, limitando-se a decidir o caso concreto, na medida em que não obrigam os outros Estados a tomarem as medidas constantes no seu dispositivo; porém, enquanto interpretam a Convenção eles adquirem uma autoridade própria que se exerce sobre todas as Altas Partes Contratantes.

Os Acórdãos do Tribunal servem não apenas para julgar os casos que lhes são confiados, mas, mais amplamente, para clarificar, salvaguardar e desenvolver as normas da Convenção, contribuindo, assim, para o respeito pelos Estados dos compromissos assumidos na sua qualidade de Partes Contratantes.

Para que os Direitos Humanos sejam respeitados em todo o espaço europeu é necessário, antes de mais, que, de futuro, as leis julgadas incompatíveis com a Convenção não sejam aplicadas e a jurisprudência ou as prática incompatíveis sejam abandonadas.

Tem acontecido, felizmente em casos contados, que os acórdãos do Tribunal que constatarem uma violação da Convenção por uma lei ou uma determinada orientação jurisprudencial ou prática não são observados para além da situação concreta analisada no Acórdão.

Porém, se se quiser evitar condenações futuras, os acórdãos do Tribunal devem ser respeitados perante situações idênticas àquelas já apontadas. Mas ainda aqui, algumas dificuldades têm surgido, desde logo porque nem sempre será fácil identificar todas as situações semelhantes à examinada no acórdão do Tribunal.

Depois, não se ignora a dificuldade para um Juiz – dificuldade que diria natural – em deixar de aplicar uma lei que está formalmente em vigor, lei essa incompatível com a Convenção, aguardando uma intervenção legislativa que venha repor a harmonia. Há muito que o Tribunal exorcizou tal atitude de manifesta passividade, lembrando ao Juiz interno que ele deve aplicar a Convenção e que não deve ficar à espera da ação do Legislador para deixar de aplicar a lei em causa.

Nos sistemas em que a Convenção tem um valor supralegal, como é o caso do nosso País, a adoção desta atitude por parte do Juiz nacional não apresenta qualquer dificuldade teórica; mas, infelizmente, a prática nem sempre confirma a teoria.

4. Os tribunais internos, ao aplicar a Convenção, devem fazê-lo de acordo com a interpretação dada pelo Tribunal que, pela natureza das suas funções, é a instância encarregue de interpretá-la (artigo 32.º, n.º 1) e, como tal, a mais qualificada para fixar o sentido e o conteúdo das noções ali inscritas.

Os acórdãos do Tribunal, enquanto interpretam as disposições da Convenção, adquirem uma autoridade própria que se exerce sobre todos os Estados Contratantes, tendo em vista a obrigação que sobre eles recai de aplicar a Convenção em conformidade com a jurisprudência mais recente do Tribunal. Isto significa que os tribunais nacionais devem não apenas aplicar a Convenção, mas aplicá-la de acordo com a interpretação dada pelo Tribunal, pois só assim evitam a futura condenação por violação da Convenção.

Pretende-se, assim, criar uma ordem pública europeia no domínio dos direitos humanos, obrigando os Estados ao respeito de um conjunto de normas internacionais, sem que, no entanto, tal signifique uma uniformidade absoluta.

Tudo isto pode implicar modificações legislativas ou de práticas judiciais ou administrativas imediatas num outro Estado não parte no processo, em razão da incompatibilidade manifesta do sistema interno com as exigências derivadas da Convenção, tal como foram precisadas na Jurisprudência do Tribunal.

Em resumo, a interpretação da Convenção feita pelo Tribunal deve ser entendida como fazendo corpo daquela, como se de uma interpretação “autêntica” se tratasse, impondo-se a todos; pode dizer-se que não são os acórdãos do Tribunal que têm autoridade sobre os Estados membros não parte no litígio, mas a Convenção ela própria tal como foi interpretada pelo Tribunal.

5. A ideia de que a jurisprudência do Tribunal deve ser seguida a nível interno (Gaspar, 2009: 39-50) começa a ser assimilada pelos nossos tribunais e está adequadamente refletida num Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 28 de novembro de 2007, proferido no âmbito de um recurso de revista interposto ao abrigo do disposto no artigo 150.º, n.º 1 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, onde se afirma nomeadamente que:

“(...) se a Convenção, para fazer respeitar as suas disposições (artigo 19º) institui um juiz (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem), cujas sentenças têm força vinculativa perante os Estados Partes (artigo 46º/1º), então tem de reconhecer-se a esse juiz europeu o poder de interpretar e determinar o significado das normas da Convenção. (...) sob pena de futura condenação internacional do Estado, por divergências entre a aplicação tida por apropriada na ordem nacional e a interpretação dada pelo tribunal de Estrasburgo, na análise dos dados jurisprudenciais relativos à densificação dos conceitos da Convenção, entre os quais os de prazo razoável de decisão, indemnização razoável e de danos morais indemnizáveis, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem desempenhará, seguramente um papel de relevo (...)”.

Contudo, de vez em quando, uma ou outra voz dissonante vem perturbar esta harmonia. Veja-se, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. N.º 2175/11, 4TDLSB.L1-9 (2017), onde se afirmou:

” A interpretação dominante que o TEDH tem vindo a fazer do artigo 10.º da CEDH – no sentido de que, no exercício do direito à liberdade de expressão, é permitida uma ofensa quase ilimitada do direito à honra das figuras públicas e particularmente dos políticos – não vincula os tribunais portugueses”.

Este acórdão insere-se naquela linha jurisprudencial, em profunda divergência com o Tribunal, no que diz respeito aos limites a conferir à liberdade de expressão.

Nas queixas relativas a Portugal no âmbito da liberdade de expressão, perante decisões na linha da deste Acórdão, o Tribunal sempre entendeu que havia violação do artigo 10.º da Convenção, pois a ingerência, traduzida nas condenações dos queixosos, não estava justificada.

E quando concluiu pela violação, as suas decisões foram, em regra, tomadas por unanimidade, pelo que me parece lógico inferir que havia uma nítida desarmonia entre a jurisprudência de Estrasburgo e a jurisprudência nacional. E sempre o Tribunal não deixou de apontar criticamente para a natureza penal da infração e para o peso das penas aplicadas.

Esta desarmonia foi-se esbatendo nos últimos tempos, pois os nossos tribunais, na sua maioria, passaram a afinar a sua jurisprudência com a de Estrasburgo e, por isso, as condenações de Portugal nesta área tornaram-se mais escassas.

Exemplo da harmonia é o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de junho de 2011, Proc. 1272/04.7TBCLGI.SG1:

“Na interpretação daquele artigo 10.º é de acatar, pelos tribunais internos, a orientação jurisprudencial que, muito reiteradamente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vem seguindo e que se caracteriza, no essencial, pelo seguinte:

A liberdade de expressão constitui um dos pilares fundamentais do Estado democrático e uma das condições primordiais do seu progresso e, bem assim, do desenvolvimento de cada pessoa;

As exceções constantes deste n.º 2 devem ser interpretadas de modo restrito;

Tal liberdade abrange, com alguns limites, expressões ou outras manifestações que criticam, chocam, ofendem, exageram ou distorcem a realidade;

Os políticos e outras figuras públicas, quer pela sua exposição, quer pela discutibilidade das ideias que professam, quer ainda pelo controle a que devem ser sujeitos, seja pela comunicação social, seja pelo cidadão comum – quanto à comunicação social, o Tribunal vem reiterando mesmo a expressão “cão de guarda” – devem ser mais tolerantes a críticas do que os particulares, devendo ser, concomitantemente, admissível maior grau de intensidade destas;

Na aferição dos limites da liberdade de expressão, os Estados dispõem de alguma margem de apreciação, que pode, no entanto, ser sindicada pelo próprio TEDH”.

E, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. N.º 2175/11.4TLSB.L1.S1 (2018), que revogou o Acórdão da Relação de Lisboa, atrás mencionado, depois de se transcrever abundante jurisprudência que constata a necessidade de os nossos tribunais alinharem as suas decisões pela jurisprudência do Tribunal, afirma-se:

“À interpretação pelo TEDH de normas convencionais, acrescenta-se no mesmo Acórdão⁵, ‘deve ser considerada como integrando a própria CEDH, podendo encontrar-se o princípio de vinculação nas fórmulas dos artigos 1º e 19º que comandam a CEDH’, pelo que os juízes nacionais, ao interpretarem e aplicarem a CEDH, como juízes convencionais de primeira linha, devem ter em consideração ‘as referências metodológicas e interpretativas e a jurisprudência do TEDH, enquanto instância própria de regulação convencional’ ”.

⁵ Trata-se do Acórdão do mesmo Tribunal, Processo n.º 454/09.5STVLSB.L1.S1 (2017).

6. Veja-se, por último, a revisão das decisões internas em consequência de um acórdão do Tribunal.

Quando a violação emana de ato administrativo ou jurisdicional que não adquiriu força de “caso resolvido” ou de “caso julgado”, a execução do acórdão do Tribunal passará pela reforma ou anulação do ato, o que se mostra facilitado pelo facto de a Convenção ser direito interno com valor supralegal.

Porém, quando o ato em questão já adquiriu força de caso resolvido ou julgado, o acórdão do Tribunal, nos países que não o consideram um “facto novo” para efeito de revisão das decisões, mostra-se inexecutável.

Esta questão foi resolvida em Portugal com as alterações introduzidas em 2007 nos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal.

O Decreto-lei n.º 303/2007, de 24 de agosto, alterou o artigo 771.º, alínea f) (Ministério da Justiça, 2007), do então Código de Processo Civil - hoje, artigo 696.º, alínea f) -, permitindo a revisão de decisão já transitada em julgado quando viole a Convenção, ou seja, quando essa decisão seja inconciliável com uma decisão definitiva do Tribunal.

Por seu turno, a Lei n.º 43/2007, de 29 de agosto (Assembleia da República, 2007), alterou o n.º 1 do artigo 449.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, passando a admitir a revisão de sentença condenatória transitada em julgado quando uma sentença do Tribunal for inconciliável com a condenação ou suscitar dúvidas sobre a sua justiça.

Estas disposições vieram suprir uma lacuna existente na nossa ordem jurídica e representam, sem dúvida, passos significativos para harmonizá-la com a jurisprudência de Estrasburgo.

No processo de revisão será preciso observar, como é óbvio, as recomendações do Tribunal.

Assim, no Acórdão *Panasenko c. Portugal*, Queixa n.º 10418/03 (TEDH, 2008b), o Tribunal precisou que a violação identificada residia num defeito na assistência judiciária prestada ao arguido que impediu o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de conhecer do seu recurso e que, portanto, o exame desse recurso pelo STJ poderia constituir uma reparação adequada para a violação constatada.

Mas, em regra, o Tribunal nada diz sobre a matéria, como por exemplo, no Acórdão *Bogumil c. Portugal*, Queixa n.º 35228/03 (2008): o Tribunal, apesar de ter constatado uma violação 3, alínea c), da Convenção, também aqui por deficiências na assistência judiciária prestada, omitiu qualquer referência à necessidade de uma reapreciação do caso.

Nem sempre é fácil abarcar as razões para esta atitude. Mas dela parece lícito retirar a conclusão de que o Tribunal entende que a execução integral do acórdão não passa forçosamente pela reabertura do processo interno, deixando ao Estado em causa a escolha dos meios adequados para esse efeito.

Nestas hipóteses, a reabertura do processo ficará de certo modo à discrição das autoridades internas, sob o controlo do Comité de Ministros, órgão encarregado de velar pela execução do Acórdão nos termos do artigo 46.º, n.º 2 da Convenção.

Entendia-se que aos processos de autorização da revisão da decisão interna, que correm termos no Supremo Tribunal de Justiça não se aplicava as exigências previstas no artigo 6.º da Convenção para o processo equitativo.

Contudo, o Acórdão *Moreira Ferreira c. Portugal*, Queixa n.º 19867/12 (2017) veio inverter esta tendência.

No processo interno, uma pessoa, com capacidades mentais diminuídas, foi condenada na 1ª instância; em recurso, o Tribunal da Relação, sem ter ouvido a arguida, confirmou a condenação, mas reduziu a pena.

O Tribunal decidiu que houve violação do artigo 6.º, por o Tribunal da Relação não ter ouvido a arguida, e condenou o Estado a pagar-lhe uma quantia por prejuízo moral.

E disse ainda: em princípio, um novo processo seria um meio para sanar a violação constatada, mas “para que um Estado cumpra as obrigações depende necessariamente das circunstâncias da causa que devem ser definidas à luz do acórdão do Tribunal no caso”.

No processo de revisão, o Supremo Tribunal de Justiça não admitiu o pedido, afirmando que a falta de audição no Tribunal da Relação constituía uma irregularidade processual não suscetível de revisão.

E ainda considerou que a reparação por prejuízos morais se destinava a compensar as consequências eventuais dessa irregularidade.

Contrariando uma jurisprudência até então estabelecida, o Tribunal, no referido Acórdão *Moreira Ferreira c. Portugal* (2017) decidiu:

- a) que o artigo 6.º da Convenção aplica-se ao processo de autorização da revisão, quando uma “questão nova” é trazida a essa fase, no caso a análise da justeza da condenação da arguida;
- b) declarando-se competente para apreciar a decisão no processo de autorização da revisão, à luz do artigo 6.º, o Tribunal declarou que não havia violação no caso concreto, pois o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça posicionava-se na margem de apreciação permitida aos Estados na interpretação dos Acórdãos do Tribunal tanto mais que, no caso concreto, ao utilizar expressões como “em princípio” e “contudo”, o Tribunal não tinha exigido obrigatoriamente uma reabertura do processo.

Referências

Assembleia da República (2007). Lei n.º 43/2007. *Diário da República n.º 163/2007*, Série I de 2007-08-24.

Barreto, I. C. (2011). Le Dialogue entre La Cour et les Tribunaux Portugais: Une Réussite?. In Dalloz (Ed.). *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa - La Conscience des Droits*. Paris: Dalloz.

Barreto, I. C. (2015). *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina.

Delmas-Marty, M.; Izorche, M-L. (2000). Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. *Revue internationale de droit comparé*, 52(4), 753-780;

Gaspar, A. H. (2009). “A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional”, in Julgar, n.º 7, 2009, 33-50.

Gerards, J. (2018). Margin of Appreciation and Incrementalism in Case Law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 18, (3), 495-515.

Greer, S. (2000). The Margin of appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights. *Human Rights Files n.º 17*. Strasbourg: Council of Europe Publishing.

Ministério da Justiça (2007). Decreto-lei n.º 303/2007. *Diário da República n.º 163/2007*, Série I de 2007-08-24.

Saul, M. (2015) The European Court of Human Rights, Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments. *Human Rights Law Review*. 15 (4), 745-774.

Supremo Tribunal de Justiça (2011). *Proc. 1272/04.7TBCLGI.SG1. Acórdão de 30 de junho de 2011.*

Supremo Tribunal de Justiça (2017). *Processo n.º 454/09.5STVLSB.L1.S1. Acórdão de 31 de janeiro de 2017.*

Supremo Tribunal de Justiça (2018). *Proc. N.º 2175/11.4TLSB.L1.S1. Acórdão de 9 de setembro de 2018,*

TEDH (1999). *Selmouni v. France*, Queixa n.º 25803/94. Acórdão de 28 de julho de 1999.

TEDH (2001). *Mata Estevez v. Spain*, Queixa n.º 56501/00. Acórdão de 10 de maio de 2001.

TEDH (2002). *Fretté v. France*. Queixa n.º 36515/97. Acórdão de 26 de fevereiro de 2002.

TEDH (2005). *Leyla Sahin v. Turkey*, Queixa n.º 44774/98. Acórdão de 10 de novembro de 2005.

TEDH (2007). *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*. Queixa n.º 73049/11. Acórdão de 10 de janeiro de 2007.

TEDH (2008a). *E.B. v. France*. Queixa n.º 43546/02. Acórdão de 26 de fevereiro de 2008.

TEDH (2008b). *Panasenko v. Portugal*. Queixa n.º 10418/03. Acórdão de 22 de julho de 2008.

TEDH (2010). *Schalk e Kopf v. Áustria*. Queixa n.º 30141/04. Acórdão de 24 de junho de 2010.

TEDH (2012). *Anguelova v. Bulgaria*. Queixa n.º 38361/97. Acórdão de 13 de julho de 2012.

TEDH (2017). *Moreira Ferreira v. Portugal*. Queixa n.º 19867/12. Acórdão de 11 de julho de 2017.

Tribunal da Relação de Lisboa (2017). *Proc. N.º 2175/11, 4TDLSB.L1-9*. Acórdão de 26 de janeiro de 2017.

Tulkens, F., & Donnay, L. (2006). L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature? *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (1),3-23.

Intervenção alusiva ao 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Humanos*

José Filipe Morais Cabral**

Ao comemorarmos hoje o septuagésimo aniversário da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos – que ecoava e ampliava o conteúdo dessa outra Declaração que, igualmente em Paris, 170 anos antes, proclamava o carácter inalienável dos direitos da pessoa humana e do cidadão – não podemos deixar de recordar quantos, em Portugal, se bateram pela consagração, promoção e defesa desses direitos, pela democracia, pela liberdade e a Justiça, e que, tantas vezes, pagaram por isso um pesado preço. E recordar também que há quarenta anos, quatro após o derrube da ditadura iníqua que oprimira o povo português durante quase cinquenta anos e o obrigara a uma guerra colonial tão criminosa quanto serôdia, Portugal ratificava a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, aceitava a jurisdição do seu Tribunal e consolidava por esta forma a sua pertença à família democrática europeia de que fora afastado durante quase cinquenta anos.

Cabe certamente aqui uma palavra especial de reconhecimento aos principais promotores dessa adesão à Convenção Europeia, ao Dr. Mário Soares, então Primeiro-Ministro do 1º Governo Constitucional posterior ao 25 de Abril, e ao Dr. José Medeiros Ferreira, então Ministro dos Negócios Estrangeiros, bem como ao Dr. Jorge Sampaio que foi o primeiro representante português na Comissão dos Direitos Humanos que depois deu lugar ao Tribunal Europeu.

* Intervenção na sessão comemorativa do 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, organizada pela Comissão Nacional da Unesco e realizado dia 27-11-2018 no Palácio das Necessidades

** Presidente da Comissão Nacional na UNESCO.

Este nosso encontro resulta de uma feliz identidade de propósitos entre o Departamento de Assuntos Jurídicos do MNE e a Comissão Nacional da UNESCO e de um comum objetivo: não apenas o de assinalar uma efeméride importante, quanto ilustrar a realidade em permanente atualização dos direitos humanos e os imperativos da sua promoção e defesa.

Agradeço por isso ao DAJ, à sua Diretora e à Dr.^a Susana Vaz Patto com quem acordamos a ideia e combinamos os diversos aspetos desta sessão. Agradeço também a todos quantos acederam ao nosso convite para estarem hoje aqui connosco, à Dr.^a Patrícia Galvão Telles, ao Professor José Manuel Pureza, à Dr.^a Paula Martinho da Silva e ao Dr. José Pedro Castanheira, que connosco partilharão perspetivas e experiências. E agradeço-lhe, Senhor Ministro, pela sua disponibilidade que traduz, afinal, o seu pleno compromisso com estas matérias.

Permitam-me duas palavras sobre o tema que aqui nos traz. A primeira tem a ver com o papel assumido por Portugal na promoção e defesa dos Direitos Humanos nas Nações Unidas.

Para a democracia Portuguesa, a adesão à Declaração Universal foi sempre mais do que um simples formalismo, antes traduziu um compromisso concreto e atuante enquanto membro das Nações Unidas, com os seus valores e ideais, muito especialmente durante os períodos em que fomos membros do Conselho de Segurança. Darei alguns exemplos.

Porventura por razões históricas, não é o Conselho de Segurança muito recetivo à abordagem das questões relacionadas com os Direitos Humanos, mas não se tem podido furtar à sua crescente análise no quadro das situações geográficas que constam da sua agenda.

Como acontece em todas as instituições deste tipo, o importante é estabelecer o precedente. Foi isso que Portugal procurou fazer, com convicção, relativamente às questões de natureza mais transversal em matéria de direitos

humanos como sejam a situação de Crianças em Conflitos Armados, a Proteção de Civis e Mulheres, a violência sexual utilizada como tática de guerra ou o acesso humanitário.

Insistimos em que estas matérias fossem contempladas nos mandatos das Operações de Paz e exigimos que as questões da proteção dos direitos humanos fossem sistematicamente referidas no tratamento das situações de conflito pelos Departamentos de Assuntos Políticos e de Operações de Paz do Secretariado.

Nesta nossa última participação no Conselho de Segurança, em 2011 e 2012, procuramos igualmente influenciar os seus trabalhos no sentido do estabelecimento de consultas trimestrais do Conselho sobre Mulheres, Paz e Segurança e organizamos um conjunto de encontros do Conselho com responsáveis pelas questões de género, de proteção de crianças e de direitos humanos no quadro das Operações de Paz, consultas estas que ainda perduram.

Durante este nosso mandato e por nossa iniciativa, a então Responsável pela UN Women, Michelle Bachelet, interveio pela primeira vez numa reunião do Conselho e passou a participar com alguma regularidade nos seus trabalhos.

De igual modo, aumentou exponencialmente durante este período a presença da Alta Comissária para os Direitos Humanos, Navi Pillay, que participou em 12 reuniões do Conselho, o que traduziu um reconhecimento inequívoco do relevo dos Direitos Humanos em matérias de Paz e Segurança. Noutros órgãos das Nações Unidas, ajudámos a construir consensos e a fortalecer os mecanismos de defesa dos direitos humanos, do seu aprofundamento, do direito internacional humanitário, do Estado de Direito e da boa Governação. Não duvido que assim continuaremos a fazer.

A segunda questão que queria referir tem a ver com a necessidade de uma permanente pedagogia na defesa da liberdade e da democracia, dos seus valores e dos direitos humanos, contra a ignorância e o medo e contra quantos propugnam soluções autoritárias e necessariamente violentas de organização do Estado, violadoras dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Há que reconhecer que, por esta nossa Europa fora, aumenta o número de quantos se constituem auratos de tais soluções, minando os fundamentos das nossas sociedades democráticas, os valores e os objetivos da integração europeia e, finalmente, os próprios fundamentos da paz e do progresso que conhecemos desde há 70 anos.

Há que ter em mente que a democracia e as liberdades públicas, afinal, nunca estão plenamente garantidas e que estão, de facto, seriamente em risco em países que, até há pouco, reputávamos como baluartes do Estado de Direito e do respeito pelos valores democráticos. E que o próprio sistema internacional e o seu papel na defesa dos direitos humanos à escala mundial se encontra também ameaçado.

Os processos que conduzem a novas formas de organização autoritária do Estado tornaram-se hoje mais subtis, menos óbvios na sua gestação, mais dissimulados nos seus reais propósitos, mas igualmente perversos e perigosos. Já não serão hoje necessárias tomadas de poder violentas como as conhecemos entre as duas Guerras Mundiais.

Hoje, aquilo a que assistimos, é a uma progressiva e insidiosa conversão antidemocrática de certos Estados, através nomeadamente da eliminação da separação e independência dos poderes e pela substituição de agentes independentes por indivíduos subservientes.

Muitos dos atuais ditadores *in pectore* perceberam que já não é necessário, para preservar o poder e prosseguir a consolidação de sistemas abertamente antidemocráticos, aspirar a um controlo totalitário da sociedade, ilegalizar

partidos políticos, impor a censura prévia, prender sistematicamente os opositores ou suspender eleições.

Pelo contrário, a existência de partidos de oposição e a realização de eleições, que não constituem qualquer ameaça real ao seu poder, revelam-se outrossim elementos úteis de legitimação formal e de silenciamento de qualquer crítica.

A exacerbação do nacionalismo, o apelo à xenofobia, a valorização da “lei e da ordem” enquanto objetivo primordial que se sobrepõe à garantia e ao livre exercício dos direitos individuais, têm constituído ingredientes fundamentais de mobilização do apoio popular a estas novas formas autoritárias de poder e de estigmatização de quantos a elas se opõem.

Como complemento, a disseminação deliberada de notícias falsas polui de tal modo a informação que a verdade e os factos tornam-se irrelevantes na formação de uma opinião pública verdadeira e eficaz em termos democráticos, anulando o papel da comunicação social na defesa da democracia.

Hoje, ao comemorarmos os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos julgo que, mais uma vez, devemos refletir sobre as ameaças que pairam sobre o exercício e a proteção desses mesmos direitos, sobre a fragilidade de um sistema de valores e princípios que, nunca tendo sido universal, surge novamente ameaçado em países democráticos e que tem permanentemente que enfrentar novos desafios.

E devemos estar conscientes de que esta ameaça se estende à própria ordem internacional tal como a conhecemos, assente no multilateralismo, num conjunto de acordos e instituições políticas e diplomáticas, económicas e militares interligadas; um sistema que, mau grado algumas deficiências, garantiu a paz, a estabilidade e o progresso desde o final da Segunda Guerra Mundial.

O seu desmantelamento, a sua substituição por um bilateralismo

desenfreado e arrogante, em que prevalece, sem qualquer limite, a vontade do mais forte, bem como uma vontade exacerbadamente nacionalista e tantas vezes xenófoba, encerra ameaças evidentes para a paz e a segurança internacionais.

De facto, a sobreposição de agendas internas nacionalistas e autoritárias, com o primado do relacionamento bilateral baseado na força, tanto económica como política ou militar, far-nos-ão recuar muitas décadas. E as suas consequências são tão imprevisíveis quanto perigosas, tal como o foram então.

Direitos do Humanos – uma visão geral da proteção jurídica internacional desde 1948

Patrícia Galvão Teles*

O momento da comemoração do 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinalado no dia 10 de dezembro de 2018, afigura-se como uma boa oportunidade para uma breve reflexão sobre a evolução da proteção jurídica internacional dos Direitos Humanos desde 1948. É, de facto, apenas a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e com base nela, que duas realidades – direitos humanos e relações internacionais – formam um binómio, antes de 1945 praticamente inexistente, nem sempre pacífico, mas hoje indissociável.

Os Direitos Humanos, inicialmente através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, causaram um impacto importante na vertente ética das Relações Internacionais. As relações entre os Estados passaram a dotar-se de um código moral, baseado no respeito pela dignidade humana, e não apenas nos valores típicos dos Estados, como a soberania ou o respeito pela integridade territorial e pelas fronteiras.

Um dos grandes feitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e de toda a construção, desenvolvida a partir da sua base, do sistema de proteção universal das Nações Unidas e dos diversos sistemas regionais foi ter alterado o terreno moral das Relações Internacionais, que se passou a orientar e medir pelo valor do respeito pelos Direitos Humanos.

Como foi bem observado por Mary Ann Glendon (2001: XV), numa excelente análise sobre a negociação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o contributo de Eleanor Roosevelt:

* Membro da Comissão de Direito Internacional da ONU.

“Quando a Marinha ateniense estava pronta para invadir a pequena Melos em 416 a. C., os habitantes da ilha, aterrorizados, enviaram emissários para tentarem argumentar com os senhores do mar. A recusa desdenhosa dos atenienses ecoou ao longo dos séculos: ‘Vocês sabem tão bem quanto nós que, como o mundo se encontra, só está em questão o poder entre iguais. Enquanto os fortes fazem o que podem, os fracos sofrem o que precisam.’ A história deu muito apoio a esse ditado brutal [...]. No entanto, séculos depois, na sequência de atrocidades além da imaginação grega, as nações mais poderosas do mundo curvaram-se às demandas dos países menores pelo reconhecimento de um padrão comum pelo qual os bons e maus comportamentos de todas as nações pudessem ser medidos. O terreno moral das relações internacionais foi alterado para sempre numa madrugada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, quando a Assembleia-Geral das Nações Unidas adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sem um único voto contra.”

A afirmação do lugar central da proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico internacional e a correspondente erosão do tradicional domínio reservado dos Estados e da sua soberania poderá talvez ser considerada uma das maiores alterações da ordem internacional no período pós-1945.

O “mundo das soberanias” caminhou assim para um “mundo das pessoas”, como dizia a Professora Paula Escarameia (2003), esbatendo-se as tradicionais fronteiras políticas e consolidando-se, ao longo das décadas seguintes, novos conceitos como o da “responsabilidade de proteger” as pessoas das violações mais graves de direitos humanos, uma responsabilidade que recai sobre todos os Estados e sobre a comunidade internacional.

A segunda metade do século XX e o início do século XXI ficaram marcados pela consolidação deste novo princípio da promoção e proteção dos direitos humanos. Este foi o grande motor da autodeterminação e do consequente movimento de descolonização, que alterou de forma definitiva a geografia mundial, bem como da decorrente emergência de uma

responsabilidade coletiva de proteger esses direitos, e ainda da criação, através do Tribunal Penal Internacional, de um sistema permanente de justiça penal internacional que permite responsabilizar criminalmente indivíduos nos casos mais graves em que a dignidade humana é atingida (crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio).

A proteção dos direitos humanos tem-se desenvolvido, assim, no sentido de ser hoje um dos princípios fundamentais das relações internacionais e do direito internacional contemporâneo, a par da proibição do uso da força, da igualdade soberana e da não interferência nos assuntos internos, gerando potencialmente situações de conflito de princípios, todos eles com um estatuto de normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*).

Propomo-nos assim fazer, durante esta apresentação e dado o tempo limitado que nos é atribuído, uma rápida viagem sobre a consolidação dos direitos humanos no plano universal desde 1948, essencialmente no quadro das Nações Unidas.

A Carta das Nações Unidas é o documento fundador da organização que nasceu como um sistema de segurança coletiva, sendo a questão dos direitos humanos no início meramente periférica. Tal é bem patente no próprio texto da Carta que apenas se refere aos direitos humanos em poucas passagens, algo sintéticas e vagas:

- O preâmbulo menciona a fé dos povos das Nações Unidas “nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas”;
- O artigo 1º/3, refere, como um dos objetivos das Nações Unidas, a realização da “cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou

humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”;

- O artigo 55º acrescenta: “Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas promoverão: a) A elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento económico e social; b) A solução dos problemas internacionais económicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de carácter cultural e educacional; c) O respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”;
- Refere-se ainda no artigo 56º que “Para a realização dos objetivos enumerados no artigo 55º, todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente”;
- Por fim, em termos institucionais, a Carta colocou a temática dos direitos humanos sob a alçada da Assembleia-Geral das Nações Unidas (artigo 13º/1, alínea b)) e do Conselho Económico e Social das Nações Unidas (ECOSOC, artigos 62º e 68º), organismo que criou, ao abrigo deste último artigo, a primeira Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, logo em 1946.

Ancorada nos artigos mencionados da Carta, mas dando-lhes a substância e conteúdo que faltavam, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 assumiu-se como o projeto de uma *international*

bill of rights (carta internacional dos direitos humanos), tendo sido uma concessão aos países mais pequenos e também uma resposta à retórica da Segunda Guerra Mundial relativamente ao *never again* (“nunca mais”) quanto às atrocidades e gravíssimos atentados à mais básica dignidade humana cometidos durante o conflito.

A elaboração da DUDH foi também a primeira missão da Comissão de Direitos Humanos, presidida por Eleanor Roosevelt, e uma das primeiras Resoluções da Assembleia-Geral das Nações Unidas. A DUDH foi negociada num curtíssimo espaço de tempo, entre 1946 e 1948, e numa importante janela de oportunidade entre o fim da Segunda Guerra Mundial e o início da Guerra Fria.

Esta Declaração mantém-se no centro do sistema de direitos humanos das Nações Unidas. Apesar de ser uma resolução com carácter não vinculativo, é considerada o equivalente a anexo da Carta, uma sua interpretação autêntica ou a representação do direito costumeiro.

A DUDH insere-se na linha de outras cartas históricas de direitos humanos a nível nacional, como a Magna Carta de 1215, a Carta de Direitos Britânica de 1689, a Declaração de Independência Americana de 1776 e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Influenciou várias constituições nacionais, incluindo a Constituição da República Portuguesa de 1976, que tem um amplíssimo capítulo dedicado aos Direitos Fundamentais e considera a DUDH parte integrante da Constituição. Inspirou todos os tratados de direitos humanos negociados posteriormente no âmbito das Nações Unidas e de outras organizações internacionais, como o Conselho da Europa, a União Africana ou a Organização dos Estados Americanos, tendo logrado, nos seus 30 artigos, combinar a tradição anglo-britânica e liberal dos direitos civis e políticos com os direitos económicos, sociais e culturais de matriz inicialmente continental, socialista e democrata-cristã.

A DUDH é hoje o documento traduzido em mais idiomas do mundo: 501 línguas e dialetos, incluindo braile e língua gestual.

Desde a adoção da DUDH em 1948, foram elaborados nove importantes instrumentos jurídicos convencionais que desenvolvem os direitos humanos mencionados naquela Declaração. É relevante notar que uma boa parte destes instrumentos jurídicos, tanto sobre os direitos civis e políticos, como sobre os direitos económicos, sociais e culturais, os direitos das mulheres, a discriminação racial ou a proibição da tortura foi negociada e adotada em plena Guerra Fria. Diferentemente da DUDH, trata-se de verdadeiras convenções internacionais, a que os Estados podem aderir ou não. Algumas delas foram completadas por importantes protocolos adicionais ou facultativos, acrescentando obrigações normativas ou mecanismos de queixas individuais.

Todos estes instrumentos internacionais de direitos humanos criaram organismos ou comités (os *treaty-monitoring bodies*, ou mecanismos de supervisão de tratados), compostos por peritos independentes eleitos pelos Estados parte desses tratados, responsáveis por monitorar a sua implementação. Assim:

- Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial (1965) → Comité para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD);
- Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966) → Comité de Direitos Humanos (CCPR);
- Pacto dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966) → Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (CESCR);
- Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979) → Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW);

- Convenção para a Proibição da Tortura (1984) → Comité contra a Tortura (CAT);
- Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) → Comité dos Direitos da Criança (CRC);
- Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros das Suas Famílias (1990) → Comité para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das Suas Famílias (CMW);
- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006) → Comité sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRPD);
- Convenção sobre os Desaparecimentos Forçados (2006) → Comité para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados (CED).

Os comités são responsáveis por analisar relatórios periódicos que os Estados lhes submetem descrevendo as medidas tomadas para a aplicação das disposições do tratado. Com base nessas informações, o comité dirige recomendações aos Estados nas áreas que carecem de alterações. Os comités dos tratados podem adotar comentários ao instrumento de que se ocupam, contendo guias gerais de interpretação, e alguns deles podem receber e ouvir queixas individuais.

Este quadro normativo internacional dos direitos humanos goza, por parte dos Estados, de uma adesão variada, mas genericamente numerosa. Os 193 Estados-membros das Nações Unidas ratificaram vários destes instrumentos, sendo o mais ratificado a Convenção sobre os Direitos da Criança. Há vários instrumentos que contam com um número de ratificações entre 160 e 180, sendo os instrumentos com menor adesão a Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e sobre os Desaparecimentos Forçados.

O sistema de proteção de direitos humanos das Nações Unidas é, desta forma, um sistema complexo e composto por várias peças (instrumentos jurídicos e instituições), como a própria Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os vários tratados de direitos humanos, os organismos como a Comissão/o Conselho de Direitos Humanos, os Procedimentos Especiais do Conselho de Direitos Humanos, os comités ou órgãos de supervisão dos tratados (*treaty-monitoring bodies*), os procedimentos de queixas e denúncias individuais, a Terceira Comissão da Assembleia-Geral das Nações Unidas e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

Em particular, o Conselho de Direitos Humanos, que substituiu em 2006 a Comissão de Direitos Humanos, é responsável por promover o respeito universal pela proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem nenhum tipo de distinção e de maneira justa e equitativa. Ocupa-se de situações de violação de direitos humanos, incluindo violações graves e sistemáticas, e faz recomendações sobre as mesmas. Deve, também, promover a coordenação eficaz e integração da perspectiva de direitos humanos em todo o sistema das Nações Unidas. O Conselho é composto por 47 Estados-membros, funcionando em Genebra – na sede europeia das Nações Unidas – e sendo um órgão subsidiário da AGNU, que elege diretamente os membros por uma maioria absoluta (com um mínimo de 96 votos). Portugal exerceu recentemente o seu primeiro mandato de membro desde órgão entre 2015 e 2017.

Como uma das maiores novidades do Conselho de Direitos Humanos, todos os Estados-membros passaram a estar sujeitos a um mecanismo universal periódico de controlo do respeito pelos direitos humanos a nível nacional, o chamado mecanismo da *Universal Periodic Review* (UPR).

Muitas são as críticas ao funcionamento do sistema de proteção

universal dos direitos humanos das Nações Unidas, da falta de capacidade de implementação coerciva à existência de *double standards* ou de dois pesos e duas medidas. Mas, sem dúvida, a evolução do sistema universal das Nações Unidas de proteção de direitos humanos – quer em termos de criação de normas quer de instituições – é uma alteração fundamental e um dado novo nas relações internacionais dos últimos 70 anos.

Nas últimas sete décadas, o sistema universal de proteção de direitos humanos das Nações Unidas tem sido complementado por diversos sistemas regionais que operam em conexão com as principais organizações regionais, como o Conselho da Europa, a União Europeia, a Organização dos Estados Americanos, a União Africana e a Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN).

Estes sistemas, complementares aos sistemas nacionais de proteção de direitos humanos, foram inspirados também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e consagram, na sua base, o mesmo tipo de direitos. Em alguns casos, estes sistemas regionais são bastante completos e ambiciosos, dispondo inclusive de um tribunal regional de direitos humanos, o que não sucede no plano internacional, como é o caso dos Tribunais Europeu, Americano e Africano dos Direitos Humanos. Estes mecanismos judiciais emitem decisões juridicamente vinculativas, condenando o comportamento dos Estados em violação dos direitos humanos e ordenando reparações onde tal se justifique.

Apesar deste sólido edifício jurídico internacional construído desde 1948, colocam-se hoje – como sempre – vários desafios à proteção internacional dos Direitos Humanos, que serão abordados certamente nas intervenções subsequentes.

Permito-me destacar um, que diria até de natureza mais existencial. Trata-se, no atual clima político internacional, de evitar a regressão do sistema de proteção internacional dos direitos humanos criada desde 1948.

Se a DUDH fosse hoje negociada, infelizmente não estou certa de que teríamos um instrumento tão garantístico e progressista como há 70 anos. Pelo que, momentos como o de hoje, que se destinam a marcar a importância e a longevidade da Declaração Universal, são fundamentais para relembrar e reforçar isso mesmo.

Referências

Glendon, Mary Ann (2001). *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. New York: Random House.

Escameia, P (2003). *O Direito Internacional Público nos Princípios do Século XXI*. Coimbra: Almedina.

Quero ver Portugal na Europa: a Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Abel Campos*^{**}

1. No início dos anos oitenta, uma então jovem banda do que se chamava na altura rock português, cujo nome coincidia com o de uma venerável e centenária autoridade pública, cantava querer ver Portugal na CEE. Hoje, décadas mais tarde, poucos a não ser os especialistas e os mais velhos se lembrarão da Comunidade Económica Europeia, organização que deu origem ao que hoje chamamos União Europeia. Cantavam então os GNR – pois era esse o nome da banda, como facilmente se terá adivinhado – que com Portugal na CEE almejaríamos “tudo aquilo que desejamos” incluindo “um PA p’ras vozes e uma Fender” o que, para uma banda rock da época, significava o cume da sofisticação. Poucos temas representarão tão bem o espírito da época: o sentimento de pertença a uma comunidade e, com ele, a aspiração a melhorar as suas condições de vida, depois de um longo período de obscurantismo, pobreza e autoritarismo.

E, no entanto, em 1982, quando os GNR queriam ver Portugal na CEE, já Portugal estava noutra Europa: a dos Estados Partes na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). É essa outra Europa, a dos direitos e da democracia, que celebramos nos 40 anos da ratificação da CEDH por Portugal.

* Diretor, Secretário de Secção do Tribunal Europeu de Direitos do Humanos

** As opiniões expressas vinculam apenas o autor e não refletem necessariamente a posição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

2. A solução para a Europa do pós-guerra, acabada de sair de um conflito mundial, se levantar dos escombros deixados pelo totalitarismo e pelo fascismo foi intuída por Winston Churchill. Mal o conflito acabava e já o ex-Primeiro-Ministro britânico (tinha entretanto acabado de perder as eleições), em 1946, reclamava a necessidade de criar uma espécie de Estados Unidos da Europa¹. A ideia fez o seu caminho e o seu primeiro resultado prático foi a criação do Conselho da Europa (CdE), em 5 de maio de 1949, não por acaso sediado em Estrasburgo (França), cidade símbolo por excelência, pela sua História atribulada, da reconciliação franco-alemã. A primeira organização europeia tinha como postulado básico que a maneira de evitar uma nova guerra em solo europeu era de criar entre os Estados membros uma forte união baseada em três pilares essenciais: Democracia, Estado de Direito e respeito pelos Direitos Humanos de todos os cidadãos sob a jurisdição desses Estados.

E é no quadro do CdE que o movimento de codificação dos Direitos Humanos, iniciado em 1948 com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, vem a culminar na redação e posterior entrada em vigor da CEDH, em 3 de setembro de 1953.

Como é geralmente indicado pela melhor doutrina (Barreto, 2016), a inovação da CEDH não está tanto na sistematização e catalogação dos direitos e liberdades por ela previstos. O que é, para a época, verdadeiramente revolucionário, é a criação de um sistema judicial de proteção direta dos direitos individuais por um tribunal internacional, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), competente para examinar queixas individuais contra os Estados. Pela primeira vez, o indivíduo passava de objeto a sujeito autónomo de Direito Internacional (Pereira & Quadros, 1993: 381-).

¹ Discurso proferido na Universidade de Zurique em 19 de setembro de 1946. Ver em <http://www.churchill-society-london.org.uk/astonish.html>

3. Este sistema de proteção judicial dos direitos fundamentais instituídos pela CEDH foi evoluindo ao longo do tempo. No fundo, essa evolução acompanhou as mudanças históricas que foram ocorrendo no continente europeu e no Mundo. Com efeito, o CdE dos primeiros anos é, no essencial, o “clube” das democracias ocidentais. Numa Europa dividida, a atividade do CdE vai-se concentrar sobretudo na cooperação intergovernamental. A CEDH tem neste período um impacto moderado na vida dos cidadãos dos Estados membros, que eram aliás ainda um grupo reduzido: ficavam de fora os Estados comunistas na órbita de Moscovo e os regimes ditatoriais e autoritários de Portugal e Espanha.

Com o aprofundamento da integração europeia nas décadas de 1960 e 1970², a CEDH começa a ter maior impacto, por força de uma maior atividade do TEDH. É nesta altura que o TEDH começa a fixar, pela sua jurisprudência, os grandes princípios jurídicos de proteção dos direitos dos indivíduos, sobretudo em matérias processuais: equidade do processo, direitos da defesa, proteção contra as detenções arbitrárias. Estes princípios vão transformar-se paulatinamente em verdadeiros *standards*, a respeitar por qualquer Estado que queira pertencer ao clube das democracias.

4. É justamente nos anos 1970 que chega a chamada terceira vaga de democratização (Huntington, 1991), iniciada em Portugal pela Revolução dos Cravos. Com o advento da democracia e a adoção de uma Constituição aprovada pelos legítimos representantes do povo, escolhidos mediante eleições livres, Portugal adere muito cedo (1976) ao CdE. Quanto à CEDH, após o procedimento interno de ratificação, ela entra em vigor relativamente ao nosso país no dia 9 de novembro de 1978, com o depósito por Portugal dos instrumentos de ratificação.

² Incluindo o desenvolvimento das Comunidades Europeias, que os GNR viriam a celebrar mais tarde.

Para Portugal, naquela fase do crescimento democrático do país, mais importante que o catálogo de direitos fundamentais previstos na CEDH – semelhante aliás ao da Constituição – devidamente rececionados pelo direito interno, foi justamente passar a pertencer a uma comunidade jurídico- cultural e partilhar um acervo de princípios e valores comuns. Ao mesmo tempo, os cidadãos portugueses ganharam a possibilidade de submeter ao TEDH queixas contra o Estado português por violação dos seus direitos fundamentais, protegidos pela CEDH. A importância desse novo mecanismo processual não era despreciada, pois, como a doutrina também explica, a relativa modéstia do número de direitos fundamentais protegidos pela CEDH é compensada pela interpretação dinâmica e evolutiva que desses direitos faz o TEDH na sua jurisprudência. Nesse sentido, estar vinculado à CEDH significa seguir a jurisprudência do TEDH.

5. Naturalmente, para seguir uma jurisprudência é necessário antes de mais conhecê-la. Esse foi, nos primeiros anos de vigência da CEDH em Portugal, o grande óbice a uma melhor e mais eficaz aplicação do texto a que o país se encontrava agora vinculado. Existia indubitavelmente na altura um défice de informação (que, de alguma maneira, ainda perdura) e uma falta ainda maior de formação: quando existiam nos currícula das Faculdades de Direito em Portugal, os Direitos Humanos limitavam-se a ser um capítulo (pequeno) da formação em Direito Internacional Público.

Não será, portanto, de estranhar que os primeiros anos de vigência da CEDH em Portugal tenham sido titubeantes. Não será também surpreendente constatar que os problemas que primeiro foram submetidos à apreciação do TEDH estejam ligados ao atraso endémico do país e à inadaptação de algumas das suas estruturas a uma nova situação. Assim, o aparelho judiciário português teve alguma dificuldade em acompanhar a explosão do contencioso,

provocada em parte pelo novo contexto social do país (Santos *et al*, 1996). Daí os problemas de morosidade processual que o TEDH viria a sancionar repetidamente ao longo dos anos³.

As imperfeições de alguma legislação pós-revolucionária deram igualmente azo, a partir do fim dos anos 1990 e dos anos 2000, a uma série de casos sobre o pagamento atrasado das indemnizações devidas pelas nacionalizações e expropriações no quadro da Reforma Agrária.

Nos anos que se seguiram, existiu igualmente um grupo importante de condenações de Portugal por violação da liberdade de expressão, ligado essencialmente às maneiras divergentes como os tribunais portugueses e o tribunal de Estrasburgo viam – e ainda veem, em certa medida: trata-se de um problema não inteiramente resolvido – a relação entre a proteção da honra e reputação com a proteção da liberdade de expressão e nomeadamente da liberdade de imprensa.

Atualmente, fruto da evolução quer da informação quer da formação de que se falava acima, o contencioso português deixou de se limitar a algumas questões muito específicas e passou a assemelhar-se ao contencioso de outros Estados membros de dimensão similar com quem Portugal partilha tradições jurídicas semelhantes. Os casos submetidos ao TEDH são hoje mais variados, embora com uma incidência especial – o que é comum aos restantes Estados membros – nos problemas ligados ao respeito das garantias processuais (equidade do processo, independência e imparcialidade do tribunal, igualdade de armas, para citar apenas algumas dessas garantias). Refira-se que a

³ O problema da morosidade processual encontra-se, pelo menos do ponto de vista da jurisprudência de Estrasburgo, neste momento resolvido. O aperfeiçoamento dos meios internos que permitem reagir internamente a uma tal morosidade – obtendo a aceleração processual ou uma indemnização pelos danos causados – levaram o TEDH a considerar que o sistema jurídico português é capaz de resolver a questão no seu seio: ver acórdão Valada Matos das Neves c. Portugal, n.º 73798/13, (TEDH, 2015: §§ 68-101) disponível em português em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163422>

formação de julgamento mais importante do TEDH, o tribunal pleno⁴, tem muito recentemente examinado casos apresentados contra Portugal de grande relevância não apenas para o país, mas também para o sistema europeu de proteção dos direitos humanos em geral⁵.

6. Esta celebração – qualquer celebração – não ficaria completa sem referir quem tem contribuído para a afirmação de Portugal no sistema da CEDH. Desde logo os requerentes individuais que por vezes enfrentam circunstâncias difíceis para apresentar as suas queixas em Estrasburgo. Mas também toda a comunidade jurídica portuguesa – incluindo advogados, magistrados e académicos – que têm aplicado e testado o sistema, quer em Portugal (relembre-se que a CEDH é direito interno e que o primeiro juiz da CEDH é o juiz nacional) quer em Estrasburgo. Enfim, correndo o risco de falar em causa própria, reservaria uma palavra para os portugueses que têm trabalhado em Estrasburgo ao longo destes anos: os sucessivos juízes, claro, mas também os funcionários da Secretaria do TEDH⁶.

7. Mas as celebrações – qualquer celebração – também não nos podem deixar cegos ou indiferentes aos problemas. A CEDH enfrenta tempos difíceis. É que o TEDH e a sua organização mãe, o CdE, são também vítimas, como outras organizações, da desconfiança generalizada reservada a qualquer instituição multilateral. As tendências populistas e iliberais, motivadas tantas vezes apenas por ganhos políticos imediatos a nível nacional, são obviamente

⁴ Artigos 26º e 31º da CEDH.

⁵ Em matéria por exemplo de direito à vida em contexto hospitalar, *vide* Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal [GC], (TEDH, 2017), sumário em português disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184988>; ou da proibição da autodefesa em processo penal *vide* Correia de Matos c. Portugal [GC], (TEDH 2018), sumário em português disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184955>.

⁶ Mais informação pode ser encontrada na ficha Portugal preparada pelo TEDH e disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Portugal_ENG.pdf

um problema que terá que ser enfrentado. O TEDH terá que fazer o seu papel. Que é simples e complicado ao mesmo tempo: o de produzir decisões de grande qualidade. Só decisões muito bem argumentadas e motivadas poderão suscitar a adesão da comunidade jurídica e da sociedade civil em geral.

Como qualquer sistema criado pelo Direito Internacional, a CEDH apenas sobreviverá enquanto aqueles que aceitaram a ela estar vinculados – os Estados Partes – o quiserem. Mas os Estados são também – são sobretudo – os cidadãos que os compõem. E são as pessoas que veem a sua vida melhorada por uma melhor e mais eficaz proteção dos direitos fundamentais: da não discriminação das minorias ao direito à privacidade, das garantias processuais à proteção contra escutas ilegais, da proibição da tortura à liberdade de dizer o que se pensa sobre questões de interesse geral.

8. No fundo, pertence às pessoas o direito de dizer, parafraseando os GNR em tempos que já lá vão: quero ver Portugal na Europa.

Referências

Barreto, I. C. (2015). *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina.

Huntington, S. P. (1991). *Democracy's Third Wave*. University of Oklahoma Press: Norman.

Pereira, A. G.; Quadros, F. (1993). *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina.

Santos, B. S. et al, (1996). Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português.

TEDH (2015). Acórdão Valada Matos das Neves c. Portugal, Queixa n.º 73798/13, de 29 de outubro de 2015.

TEDH (2017). *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, Queixa n.º 56080/13. Acórdão de 19 de dezembro de 2017.

TEDH (2018). *Correia de Matos v. Portugal*, Queixa n.º 56402/12, Acórdão de 4 de abril de 2018.

Migrações e Direitos Humanos*

Francisco Alegre Duarte**

Abordar conjuntamente os temas das Migrações e dos Direitos Humanos neste fecho do ano de 2018 é especialmente oportuno, tanto numa perspetiva portuguesa como no contexto global atual.

Em primeiro lugar, porque assinalamos o 70.º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que coincide, no nosso país, com a comemoração dos 40 anos da adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Celebramos as nossas conquistas nacionais em matéria de democracia e direitos humanos num contexto em que tanto a democracia como os direitos humanos correm riscos a nível mundial. E importa frisar que não há direitos humanos plenos sem democracia saudável.

Em segundo lugar, porque foram negociados e recentemente adotados dois documentos fundamentais para uma resposta global à crise migratória - o Compacto para os Refugiados e o Compacto Global para uma Migração Segura, Ordenada e Regular.

Essa crise migratória teve consequências políticas – designadamente na Europa – com alterações profundas no panorama eleitoral e de governo em vários países. As migrações são hoje um tema político que divide sociedades e derruba governos.

Começo por me referir à Declaração Universal e à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um documento que esteve na génese de uma ordem jurídica baseada na dignidade

* Texto adaptado da intervenção de encerramento na Conferência "Migrações e Direitos Humanos – Da experiência do SEF", a 18 dezembro 2018, no âmbito das comemorações do 70.º Aniversário da DUDH e do 40.ª Aniversário da CEDH, agradecendo os contributos de Raquel Chantre e Ana Paula Molina

** Subdiretor Geral de Política Externa e Vice-presidente da Comissão Nacional de Direitos Humanos.

humana. Esta declaração mantém-se no centro do sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas. Apesar de ser um documento de 1948, foi oficialmente publicado em Portugal, no Diário da República, apenas em 1978, já em democracia, constituindo assim um marco depois de quase cinco décadas de ditadura - a mais longa ditadura do ocidente no século XX. Foi também em 1978 que Portugal ratificou a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, acontecimento também de grande significado para a nossa jovem democracia. Este instrumento é fundamental, tanto para a construção europeia, como para a promoção e proteção dos Direitos Humanos. É pioneiro a vários títulos, mas sobretudo pelo facto de instituir um sistema que permite a qualquer pessoa no espaço europeu alargado (ou seja, o espaço dos países que pertencem ao Conselho da Europa), recorrer individualmente, em defesa dos seus direitos, para uma instância judicial internacional – o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos –, comprometendo-se os Estados membros a aceitar e executar as decisões desta instância. O Conselho da Europa desempenhou um papel fulcral na Europa do pós-guerra, tendo contribuído decisivamente para a construção de um espaço onde, apesar de todos os avanços e recuos, se atingiu um nível civilizacional ímpar.

A defesa e a promoção dos Direitos Humanos são uma prioridade, tanto a nível interno como externo. Os dois níveis estão aliás ligados. Portugal defende que a discussão aberta, construtiva, num diálogo crítico entre pares, reforça a promoção e o respeito universal pelos Direitos Humanos.

Portugal irá em breve submeter-se ao seu terceiro Exame Periódico Universal, no âmbito do Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em maio do próximo ano, com o espírito de abertura e transparência que tem caracterizado a nossa posição perante os exercícios de avaliação do desempenho em matéria de Direitos Humanos. Consideramos que a avaliação

externa promove o nosso sentido de exigência na forma como atuamos como Estado, ajuda-nos a corrigir as insuficiências e reforça uma cidadania plena, de acordo com os mais elevados padrões a nível mundial. A melhor forma de termos influência externa em matéria dos direitos humanos é desde logo a de inspirarmos pelo exemplo: aos outros e a nós próprios, num caminho de humildade e aperfeiçoamento constante.

Esta é uma tarefa necessária num contexto mundial em que os direitos humanos deixaram de estar na moda e correm até o risco de regressão. E de onde vêm esses riscos?

A inovação tecnológica será um fator de disrupção terá repercussões muito para além da dimensão económica. Pensemos por exemplo nos desafios da inteligência artificial, não apenas para o mundo do trabalho, mas no tocante aos aspetos éticos das suas múltiplas aplicações. Vamos ter a inteligência artificial ao serviço da investigação e da ação policial? Pode, no limite, a inteligência artificial substituir-se à justiça dos homens (há países em que os juízes já decidem se uma pessoa fica detida na base da proposta de um algoritmo, com base em parâmetros como a condição socioeconómica ou a raça)? E qual o impacto nos comportamentos sociais da onnipresença das câmaras de vigilância com capacidade de reconhecimento facial, como já acontece nalguns países? Como controlar as tentações da manipulação e da censura, mesmo em democracia? Como defender a democracia numa era em que governos e empresas recolhem dados pessoais a uma escala nunca antes vista, sobre praticamente tudo o que fazemos?

No tocante à proteção de dados pessoais - ou seja no equilíbrio entre as condições de cidadão e consumidor - os desafios são imensos. Os dados e os metadados são o ouro da nossa era. As empresas que melhor os manipulam são as que mais crescem. Um exemplo: a Amazon gastou mais no passado em

investigação do que o orçamento total da NASA. Os avanços da economia digital e da inovação tecnológica comportam desafios complexos em termos de produtividade, fiscalidade, inclusão e cidadania. E também nas relações de poder. São já visíveis as alterações dos equilíbrios globais entre Estados e também entre sector público e privado. Veja-se por exemplo o aspeto da fiscalidade - que é um dos pilares fundamentais da democracia - quando atentamos nos impostos ridículos pagos pelas grandes empresas tecnológicas (sobretudo em comparação com a carga fiscal a que são sujeitas as classes médias) e o desmesurado poder económico e político dessas empresas face a governos democraticamente eleitos.

A ordem internacional instituída - sobretudo no que se refere ao seu pilar do multilateralismo, com a ONU no seu centro - está sob pressão. Duas tendências vão ganhando força: (i) a afirmação do pendor unilateral no jogo do grande poder (com a conseqüente tentação de impor a vontade do mais forte, em detrimento de um sistema de regras com justiça e previsibilidade) e (ii) uma crescente lógica de competição pela hegemonia entre as duas maiores potências - a ainda potência dominante (EUA) e a potência emergente (China). Esta competição global já é nítida nos mais diferentes domínios: do comércio às novas tecnologias, incluindo na sua vertente militar. Em causa estará também um confronto entre diferentes modelos de sociedade e de organização política, com olhares muito distintos sobre o significado da liberdade individual e o alcance dos Direitos Humanos.

E a questão mais premente: a crise de confiança na democracia que pode levar à “desconsolidação” da própria democracia, em última análise à “des-democratização”. São muito concretos os sinais de desapontamento dos cidadãos face às instituições democráticas, e isso reflete-se na excessiva polarização política, nos ataques à imprensa livre, na adulteração da dinâmica

do debate público – que pressupõe moderação e diálogo – bem patente nas redes sociais, e na multiplicação de movimentos de protesto inorgânicos, contra as elites políticas e económicas e contra os estrangeiros.

É neste turbilhão, também de crescimento da intolerância e da xenofobia, que devemos gerir um fenómeno estrutural como as migrações.

Longe vão os tempos em que os migrantes europeus eram disputados por países como EUA, Brasil e Austrália. Assim escrevia Eça de Queirós, o diplomata, no relatório que lhe foi encomendado pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros, João Andrade Corvo, em 1874 (1979: 78-80):

“Cada governo procura atrair ao seu solo a riqueza, a força produtiva da emigração, a fecunda clientela do trabalho emigrante por todos os meios – concessões de terras, isenções de impostos, igualdade de direitos civis, tolerância religiosa, etc.”

Fazendo a apologia da emigração, Eça de Queirós argumenta a dado passo no seu Relatório (ibid):

“Ela é a descentralizadora da raça, que, condensando-se nos velhos países, tornando a Europa pletórica, expõe-na às revoluções; (...) ela resolve a questão social pela geografia. Ela estabelece a fusão das raças, cria novos tipos de humanidade e novas originalidades de temperamento. Ela dá ao homem civilizado uma posse mais completa do globo. (...) É uma criadora de ciência e, pelos seus movimentos grandiosos e fecundos, uma força civilizadora da humanidade”.

Por aqui se vê, em termos de perceção política – sobretudo no que respeita às tendências eleitorais – como é flagrante o contraste com os dias de hoje. E tal acontece ainda que esteja mais que provado – nomeadamente em estudos da OCDE – que em anos recentes a imigração contribuiu fortemente para o crescimento económico dos países de acolhimento (destaco o Reino Unido – principal destino da emigração portuguesa - e a Alemanha). Mas o facto é que tem vindo a consolidar-se uma desconexão entre as perceções

políticas sobre o impacto das migrações e a realidade. De país para país foi-se agravando a tendência para deixar de fazer a distinção entre refugiados e migrantes económicos, numa amálgama emocional, em que as migrações se assumem como tema central do debate político. O combate político passou a ser feito numa perspectiva identitária, de reação cultural, dando azo à exploração de sentimentos como o medo e a intolerância. Cresceram os partidos que dão expressão à raiva e ao ressentimento. Nalguns casos torna-se evidente a conjugação da exploração/manipulação de aspetos identitários e da perceção de medo e insegurança – face a uma alegada invasão de migrantes – com os efeitos de uma crise económica continuada, o agravamento das desigualdades e as consequências das políticas de austeridade. Os sentimentos anti-imigração tendem a subir num contexto de degradação dos serviços públicos e incerteza económica. Sem surpresa, os setores sociais mais vulneráveis são aqueles que procuram refúgio no discurso identitário e anti-imigração.

Em vários países os termos do debate foram alterados pelos partidos populistas de extrema-direita – e também por alguns partidos moderados que, por motivos eleitorais, foram a reboque desta agenda. As migrações passaram a ser vistas como uma ameaça à identidade nacional. Esta abordagem implica que as respostas políticas deixam de ser guiadas por considerações de outra ordem, designadamente com base em motivações demográficas e económicas. Países envelhecidos, carentes de gente jovem, disposta a trabalhar e a pagar impostos, optam por limitar a imigração, e isto a prazo traduz-se em menos crescimento económico, colocando novos problemas fiscais e sociais. Uma espiral de descontentamento, que deve ser enfrentada com respostas políticas concretas e um discurso de exigência cívica.

Nestes tempos de incerteza, importa fazer alguma pedagogia e não ceder à intolerância. Recordo as famosas palavras da Declaração Universal dos

Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”. Ou seja, os migrantes, mesmo em situação irregular, continuam a ser pessoas, com a dignidade própria das pessoas e com direitos.

Muitos escolhem migrar para aproveitar oportunidades económicas e melhorar o nível de vida; tantos são obrigados a deixar os seus países em resultado da pobreza, exclusão social, violência e guerras, perseguição, violações dos direitos humanos, xenofobia e degradação ambiental. Alguns recorrem a canais de migração irregular, procurando serviços de traficantes, tornando-se muitas vezes presas destes mesmos traficantes, enfrentando abusos que vão da exploração sexual à remoção de órgãos, num vasto quadro de impunidade. No destino, muitos migrantes e refugiados conseguem viver e trabalhar em segurança e dignidade, mas outros continuam a sofrer violência, discriminação, racismo e exploração laboral.

Abro aqui um parêntesis para lembrar que Portugal é um país de emigração. Como explicava Joel Serrão na sua obra de referência sobre a emigração portuguesa (1982), ao longo da nossa história a emigração constituiu sempre “uma válvula de escape para a manutenção de um sistema social tradicional e tradicionalizante”. Em anos recentes, no período mais agudo da crise, tivemos uma vaga migratória comparável aos anos 60 do século XX. Saíram centenas de milhares de pessoas. Não emigraram só os mais pobres. Partiram os mais inconformados e muitos dos nossos jovens qualificados - formados em universidades públicas portuguesas, com dinheiro dos nossos impostos, foram ajudar ao desenvolvimento económico de outros países, pagando ali impostos e contribuições para a segurança social dos países de acolhimento. Felizmente registou-se recentemente uma diminuição do número de portugueses que emigram, fruto da recuperação económica e da criação de emprego.

O acompanhamento e a valorização das Comunidades Portuguesas é um dos eixos fundamentais da nossa política externa. Não poderia ser de outra forma, quando temos mais de 20% da nossa população emigrada. Para além do apoio consular, que se tornou mais exigente e complexo (com um recurso cada vez maior a ferramentas tecnológicas, a fim de aproximarmos os nossos serviços das necessidades dos portugueses que vivem no estrangeiro), o objetivo fundamental continua a ser o de contribuir para o bem-estar e segurança das nossas comunidades, promovendo a sua boa integração nos países de acolhimento, além da preservação da sua ligação a Portugal. Nesta dupla dimensão – integração nos países de acolhimento e ligação a Portugal – os nossos emigrantes são na sua grande maioria um caso de sucesso.

Fecho este parêntesis sublinhando dois pontos: (i) tal como para outros países, em Portugal os fluxos migratórios foram sempre um indicador dos nossos bloqueios, como país, em termos económicos, sociais, políticos e culturais; e (ii) Portugal está obrigado a ter nesta matéria uma abordagem positiva, com um equilíbrio sensato entre generosidade e responsabilidade, na medida das nossas possibilidades, relativamente à capacidade de integração, e de um necessário consenso político e social.

As migrações são um fenómeno que teremos de gerir nas próximas décadas, atendendo às pressões demográficas (nomeadamente em África), às alterações climáticas, à instabilidade violenta em diversos países e ao fosso das desigualdades económicas à escala global. As respostas políticas têm de ser definidas em sede multilateral, numa lógica de responsabilidade partilhada. A recente adoção dos Compactos Globais para os Refugiados e para as Migrações é a expressão dessa necessidade.

São conhecidas as divisões na UE em matéria de migrações. E nesse quadro importa sublinhar a clareza da posição de Portugal, havendo três elementos prioritários que deverão continuar a moldar essa clareza: (i) a defesa

das fronteiras contra a imigração ilegal e o tráfico de seres humanos; (ii) uma política de integração que favoreça a reunião familiar, o enquadramento laboral e o respeito pelas leis e valores europeus, combinando assim acolhimento e responsabilização; e (iii) o apoio aos fluxos legais e regulares como única alternativa às migrações irregulares.

O Compacto Global para os Refugiados, adotado através de uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, em novembro, constitui um importante passo para o reforço da solidariedade internacional e partilha de responsabilidades quanto à questão dos refugiados. Entre os seus principais objetivos destacam-se o alívio da pressão nos países de acolhimento; a melhoria da autonomia dos refugiados; o alargamento do acesso a soluções em países terceiros; e o reforço das condições nos países de origem para um retorno em segurança e dignidade.

A adoção no passado dia 10 de dezembro, Dia Internacional dos Direitos Humanos, em Marraquexe, do Compacto Global para uma Migração Segura, Ordenada e Regular, por 164 Estados Membros da ONU, incluindo Portugal, deverá marcar o início de um novo período de gestão global das migrações, guiada por princípios que promovem a paz, a segurança, a tolerância, o desenvolvimento sustentável e o respeito pelos Direitos Humanos.

Como referido pelo Secretário-geral das Nações Unidas (Guterres, 2018), o Compacto Global para uma Migração Segura, Ordenada e Regular “não visa estabelecer um novo direito à migração (...) mas sim, o direito pelo respeito dos direitos humanos dos migrantes”, procurando através de 23 medidas concretas garantir o respeito pelos direitos humanos dos migrantes e o desenvolvimento de estratégias que assegurem a sua plena integração nas sociedades de acolhimento. Importa sublinhar que o Compacto estabelece uma clara diferenciação dos conceitos de migrante e refugiado, bem como de migração legal e ilegal/irregular.

Portugal tem também desempenhado um papel ativo no acolhimento de migrantes e refugiados, numa expressão concreta de solidariedade, tanto para com os migrantes como para com países terceiros, superando as suas obrigações europeias e internacionais. Importa a este respeito salientar a excelente colaboração que tem existido entre o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras e o MNE, em especial no tocante à reinstalação de refugiados (nomeadamente através das missões de seleção), e também louvar o empenho dos efetivos do SEF na prossecução das suas missões (designadamente o controlo das pessoas nas fronteiras, dos estrangeiros em território nacional, a prevenção e o combate à criminalidade relacionada com a imigração ilegal e tráfico de seres humanos), que são cruciais para a segurança de Portugal.

A adoção dos Compactos é, contudo, apenas o começo de um processo que levará, espera-se, a uma melhor partilha de responsabilidades sobre as migrações a nível global. As causas dos problemas estão identificadas. Neste ponto, que é o essencial, pouco mudou relativamente ao diagnóstico de Eça de Queirós: haverá quem emigre em busca de melhores oportunidades, mas a principal força motriz das migrações continua a ser a miséria – não apenas a miséria económica, mas a miséria humana nas suas múltiplas dimensões. Ora, da mesma forma que a pobreza não se resolve pela eliminação dos pobres, também as migrações não se resolvem através da “eliminação” dos migrantes e dos refugiados. Para gerir as migrações com humanidade é necessária vontade política à escala global, dos países de origem e trânsito aos países de acolhimento.

Portugal continuará empenhado, tanto a nível interno como externo, na procura de soluções solidárias para a crise migratória e de refugiados, contribuindo para a redução do sofrimento dessas pessoas e para a garantia dos seus direitos.

Referências

Guterres, A. (2018). *Secretary-General's remarks*. Speech presented at Intergovernmental Conference to adopt the Global Compact for Migration, New York 18th December. Disponível em: <https://bit.ly/2TWkKxv> (consultado em 18/12/2018).

Queiroz, J. E (1979). *A Emigração como força civilizadora*. Lisboa: Perspectiva & Realidades

Serrão, J. (1982). *A Emigração Portuguesa: Sondagem Histórica*. Lisboa: Livros Horizonte.

A Convenção Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: um modelo na garantia de proteção dos Direitos Humanos

Liliana Miranda

Sumário. O número de instrumentos internacionais destinados a proteger os direitos humanos assume, hoje, uma quantidade em tempos inimaginável. Cumprir a letra daqueles instrumentos e atribuir uma verdadeira efetividade à proteção dos direitos humanos são, na atualidade, os grandes desafios que se colocam à comunidade internacional. Perante esta impressão, propomo-nos a proceder a uma breve análise do sistema de garantia de proteção dos direitos humanos consagrado na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e respetivos Protocolos, para respondermos à questão: será que aquela Convenção e o seu sistema jurisdicional podem ser um modelo na garantia de proteção dos direitos humanos?

1. Em 5 de maio de 1949, dez estados europeus, persuadidos pela convicção de que a consolidação da paz se funda na justiça e na cooperação internacional, reuniram-se para assinar o Tratado de Londres, ato institutivo do Conselho da Europa (Cde), organização que hoje reúne quarenta e sete estados em tomo do reconhecimento do "princípio do primado do direito e do princípio em virtude do qual qualquer pessoa colocada sob a sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais"¹. O CdE estaria, desde a sua génese, vocacionado para a proteção dos direitos fundamentais no seu espaço geográfico (regional) - um dos meios, aliás, para alcançar a sua finalidade de uma união mais estreita entre os seus membros -, vocação logo materializada na elaboração de um catálogo de direitos e liberdades, sob a designação da célebre Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). Assinada em novembro de 1950, entraria em vigor em 1953, tendo sido completada, até à data, por dezasseis Protocolos.

¹ Art. 3º do Estatuto do CdE, que estabelece as condições para poder ser membro desta organização (1949).

Para além da carta de direitos e liberdades fundamentais, a CEDH determinou como estes seriam garantidos e respeitados pelas partes, tendo criado, para o efeito, um sistema à data revolucionário - porquanto, a comunidade internacional orientava-se sobretudo pela proclamação internacional dos direitos humanos, veiculada na Declaração de 1948, e que não previa qualquer mecanismo de proteção para lhe dar cumprimento - que incorporava o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), criado em 1959.

Ao longo de mais de sessenta anos de vigência, a CEDH foi sendo objeto de várias alterações e aditamentos, através dos seus Protocolos que ora ditaram novos direitos, ora introduziram modificações na competência, na estrutura e no funcionamento dos seus órgãos de controlo, fazendo deste sistema (regional) de proteção dos direitos humanos um dos mais eficazes na cena internacional.

Desde logo, importa ter presente que estamos perante um sistema de garantia jurisdicional de proteção de direitos humanos, cujos elementos estruturantes incluem a legitimidade processual ativa por parte dos particulares, a existência de sentenças com força obrigatória e vinculativa e a aplicação de sanções (sob a forma de reparação razoável). O modelo de controlo da CEDH vigente é fruto da vontade dos estados membros do CdE em transformar um sistema inicialmente misto (com poderes atribuídos não somente ao Tribunal, mas igualmente a dois órgãos políticos) num de carácter exclusivamente jurisdicional, colocando-o na vanguarda da proteção dos direitos e liberdades fundamentais.

2. Recuemos há vinte anos quando, em novembro de 1998, entrou em vigor o Protocolo nº 11. Consigo trouxe reformas significativas, incluindo a extinção da Comissão Europeia dos Direitos do Homem (então responsável

por se pronunciar sobre a admissibilidade das queixas e pela elaboração de pareceres sobre a violação da CEDH) e do poder do Comité de Ministros para decidir sobre violações da CEDH não submetidas ao Tribunal de Estrasburgo, pondo cobro ao caráter híbrido que caracterizava o sistema desde a sua origem. Um novo TEDH, único, permanente e com jurisdição obrigatória, postulando um novo paradigma e um sistema cabalmente jurisdicional, veio reforçar a efetividade da proteção dos direitos humanos. Mas o Protocolo nº 11 trouxe igualmente melhorias como a supressão das cláusulas facultativas de aceitação do direito de petição individual (passando os indivíduos a apresentar queixa direta ao Tribunal, esgotadas, naturalmente, todas as vias de recurso internas) e das cláusulas facultativas de jurisdição obrigatória do TEDH (que limitavam então o alcance das suas decisões) (Martins, 2006: 256-257).

Se é certo que o Protocolo nº 11 imprimiu forçosamente uma melhoria neste sistema regional, também o é que o crescente número de petições e processos pendentes decorrentes do acesso direto dos indivíduos ao Tribunal, a par do aumento do número de estados membros do CdE², acabaria por congestionar o TEDH, perigando a sua eficiência e credibilidade. Para que o Tribunal continuasse a desempenhar o seu papel de relevo na garantia da proteção dos direitos humanos, este teve de se reinventar. Um novo Protocolo- Protocolo n.º 14, em vigor desde 2010- veio reforçar a capacidade de filtração do Tribunal (veja-se a criação da figura do juiz singular, com competência para declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar petições), criar um novo critério de admissibilidade (assente na noção de prejuízo significativo, que voltaria a ser revisto pelo Protocolo n.º 15) e medidas para responder a casos repetitivos (decididos por um Comité de três juízes),

² Processo que se acelerou após a desintegração da ex-União Soviética.

permitido a sua concentração nos casos mais importantes (Martins, 2006: 265).³

Animados pelo mesmo ímpeto reformador e busca de soluções para agilizar o funcionamento do Tribunal, capazes de melhorar a sua resposta a casos de violações de direitos humanos, as partes da CEDH passaram a ter, em 2013, dois novos Protocolos para ratificação: os Protocolos nº 15 e nº 16. O primeiro vem, nomeadamente, reforçar o carácter subsidiário do sistema, afirmando, no preâmbulo, que incumbe em primeiro lugar às partes, em conformidade com aquele princípio, garantir o respeito dos direitos e liberdades previstos na Convenção e respetivos Protocolos, gozando, para o efeito, de uma margem de apreciação sob o controlo do TEDH. Com o Protocolo nº 16, em vigor desde agosto último, o Tribunal de Estrasburgo passa a dar pareceres sobre a interpretação da CEDH e respetivos Protocolos a pedido das altas instâncias jurisdicionais dos seus estados membros, esperando-se daqui um decréscimo do número de processos que hoje sobrecarregam o Tribunal.

3. Para além dos sucessivos Protocolos que vieram introduzir uma melhoria no sistema da CEDH, a eficácia do TEDH na garantia da proteção dos direitos humanos está, também, associada à questão delicada - e incontornável na sua análise - da execução das suas sentenças, tema caro ao direito internacional. Antes de mais, porque a execução de decisões de tribunais internacionais pelas partes requer a vontade expressa dos estados

³ Foi também este Protocolo que veio estabelecer a possibilidade de a UE aderir à CEDH, questão não aqui abordada, porquanto dada a sua relevância e complexidade mereceria uma análise autónoma. A ausência do número de ratificações necessárias (abertas desde o ano de 2004) para a sua entrada em vigor (leia-se, dificuldades russas) acabou por exigir uma medida transitória destinada a resolver celeremente o problema da pendência de processos no Tribunal, então materializada através do Protocolo nº 14bis. Este Protocolo retomou, de modo simplificado, o Protocolo nº 14, tendo vigorado provisoriamente entre 2009 e 2010, até à entrada em vigor do Protocolo nº 14.

soberanos não só para aceitar a autoridade das suas decisões, mas, também, para dar cumprimento às obrigações estabelecidas nos acórdãos em que estão envolvidos. Facto que acarreta, inevitavelmente, um conjunto de desafios, por vezes de difícil (quando não inexistente) resolução, desde logo sobre os meios a empregar para forçar os estados partes a cumprir as decisões das instâncias jurisdicionais internacionais.

Efetivamente, no TEDH, e parafraseando Maria J. Pires (2006: 825-832),

"a boa execução dos acórdãos é a pedra angular e o valor fundamental da efetividade do sistema europeu de proteção dos direitos do homem. O princípio de boa-fé do direito internacional reveste-se aqui de importância crucial, que se manifesta aliás no próprio reconhecimento automático da competência do Tribunal."

Por isso mesmo, durante décadas, esta fora uma questão menor, porquanto os "estados conformavam-se com o teor das sentenças e punham em prática as medidas concretas necessárias ao seu cumprimento", normalidade apenas interrompida em finais da década de noventa, com alguns casos turcos que vieram alterar as boas práticas então existentes.

Mas a reação não tardou: no caso do TEDH, o Comité de Ministros é o órgão responsável por velar pela execução das sentenças proferidas pelo Tribunal. É, por outras palavras, o guardião e supervisor da execução daquelas sentenças, poderes que acabariam por lhe ser reforçados pelo Protocolo nº 14, com a atribuição de novas competências para: (i) submeter ao TEDH qualquer questão relativa à interpretação de uma sentença definitiva que esteja a dificultar a supervisão da sua execução; (ii) e qualquer questão sobre o cumprimento das sentenças quando um estado se recusa a respeitar uma sentença definitiva num litígio em que seja parte; (iii) para além de apreciar as medidas a tomar depois de o TEDH ter concluído que não foram respeitadas as suas sentenças definitivas. Procurou-se, com este reforço de

poder, disciplinar o comportamento de estados mais insubordinados, através de meios de pressão política que só este órgão (executivo e político) do CdE - com competências para suspender ou expulsar as partes da organização que não reconheçam os seus princípios e valores fundadores⁴ - poderá melhor exercer.

4. Este mecanismo regional de proteção de direitos humanos pode não dispor de sanções específicas para aplicar aos estados prevaricadores - ao contrário do que sucede com o Tribunal de Justiça da UE, que se pode socorrer de multas pesadas, embora estejamos aqui perante uma organização de carácter supranacional, em contraponto à natureza intergovernamental que rege o CdE -, mas cremos que a evolução do sistema consagrado na CEDH e seus Protocolos deram um franco contributo para a garantia das normas de direitos humanos (mesmo sem a existência de um meio jurídico coercivo para forçar a implementação das decisões do seu órgão jurisdicional).

Atente-se na originalidade deste sistema de justiça especializada, vocacionada exclusivamente para reconhecer a qualquer pessoa dependente da jurisdição das suas partes os direitos e liberdades definidos num catálogo de direitos fundamentais: analisa não só violações das disposições da CEDH e seus Protocolos submetidas pelos estados signatários, mas, igualmente, petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação daqueles direitos, por parte de qualquer estado signatário. Poderemos hoje pensar nestes elementos enformadores da CEDH como banais, mas tenhamos presente que há tão-só duas décadas a possibilidade de um indivíduo se dirigir diretamente ao órgão jurisdicional para fazer proteger os seus direitos deixou de lhe estar

⁴ O Comité de Ministros pode igualmente fazer uso da publicação de Resoluções, poderoso veículo para recorrer à pressão (e sanção) da opinião pública.

vedada. Mais: esta é uma possibilidade apenas existente nas quarenta e sete jurisdições dos estados partes da Convenção.

Numa análise comparativa, recorde-se que, na esfera onusiana, imperam mecanismos de controlo dos diversos instrumentos universais de direitos humanos sem qualquer natureza jurisdicional - como os relatórios periódicos, comunicações interestaduais e comunicações individuais - por vezes, de mera natureza facultativa e, porquanto, de efetividade reduzida. Mesmo a existência do Tribunal de Justiça Internacional não oferece melhores soluções: não só não tem competência especializada em direitos humanos, como apenas os estados gozam de legitimidade processual ativa. O mecanismo do CdE tem sido, pois, uma referência inquestionável em matéria de (maior garantia de) proteção dos direitos humanos, posicionando-se inclusivamente como um modelo inspiracional a nível regional.

Com efeito, a Convenção Americana dos Direitos Humanos⁵ e os seus sistemas de controlo foram decalcados da CEDH: a sua Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu Tribunal Interamericano de Direitos Humanos foram influenciados pelo modelo misto que então caracterizava o sistema da CEDH até à vigência do seu Protocolo nº 11.

No caso africano, a criação de um tribunal foi rejeitada aquando da aprovação⁶ da Carta dos Direitos Humanos e dos Povos, ideia que só seria retomada quase vinte anos depois, com a adoção, em 1998, do Protocolo que criou o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e do Povo (em vigor desde 2004), completando o papel da Comissão Africana dos Direitos Humanos, único órgão de controlo originalmente previsto⁷. É certo que estes sistemas

⁵ Aprovada em 1969 e em vigor desde julho de 1978.

⁶ Em 1981.

⁷ O Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos deverá ser fundido com o Tribunal de Justiça Africano, conforme resulta do Protocolo Relativo aos Estatutos do Tribunal Africano de Justiça e dos Direitos Humanos, adotado em 2008, embora apenas ratificado, até à data, por seis estados partes; facto que não impediu a adoção, em 2014, de um novo Protocolo (sem

ainda padecem de algumas fragilidades já ultrapassadas na CEDH - casos da sua natureza mista político-jurisdicional e das cláusulas facultativas de aceitação do direito de petição individual -, mas também o é que aqui há um avanço temporal, que terá favorecido, mais cedo, uma melhoria e amadurecimento do mecanismo do CdE.

Ademais, a autoridade reconhecida do Tribunal e o compromisso dos estados em aceitar as suas decisões, em concreto as que decorrem de queixas individuais, fizeram deste sistema jurisdicional europeu de proteção dos direitos do homem um modelo. Alguns dos seus elementos mais positivos têm-se traduzido em: (i) reformas legislativas ou regulamentares empreendidas pelos estados para cessar e evitar violações dos direitos humanos; (ii) o efeito dos acórdãos que, nos termos da jurisprudência do Tribunal, devem ser tidos em conta pelos demais estados partes, de modo a adaptarem a sua ordem jurídica e práticas administrativas às normas da Convenção, tal como são interpretadas pelo TEDH; (iii) jurisprudência dinâmica que permitiu alargar "substancialmente o âmbito dos direitos inscritos na CEDH"; e um (iv) "contencioso de massas" que prevê a adoção de medidas de carácter geral para evitar petições análogas (Pires, 2006: 825-828).

5. Ora, num mundo que propala a proteção dos direitos humanos, mas cujos mecanismos para a sua garantia são ainda incipientes (como tão claro nos resulta dos mecanismos de controlo universais), a CEDH e os seus Protocolos adicionais, visando melhorias no seu sistema de proteção, vieram alavancar, a nosso ver, uma maior efetividade no sistema de proteção dos direitos humanos, atribuindo ao TEDH um papel de liderança. Afigurando-se de difícil envergadura a concretização de um sistema jurídico especializado na

qualquer ratificação, até ao momento), desta sobre as alterações ao Protocolo de 2008, alterando-se a designação do Tribunal para Tribunal Africano de Justiça, dos Direitos Humanos e dos Povos.

proteção dos direitos humanos a nível internacional, é, pois, a nível regional onde melhor podemos elevar as nossas expectativas quanto à sua efetiva proteção.

Não sendo um sistema perfeito, é, contudo, um sistema que soube imprimir uma nova ordem (regional e jurisdicional) na proteção dos direitos humanos, e ao qual, naturalmente, Portugal também se quis logo associar no pós 25 de abril, processo que ficaria concluído em 1978, permitindo significativas melhorias em matéria de liberdades fundamentais, como nos ilustram os processos relacionados com demoras processuais nas instâncias jurisdicionais nacionais. Volvidos mais de sessenta anos de vigência, é um caso de sucesso, cujos acórdãos do Tribunal de Estrasburgo podem abranger mais de oitocentos milhões de pessoas, mas, também, cujo modelo, gozando de reconhecimento e prestígio internacional, tem servido de inspiração para outras soluções regionais que poderão contribuir, paulatinamente, para a sua universalização.

Referências

Conselho da Europa (1990). *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* [e respetivos protocolos], de 4 de novembro de 1950. Estrasburgo: Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Disponível em <https://bit.ly/2JE3ymH> (consultado em 30/09/2018).

Conselho da Europa (1990). Estatuto do Conselho da Europa, de 03 de agosto de 1949. Estrasburgo: Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Disponível em <https://bit.ly/2Udd0qi> (consultado em 12/12/2018).

Martins, A. M. G. (2006). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina

Organização de Estados Americanos (1969). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969 Disponível em <https://bit.ly/29HCHYS> (consultado em 30/09/2018).

Organização de Estados Americanos (1990). *Protocolo á Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte*, de 8 de junho de 1990. Disponível em <https://bit.ly/2WwTxyp> (consultado em 30/09/2018).

Organização de Estados Americanos (1999). *Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Económicos, Sociais e Culturais* (Protocolo de San Salvador), de 16 de novembro de 1999. Disponível em <https://bit.ly/2UXdIoN> (consultado em 30/09/2018).

Pires, M.J.M. (2006). *Exceção dos Acordos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – O protocolo nº 14 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. In Miranda, J. Separata de Homenagem ao Professor Doutor André Gonçalves Pereira.* Lisboa: FDUL.

União Africana (1981). *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.* (Carta de Banjul), CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58, de 27 de junho de 1981. Disponível em <https://bit.ly/2HZGuBz> (consultado em 30/09/2018).

União Africana (1981). *Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre o Estabelecimento do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, 10 de junho de 1998.* Disponível em <http://www.achpr.org/pt/instruments/court-establishment/> (consultado em 30/09/2018).

União Africana (2008). *Protocolo Relativo aos Estatutos do Tribunal Africano de Justiça e dos Direitos Humanos e Protocolo sobre as Alterações ao Protocolo Relativo ao Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos,* de 1 de julho de 2008. Disponível em <https://tinyurl.com/y4tzelrg> (consultado em 30/09/2018).

União Africana (2014). *Protocolo sobre as Alterações ao Protocolo Relativo ao Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos,* de junho de 2014. Disponível em <https://tinyurl.com/yyp6msc3> (consultado em 30/09/2018).

O papel do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas na proteção do ser humano

Sónia Roque* e Maria Francisca Saraiva**

Sumário. A institucionalização do Conselho de Direitos Humanos foi um dos resultados do processo de remodelação institucional levado a cabo pelas Nações Unidas, no sentido de dar uma resposta mais eficaz aos desafios mundiais de proteção dos direitos humanos. Neste artigo analisamos os antecedentes da institucionalização do Conselho. Fazemos também uma descrição dos seus princípios e métodos de trabalho, de forma a tornar perceptível o trabalho deste órgão na área da proteção do ser humano. Por fim, tecemos algumas considerações sobre o trabalho do Conselho. As autoras argumentam que os métodos de trabalho do Conselho e o processo de tomada de decisão refletem algumas oportunidades e enfrentam desafios ao tentar lidar com as diferentes perspetivas dos atores no seio do Conselho.

Palavras-chave: Conselho de Direitos Humanos, proteção, ser humano, direitos humanos.

O Conselho de Direitos Humanos

Base para a sua constituição

As expectativas sobre a reforma das Nações Unidas desde a sua constituição em 1945, como salienta Murthy (2007: 39), foram sendo atenuadas devido a pontos de vista divergentes entre os Estados-membros. A exceção a esta tendência foi o estabelecimento da Comissão de Consolidação da Paz e o Conselho de Direitos Humanos (CDH). Estes dois novos órgãos proporcionaram o primeiro exercício efetivo de reformas de natureza intergovernamental das Nações Unidas no sentido de fazer cumprir o seu mandato de manutenção da paz e da segurança internacionais através dos três pilares estabelecidos na Carta das Nações Unidas (CNU): paz, segurança e direitos humanos (DH) como consta do seu artigo 1º.

* Doutoranda na FEUC-CES, Bolseira da FCT.

** Professora Auxiliar no ISCSP/Universidade de Lisboa.

Sob um ponto de vista construtivista, o processo negocial e o estabelecimento do próprio CDH denotam a influência que os agentes podem ter na estrutura das Nações Unidas através das suas concepções ideacionais (Ruggie, 1998; Wendt, 1995) e de como a estrutura pode também influenciar ou condicionar os agentes (Giddens, 1979). O papel do Secretário-Geral das Nações Unidas (SGNU), tal como o dos peritos por si designados e a posição dos Estados-membros responsáveis pela tomada de decisão é central em todo o processo, uma vez que estamos perante um processo de cariz intergovernamental.

O CDH, designado neste artigo por Conselho, foi instituído pela Assembleia-Geral das Nações Unidas (AGNU) através da Resolução A/RES/60/25 () adotada a 15 de março de 2006. O Conselho substituiu a Comissão de Direitos Humanos (aqui designada por Comissão) que vinha sendo alvo de diversas críticas, em especial a crescente politização que afetou de forma acentuada o seu funcionamento e capacidade de responder de forma atempada e eficaz às graves violações dos DH (Davies, 2010).

Este processo de remodelação institucional e reforço da componente de DH no seio da Organização das Nações Unidas (ONU) colocou o foco na proteção do ser humano.

No Relatório do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudança de dezembro de 2004 “*A more secure world: our shared responsibility*” (A/59/565), bem como no Relatório do próprio Secretário-Geral Kofi Annan “*In larger freedom: towards development, security and human rights for all*” (A/59/2005 de março de 2005), reafirmou-se claramente a importância crucial dos DH para a paz e a segurança internacionais.

O SGNU Kofi Annan lembrou o seu discurso à AGNU em setembro de 2003 que esteve na base da constituição do Painel de Alto Nível. Neste discurso (A/59/565: 1) chamava a atenção para o facto de se estar a enfrentar

um momento decisivo para as Nações Unidas e, em particular, para a concretização das aspirações estabelecidas na CNU. Este desafio devia-se em especial à natureza das ameaças atuais e à necessidade de as enfrentar, o que seria possível apenas tornando a ONU mais eficaz.

Com este intuito, o SGNU (A/59/565: 2-3) recomendou alterações à Comissão de Direitos Humanos no sentido de restabelecer a credibilidade e eficácia dos mecanismos de DH da ONU, relembrando, não obstante, o seu trabalho inestimável no desenvolvimento de normas e padrões internacionais de DH.

O SGNU (A/59/2005: 45) considerou no essencial que a Comissão deveria ser substituída por um Conselho de Direitos Humanos para que a ONU cumprisse a sua missão de proteção e promoção dos DH correspondente ao primado dos DH na CNU.

No Relatório do Painel de Alto Nível de 2004 (A/59/565: 91) recomendava-se já que a longo prazo os Estados-membros deviam considerar a atualização da Comissão transformando-a num “Conselho de Direitos Humanos”, que não seria um órgão subsidiário do Conselho Económico e Social, mas um órgão da Carta. Isto refletiria o crescente peso atribuído aos DH, a par das questões económicas e de segurança.

O Relatório do SGNU Kofi Annan de 2005 surgiu na sequência do Relatório do Painel de Alto Nível de 2004 e do acompanhamento dos resultados da Cimeira do Milénio de 2000 onde se debateram todas as questões económicas e sociais.

Na adenda a este Relatório (A/59/2005/Add.1: 1), o Secretário-Geral apresentou a sua proposta de funcionamento do CDH, considerando que o seu estabelecimento refletiria em termos concretos a importância cada vez maior dos DH. A modernização da Comissão, transformando-a num Conselho de pleno direito, elevaria, em sua opinião, os DH à prioridade que lhe era

conferida na CNU e ajudaria a superar alguns problemas crescentes de percepção e de substância.

Considerou que o CDH deveria (A/59/2005/Add.1: 2) ser um órgão permanente, capaz de se reunir regularmente e a qualquer momento para lidar com crises iminentes e permitir atempadamente a consideração de questões de DH. Os seus membros deviam ser eleitos diretamente pela AGNU. Esta inovação tornaria os membros do Conselho mais responsáveis em matéria de DH e o corpo mais representativo, conferindo também maior autoridade ao CDH.

Além das funções e responsabilidades da Comissão, foi estipulado que o CDH deveria aperfeiçoar ou alterar os seus mecanismos e procedimentos de acordo com os seus próprios termos de referência. Este ponto também se referia à sua agenda e métodos de trabalho, tendo em consideração a complementaridade com outros órgãos de DH da ONU. Não obstante, o Conselho deveria ter autoridade para recomendar medidas políticas a outros órgãos das Nações Unidas que poderiam ajudar no processo de implementação (A/59/2005/Add.1: 3-4).

Foram, deste modo, no processo de reforma da Comissão, levadas a cabo consultas informais abertas. O objetivo dessas consultas (A/59/847-E/2005/73: 5) foi refletir sobre as recomendações contidas no Relatório do Secretário-Geral (A/59/2005 e Add.1-3) e demais planos de ação apresentados, com vista a contribuir para as deliberações intergovernamentais sobre as reformas propostas na AGNU. Nestas consultas participaram os Estados-membros da ONU, Estados observadores, agências especializadas da ONU, Organizações Internacionais, instituições nacionais de DH e Organizações Não-Governamentais (ONG).

No geral (A/59/847-E/2005/73: 6), foi reconhecido que a reforma do mecanismo de DH deveria ser ancorada e realizada no âmbito do processo

geral de reforma das Nações Unidas. A este respeito, todas as delegações afirmaram a importância de integrar os DH nas atividades da Organização e a centralidade dos DH no seu sistema. Foi feita referência à inter-relação entre os DH, o desenvolvimento e a segurança, como enfatizado fortemente no Relatório do Secretário-Geral. Foi também feita referência à universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação de todos os DH como um princípio orientador de qualquer processo de reforma.

A proposta de elevar o estatuto da Comissão foi apoiada por muitas delegações como um meio de refletir concretamente a centralidade das questões de DH no sistema das Nações Unidas, não obstante algumas recearem o descurar de outras questões importantes como o desenvolvimento. Também se levantaram dúvidas sobre se o novo órgão proposto superaria efetivamente ou evitaria as deficiências percebidas da Comissão (A/59/847-E/2005/73: 5).

O novo órgão de DH proposto deveria estar em posição de discutir qualquer assunto ou situação relacionada com a promoção e proteção dos DH, num contexto de inter-relação entre todos os DH como defendido desde o início do processo (A/59/847-E/2005/73: 7).

A Cimeira de 2005 que se seguiu a estes debates teve o mérito de tornar consensual que os Estados têm a obrigação de proteger as suas populações do genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade que inclui a componente de prevenir tais crimes. A comunidade internacional deveria auxiliar os Estados e a ONU nestas funções (A/RES/60/1: 30).

Esta componente da responsabilidade de proteger tornou-se central na proteção do ser humano na ONU e nas suas diversas instituições, das quais destacamos o trabalho do CDH.

Em relação ao nosso objeto de estudo, na Cimeira foi decidido criar um CDH no sentido de fortalecer ainda mais o sistema de DH das Nações Unidas (A/RES/60/1: 33). Decidiu-se que o CDH seria responsável por promover o respeito universal pela proteção de todos os DH e liberdades fundamentais para todos, sem distinção; que deveria abordar situações de violação dos DH, incluindo infrações graves, e fazer recomendações sobre as mesmas. Deveria também promover uma coordenação eficaz e a integração dos DH dentro do sistema da ONU.

Exortou-se, deste modo, a AGNU a estabelecer num curto espaço de tempo o mandato deste órgão, o que ocorreu através da Resolução A/RES/60/251 a 15 de março de 2006.

De salientar, em relação a este ponto, que não obstante o acordo em relação à importância de fortalecer os mecanismos de DH da ONU e à necessidade de instituir um CDH, a A/RES/60/251 que teve por base a proposta A/60/L.48 não foi consensual.

Por solicitação dos Estados Unidos da América (EUA) o projeto de resolução A/60/L.48 “Conselho de Direitos Humanos” que deu origem à resolução A/RES/60/251 foi sujeito a votação. Este projeto foi aprovado por 170 votos a favor, 4 contra (Israel, Ilhas Marshall, Palau, Estados Unidos da América), com 3 abstenções (Bielorrússia, Irão, Venezuela) (GA/10449), o que denota que as reticências em relação ao papel do CDH não tinham sido superadas.

As objeções apresentadas pelo Embaixador dos EUA John Bolton (GA/10449) tiveram por base o facto de considerar que a resolução não foi longe o suficiente para excluir alguns dos piores violadores de DH do mundo do novo corpo. Deste modo, não estavam dispostos a aceitar um compromisso que não sabiam se seria melhor que o seu antecessor.

Estas reticências iniciais culminaram na saída dos EUA, em 2018, do CDH, embora com o compromisso de continuar a promover os mais altos padrões de DH (BBC, 2018). Não obstante a saída como Estado-membro, devemos lembrar que os EUA continuaram a fazer parte dos processos e mecanismos do Conselho. Isto deve-se ao facto de todos os 193 Estados-membros da ONU estarem inseridos no mandato do Conselho de promover e proteger todos os DH em todo o mundo e de analisarem as decisões e resoluções deste órgão na AGNU.

Ao apresentar formalmente o projeto de resolução A/60/L.48, Jan Eliasson (Suécia), Presidente da AGNU, disse (GA/10449) que o texto estava em conformidade com o mandato dado à AGNU pelos líderes mundiais na Cimeira de 2005. Do discurso do Presidente da AGNU podemos inferir que o mandato do CDH cumpria todos os requisitos necessários para que na prática fosse levada a cabo uma proteção efetiva dos DH em todo o mundo, pelo que analisaremos o seu mandato.

Conselho de Direitos Humanos

Como vamos poder constatar da análise do funcionamento do CDH, no geral, as recomendações dos documentos preliminares foram aceites e incluídas na resolução constitutiva do Conselho, embora muitos aspetos particulares tivessem sido negociados mais tarde, e sido objeto de outras resoluções.

O Conselho é composto por Estados o que faz com que seja, no âmbito do sistema das Nações Unidas, um órgão intergovernamental, tal como acontecia com a Comissão. Esta situação significa que a tomada de decisão está nas mãos dos Estados. A questão para analisar o contributo efetivo do CDH para a proteção do ser humano, tendo em atenção a indivisibilidade e interdependência de todos os DH, é o seu duplo carácter simultaneamente

intergovernamental e quase-legislativo que advém dos seus mecanismos de trabalho e procedimentos especiais. Este órgão faz parte dos mecanismos extra-convencionais da ONU ao não derivar de uma convenção ou tratado específico. Na ONU, estes mecanismos têm fundamento na CNU e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948. No caso concreto do CDH, este seria responsável pela promoção e proteção de todos os DH e teria capacidade para discutir todas as questões e situações de DH que ocorram no mundo. Com este intuito, a sua capacidade de averiguação foi reforçada ao nível das suas sessões (regulares e especiais) e dos seus procedimentos e mecanismos especiais.

As alterações aos métodos de trabalho e o processo de tomada de decisão sugerem uma consciência da necessidade de fazer uma análise institucional do Conselho (Barkin, 2013). Também o papel das ONG e dos peritos no trabalho do Conselho denota uma consciência da sua importância na monitorização do cumprimento dos direitos, numa abordagem que podemos classificar de universalista (idem, ibidem).

O CDH foi instituído pela AGNU através da já mencionada resolução A/RES/60/251 de 15 de março de 2006. A Resolução estipula no seu ponto 7 (A/RES/60/251: 3) que o CDH é composto por 47 Estados-membros das Nações Unidas (dimensão intergovernamental da sua composição), que são eleitos pela AGNU através de voto direto e secreto por maioria dos membros. Os membros do CDH são eleitos por um período de três anos e não elegíveis para reeleição imediata depois de cumprir dois mandatos consecutivos. A Resolução define também neste ponto que a composição do Conselho se baseia numa distribuição geográfica equitativa, em que os assentos são distribuídos segundo uma fórmula que beneficia a representação dos países do Sul, o que não acontecia com a Comissão:

1. Grupo de Estados da África: 13 lugares
2. Grupo de Estados da Ásia: 13 lugares
3. Grupo de Estados da América Latina e Caribe: 8 lugares
4. Grupo de Estados da Europa Ocidental e outros Estados: 7 lugares
5. Grupo de Estados da Europa de Leste: 6 lugares.

Na eleição dos Estados-membros, a AGNU deverá ter em consideração a contribuição de cada Estado candidato para a promoção e proteção dos DH, bem como os compromissos voluntários assumidos como consta do ponto 8 (A/RES/60/251: 3). Qualquer Estado que cometa flagrantes e sistemáticas infrações aos DH pode ser suspenso como membro do CDH por uma maioria de dois terços de votos na AGNU. Esta situação ocorreu apenas em relação à Líbia (A/RES/65/265 de 1 de março de 2011), sendo posteriormente este direito restaurado pela resolução A/RES/66/11 de 18 de novembro 2011.

De acordo com os termos da Resolução 60/251 no seu ponto 5 (A/RES/60/251: 2-3) as funções do CDH consistem no essencial em:

- a) promover a educação e a aprendizagem sobre os DH, bem como prestar serviços, assistência técnica e capacitação em consultadoria com o consentimento dos Estados-membros interessados;
- b) servir como um fórum de diálogo sobre questões temáticas sobre todos os DH;
- c) fazer recomendações à AGNU para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH);
- d) promover a plena implementação das obrigações de DH assumidas pelos Estados e fazer o acompanhamento para a realização dos objetivos e compromissos relacionados com a promoção e proteção dos DH emanados da ONU;
- e) realizar uma Revisão Periódica Universal (RPU);

- f) contribuir, através do diálogo e da cooperação, para a prevenção de violações dos DH e responder prontamente a situações de emergência;
- g) assumir o papel e as responsabilidades da Comissão relativas ao trabalho com o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH).
- h) trabalhar em estreita cooperação no domínio dos DH com os governos, organizações regionais, instituições nacionais de DH e da sociedade civil;
- i) apresentar recomendações no que diz respeito à promoção e proteção dos DH e;
- j) submeter um relatório anual à AGNU.

A Resolução constitutiva do CDH estipula no seu ponto 10 que o Conselho se reunirá regularmente ao longo do ano e que deve programar pelo menos três sessões por ano, incluindo uma sessão principal, com uma duração total não inferior a dez semanas, podendo realizar sessões especiais, quando necessário, a pedido de um membro do CDH, com o apoio de um terço da composição do Conselho (A/RES/60/251: 4). Esta metodologia de trabalho permitiu ampliar a sua capacidade de dar resposta a situações graves de infração dos DH.

Decide igualmente, no seu ponto 12, que os métodos de trabalho do Conselho serão transparentes, equitativos e imparciais, de forma a permitir um diálogo genuíno, orientado para os resultados. Este deve possibilitar subseqüentes discussões para obter recomendações e o acompanhamento da sua implementação e permitir uma interação substantiva com os procedimentos especiais e os seus mecanismos (A/RES/60/251: 4).

Deste ponto podemos inferir a inter-relação complementar que se pretendia desde o início entre a dimensão intergovernamental do CDH e a sua dimensão quase-legislativa (e até quase-judicial) que advém dos procedimentos especiais e investigações independentes, na senda da concretização do seu principal objetivo de promoção e proteção de todos os DH e liberdades fundamentais no mundo (direitos económicos, sociais e culturais, incluindo o direito ao desenvolvimento A/RES/60/251: 2). Esta abordagem permite contornar parcialmente a questão da soberania dos Estados tão presente no DIDH por se tratar de um direito que regula a relação dos governos com as populações que habitam no seu território. A lógica universalista acentua uma perspetiva menos centrada nos Estados, abrindo espaço ao papel de outros atores na monitorização dos direitos.

O CDH herdou os procedimentos estabelecidos pela Comissão, no entanto, considerou-se que o Conselho deveria rever e, se necessário, melhorar e racionalizar todos os mandatos, mecanismos, funções e responsabilidades da Comissão, a fim de manter um sistema de procedimentos especiais, uma consultoria especializada e um procedimento de queixas (A/RES/60/251: 3).

O CDH criou assim uma nova geração de procedimentos de avaliação e monitorização dos DH pela Resolução 5/1 *Institution-building of the United Nations Human Rights Council*, de 18 de junho de 2007.

A Resolução 5\1 definiu deste modo os procedimentos e métodos de trabalho do Conselho, estabeleceu e reformulou os procedimentos e mecanismos do CDH, no sentido de tentar dinamizar o trabalho deste órgão e aumentar a sua eficiência. O intuito deste processo era como enfatizado transformar o Conselho num órgão orientado para a ação.

A RPU é um novo mecanismo de DH através do qual o Conselho analisa o cumprimento por parte de cada um dos 193 Estados-membros da ONU das suas obrigações e compromissos em matéria de DH. As modalidades

deste novo mecanismo foram estabelecidas na Resolução 5/1. À data deste artigo, todos os Estados já foram alvo da RPU e receberam recomendações em relação à sua situação de DH.

O Comité Consultivo do CDH também de acordo com a Resolução é um órgão subsidiário do Conselho que substituiu a Subcomissão para a Promoção e Proteção dos DH. Funciona como um grupo de reflexão concentrando-se principalmente em estudos, investigação e assessoria solicitada pelo Conselho.

O Procedimento de Queixa, conforme estabelecido pela Resolução 5/1, trata de denúncias sobre violações grosseiras e fidedignas de todos os DH e liberdades fundamentais que ocorram em qualquer parte do mundo e sob quaisquer circunstâncias. Baseia-se no antigo procedimento 1503 da Comissão, melhorado para garantir que o procedimento é imparcial, objetivo, eficiente, orientado para as vítimas e conduzido atempadamente.

O Conselho também designou “Procedimentos Especiais” (que podemos considerar como a dimensão quase-legislativa do CDH). Estes examinam, aconselham e informam sobre questões temáticas ou situações de DH em países específicos.

De acordo com o disposto pelo CDH¹ os Procedimentos Especiais são assumidos por um indivíduo (chamado “Relator Especial” ou “Especialista Independente”) ou um Grupo de Trabalho composto por cinco membros, um de cada um dos cinco grupos regionais. Os Relatores Especiais, os Peritos Independentes e os membros dos Grupos de Trabalho são nomeados pelo CDH e servem com base nas suas capacidades pessoais. Eles comprometem-se a defender a independência, eficiência, competência e integridade através da probidade, imparcialidade, honestidade e boa-fé. Não são membros da equipa

¹ Informação sobre os Procedimentos Especiais encontra-se disponível em <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Introduction.aspx> (consultado a 23 de abril de 2017).

das Nações Unidas e não recebem remuneração financeira. O estatuto independente dos titulares de mandato é crucial para que possam desempenhar as suas funções com imparcialidade.

No sentido de reforçar e tornar mais credível, independente e transparente o trabalho dos peritos independentes, o CDH aprovou o Código de Conduta para os Mandatários de Procedimentos Especiais através da Resolução 5/2 de 18 de julho de 2007, onde se destaca a universalidade do seu mandato, transparência, imparcialidade, objetividade, não-seletividade, baseado num diálogo internacional construtivo e na cooperação, com vista a reforçar a promoção e a proteção de todos os DH – direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais, incluindo o direito ao desenvolvimento como estipulado na Resolução 60/251. Além disso, o Conselho pode estabelecer comissões internacionais de inquérito e missões de apuramento dos factos para investigar violações dos DH que permitam tornar públicas as situações, expondo os infratores para que sejam levados à justiça pelas entidades competentes (CDH, 2017: 17), uma vez que o CDH não é um tribunal. Esta pode ser considerada a dimensão quase-judicial do CDH.

Estas dimensões quase-legislativa e quase-judicial do Conselho, derivadas dos seus procedimentos e mecanismos de trabalho, articulam-se com a dimensão intergovernamental da composição do Conselho e interagem na tomada de decisão.

O Conselho também estabeleceu vários fóruns de debate: Fórum sobre as questões das Minoritárias; Mecanismo de Especialistas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; Fórum sobre Empresas e Direitos Humanos; Fórum Social e Fórum sobre DH, Democracia e Estado de Direito (CDH, 2017: 21-24). Estes fóruns pretendem reforçar a componente da participação da sociedade civil na promoção e proteção dos DH, permitindo uma resposta mais eficaz aos desafios de DH.

O Conselho (CDH, 2017: 6) pode adotar textos (resoluções, decisões) com ou sem voto registado mediante solicitação de um Estado-membro. Para que o Conselho adote um projeto de texto por votação deve ter o apoio da maioria dos seus membros. Apenas os membros do CDH podem votar, mas as suas decisões não são juridicamente vinculativas, tal como acontece com as da AGNU, órgão ao qual reporta anualmente, pelo que importa refletir sobre a importância das decisões do CDH e da própria AGNU para a proteção dos DH complementando os instrumentos jurídicos existentes.

Trabalho do Conselho de Direitos Humanos

Algumas considerações sobre as suas sessões especiais e regulares²

Entre 2006 e 2018 realizaram-se 28 sessões especiais no âmbito do trabalho do Conselho. Esta situação denota uma proatividade do Conselho na análise de situações de DH que requerem a sua atenção e tomada de posição urgente. A maior flexibilidade na convocação destas sessões, que necessita do apoio de apenas 1/3 dos membros do Conselho, e o caráter preventivo assumido pelo CDH, facilitou o processo de convocação destas sessões que continuam a ter um cariz intergovernamental na sua convocação. Destas 28, 7 foram referentes ao conflito Israel-Palestina que denota, como aconteceu com a Comissão, o foco neste conflito por parte dos Países Árabes e do Médio Oriente, estando a 2ª sessão especial sobre a grave situação dos DH no Líbano causada pelas operações militares israelitas também relacionada com este conflito e os abusos de DH e do Direito Humanitário daí decorrentes.

A 7ª sessão especial debruçou-se sobre o impacto negativo no direito à alimentação resultante do agravamento da crise alimentar mundial. A 10ª abordou o impacto das crises económicas e financeiras globais na realização

² A Informação sobre as sessões regulares e especiais do Conselho pode ser encontrada em <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/Sessions.aspx> (consultado a 18 de setembro de 2018).

universal e gozo efetivo dos DH, e a 13ª sessão tocou o apoio ao processo de recuperação do Haiti numa abordagem de DH.

O Conselho realizou a sua primeira sessão em Genebra entre 18 e 30 de junho de 2006. Realizaram-se desde 2006 até à data 38 sessões regulares segundo o plano estipulado de 3 sessões por ano.

Tanto nas sessões regulares como nas especiais, os detentores de mandatos de procedimentos especiais, o ACNUDH e representantes ou peritos da ONU podem participar apresentando relatórios e informação. O ACNUDH e os detentores de mandatos de procedimentos especiais do Conselho apresentam informação aos membros do Conselho em cada sessão sobre a situação ou temática a analisar, que constituem a base para a tomada de decisão.

A grave situação no Sudão, que vinha a ser considerada na antiga Comissão, foi alvo de atenção na 4ª sessão especial. No entanto, a falta de consenso entre os Estados quanto à disparidade entre a informação facultada pelo Estado visado e pelos peritos independentes e o ACNUDH resultou na decisão S-4/101 “Situação dos DH no Darfur” adotada sem votação. Nesta decisão, em termos gerais, o CDH manifestou a sua preocupação com a situação humanitária e dos DH no Darfur; congratulou-se com a cooperação do governo e decidiu enviar uma missão para avaliar a situação dos DH e as necessidades do país. A gravidade da situação continuou a ser acompanhada nas sessões regulares do Conselho. A situação no Sudão do Sul, após a sua independência do Sudão em 2011, foi tratada nas sessões regulares do CDH e na 26ª sessão especial em 2016.

A questão dos abusos de DH no Myanmar foi abordada nas sessões regulares do CDH e alvo de atenção particular na 5ª sessão especial na qual Portugal, em nome da União Europeia, apresentou o projeto de resolução que esteve na base da discussão. Em 2017, na 27ª sessão especial, a violação de DH

da minoria muçulmana Rohingya e outras minorias no Estado Rakhine no Myanmar foi analisada.

A situação na República Democrática do Congo foi examinada na 8ª sessão especial. As infrações aos DH foram condenadas, mas ficou patente o receio de responsabilização por crimes de guerra e contra a humanidade que envolvessem entidades externas (tribunais internacionais) e um assumir pelo Grupo Africano das questões no Continente. Esta situação também foi tida em consideração nas sessões regulares.

A 11ª sessão especial dedicada ao Sri Lanka foi apoiada maioritariamente pelo bloco europeu/ocidental. Houve muita resistência dos países dos restantes continentes e do próprio Sri Lanka por não se analisarem ações de países ocidentais no Sudoeste Asiático ou no Médio Oriente. Considerou-se que se tratava de uma situação interna de combate ao terrorismo, condenando apenas as ações dos Tigres Tamil. A resolução do bloco ocidental não foi aprovada. Esta ausência de consenso não se verificou em relação à situação em países africanos e mesmo em relação ao Myanmar.

A Nigéria, em nome do Grupo Africano, e os EUA solicitaram uma sessão especial sobre a situação dos DH na Costa do Marfim. Nesta sessão, a 14ª sessão especial, foi referida a defesa de todos os DH e liberdades fundamentais na proteção da população, mas não foram analisados os direitos económicos e sociais, como solicitado pelo perito independente, uma questão que ainda apresenta reservas.

A 15ª sessão especial, em 2011, foi referente à situação na Líbia. Dada a gravidade da situação foi decidido estabelecer uma comissão de inquérito. Reafirmou-se que o Conselho deve defender os mais altos padrões de DH e que a AGNU pode suspender os privilégios de um membro que cometa violações flagrantes e sistemáticas destes direitos. Esta foi a primeira vez que se mencionou uma sanção de suspensão de um Estado por incumprimento dos

DH. Venezuela, Cuba, Rússia, China, Bolívia, Honduras, Índia e Nicarágua demonstraram reticências em relação a este ponto com receio que se tornasse um precedente, mas tal não inviabilizou a adoção da resolução. Esta situação também se notou na posição do Conselho de Segurança em relação à Líbia que não proibiu o uso da força (S/RES/1973).

Os EUA solicitaram a 27 de abril de 2011 uma sessão para abordar a situação na Síria. A 16ª sessão especial teve um apoio maioritariamente europeu/ocidental. Solicitou-se ao ACNUDH que enviasse uma missão para investigar as alegadas infrações, enfatizando-se a salvaguarda da soberania e integridade territorial do Estado. Esta ressalva denota a importância das questões de soberania, no sentido de levar ao consenso. Evidenciaram-se reticências de muitos Estados temendo que a situação desencadeasse uma situação semelhante à da Líbia.

A situação na Síria continuou a ser alvo de análise tanto nas sessões regulares como em sessões especiais. As 17ª e 18ª sessões especiais, em 2011, por iniciativa europeia/ocidental, continuaram a pressionar por uma tomada de posição em relação à grave situação de abusos de DH na Síria. A 19ª sessão especial, agendada para 1 de junho de 2012, teve já apoio dos países árabes dada a deterioração da situação, mas a continuação das reticências em relação às questões da soberania e intervenção externa levaram à oposição da Rússia, China e Cuba. A 21 de outubro de 2016, por iniciativa do Reino Unido, foi convocada nova sessão especial (a 25ª) que contou com um apoio inter-regional.

Por iniciativa da Etiópia em nome do Grupo Africano, foi convocada para 20 de janeiro de 2014, a 20ª sessão especial sobre a República Centro-Africana (RCA). Esta sessão teve um apoio inter-regional, incluindo da RCA. A deterioração da situação de segurança e as tensões religiosas no país levaram a RCA a solicitar apoio, embora com foco na salvaguarda da soberania.

O Iraque solicitou a 26 de agosto de 2014 uma sessão sobre a situação no Iraque à luz dos abusos cometidos pelo autodenominado Estado Islâmico, grupo Levante e grupos associados. Esta 22ª sessão especial teve amplo apoio inter-regional, incluindo da Rússia e China. Mais uma vez se denotou consenso em relação a um país africano no combate ao terrorismo que tem o apoio do Estado visado, criminalizando os Estados apenas os atos dos grupos denominados de terroristas.

A 26 de março de 2015, a Argélia solicitou em nome do Grupo Africano uma sessão sobre os ataques terroristas, abusos e violações dos DH cometidas pelo grupo terrorista Boko Haram. Esta foi a 23ª sessão especial agendada para 1 de abril. Nesta convocação denotou-se um predomínio do apoio dos Estados africanos, Cuba, Venezuela e Rússia, e quase ausência dos países ocidentais. Na sessão formou-se um consenso no combate ao terrorismo. São mencionadas as infrações ao Direito Humanitário a par dos DH, incluindo-se os ataques contra civis e suas infraestruturas, o gozo dos DH e liberdades fundamentais. A jurisdição defendida, no entanto, foi a da responsabilidade dos Estados afetados e não uma jurisdição internacional.

A situação no Burundi foi analisada na 24ª sessão especial com apoio inter-regional, incluindo do próprio país. Verificou-se o enfoque numa solução interna e preferência regional para a resolução da crise. Não se considerou a suspensão do Burundi, apenas se alertou para as suas responsabilidades e se nomeou uma missão de investigação. Esta situação revela as reticências em suspender os Estados por incumprimento das suas obrigações de DH um dos principais critérios do CDH.

De salientar que estas questões foram também acompanhadas e tidas em consideração nas sessões regulares, que tiveram em atenção também situações como o Afeganistão, Iémen ou a Somália.

A componente de assistência técnica, capacitação e educação em matéria de DH assumiu importância na tomada de decisão do CDH como estipulado no seu mandato, a par da análise da situação de DH.

O enfoque está na dimensão preventiva e de promoção dos DH que possa evitar futuras situações graves de abusos de DH, e não apenas na dimensão condenatória das infrações. Procurou-se evitar o que aconteceu na anterior Comissão em que o “nomear e envergonhar” eram um procedimento comum.

Considerações finais para o papel futuro do Conselho

A postura do CDH tem-se revelado mais construtiva na promoção e proteção dos DH. Embora ao ser um órgão intergovernamental as questões políticas e de interesse nacional estejam presentes, o papel atribuído aos detentores de mandatos de procedimentos especiais, fóruns de discussão, ao ACNUDH e outros peritos ou representantes da ONU, e à informação e considerações facultadas por estes atores não-estatais tem-se revelado importante na tomada de decisão, ainda que com algumas limitações que futuras reformas deverão ter em consideração.

O CDH também se tem revelado um fórum importante para o debate das questões de DH em complementaridade com a AGNU e o próprio Conselho de Segurança das Nações Unidas. Em relação à questão da Síria, por exemplo, podemos dizer mesmo que o foco do debate sobre a situação se centrou no CDH dada a paralisia que se verificou no Conselho de Segurança. Esta situação demonstra que o Conselho pode ser um fórum de discussão e decisão importante em relação às questões de promoção e proteção dos DH.

Neste sentido, a relação entre o CDH e o Conselho de Segurança deveria ser reforçada, podendo os seus relatórios e os seus procedimentos especiais também serem levados à sua consideração como apoio à tomada de decisão.

Uma questão importante na dinamização do trabalho do Conselho, que deveria ser considerada tendo em vista a utilização de métodos transparentes, equitativos e imparciais, de forma a permitir um diálogo genuíno e orientado para os resultados, seria dotar o CDH de uma dimensão de discussão que tivesse uma componente semelhante aos parlamentos nacionais.

Nesta, os cidadãos a título coletivo poderiam requerer, de acordo com o cumprimento de alguns critérios, o debate do Conselho e dos seus procedimentos especiais sobre questões de DH que fossem pertinentes para a promoção e proteção do ser humano. Este aumento da capacidade de discussão de algumas questões ampliaria o papel e relevância do CDH e diminuiria a componente intergovernamental na decisão das questões a debater que pode bloquear algumas discussões. Este seria mais um passo no sentido da “despolitização”.

Outra das questões importantes é a forma como os detentores de mandatos de procedimentos especiais interpretam e desenvolvem o DIDH que tem sido uma área muito importante no trabalho do CDH, como já tinha acontecido anteriormente na Comissão. A importância dos estudos, investigações e relatórios destes peritos poderia auxiliar também a 6ª Comissão da AGNU no trabalho de codificação do Direito Internacional.

Logo na sua primeira sessão, o Conselho aprovou a Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados. O trabalho do Relator Especial sobre a Promoção da Verdade, Justiça, Reparação e Garantias de Não Recorrência no desenvolvimento de estratégias de proteção das vítimas após situações de violência foi considerado relevante; também questões como a água e o saneamento, educação, direitos económicos, sociais e culturais (apenas para salientar algumas) desenvolvidas pelos detentores de mandatos de procedimentos especiais têm sido bem acolhidas de forma geral pelos Estados-membros.

Os relatórios destes peritos têm sido cruciais para destacar os desafios aos DH em diferentes contextos, verificando-se um acréscimo do número de procedimentos especiais, que deveria motivar uma abordagem realista e construtiva das dificuldades logísticas e de recursos.

Atendendo à sua natureza de órgão intergovernamental, os avanços e progressos realizados devem ser realçados e encorajados. Por parte dos Estados, peritos independentes e cidadãos, deverá ser incentivado o reforço da capacidade do CDH e a adaptação dos seus mecanismos internos de forma a cumprir o seu compromisso de promover e proteger todos os DH em todo o mundo. Isso permitiria ao Conselho realizar a sua verdadeira missão na manutenção da paz e da segurança internacionais de proteger o ser humano através da decisão consensual resultante da Cimeira de 2005, a “responsabilidade de proteger”.

Referências

Barkin, S. (2013). *International Organization: Theories and Institutions*. 2nd ed. New York: Palgrave.

BBC (2018). US Quits 'biased' UN Human Rights Council. *BBC online*. Disponível em <https://www.bbc.com/news/44537372> (consultado em 18 de julho de 2018).

CDH (2017). *Human rights council*. Geneva: Office of the United Nations Human Rights Council.

Davies, M. (2010). Rhetorical Inaction? Compliance and the Human Rights Council of the United Nations. *Alternatives*. 35, 449-468.

General Assembly Economic and Social Council / Ecosoc (2005). *Summary of the open-ended informal consultations held by the Commission on Human Rights pursuant to Economic and Social Council decision 2005/217, prepared by the Chairperson of the sixty-first session of the Commission*, de 21 de junho de 2005, A/59/847-E/2005/73.

Giddens, A. (1979). *Central Problems in Social Theory: Action, structure and contradiction in social analysis*. London: Palgrave Macmillan.

Human Rights Council / HRC (2007). *Institution-building of the United Nations Human Rights Council*, de 16 de junho de 2007, A/HRC/RES/5/1.

Human Rights Council / HRC (2007). *Code of Conduct for Special Procedures Mandate-holders of the Human Rights Council*, 18 de junho de 2007, A/HRC/RES/5/2.

Murthy, C.S.R. (2007). New Phase in UN Reforms: Establishment of the Peacebuilding Commission and Human Rights Council. *International Studies*. 44 (1), 39-56.

OHCHR (n.d.). Special Procedures of the Human Rights Council. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Introduction.aspx> (consultado a 23 de abril de 2017).

Ruggie, J. (1998). *Constructing the World Polity: Essays on international institutionalization*. London: Routledge.

United Nations / UN (15/03/2006). General Assembly establishes new Human Rights Council by vote of 170 in favour to 4 against, with 3 abstentions Plenary 72nd Meeting (AM & PM) GA/10449, de 15 de março de 2006. *UN Meetings Coverage and Press Releases*. Disponível em <https://www.un.org/press/en/2006/ga10449.doc.htm> (consultado a 16 de julho de 2018).

UN General Assembly / UNGA (2004). A more secure world: our shared responsibility (transmitting report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change), de 2 de dezembro de 2004, A/59/565.

UN General Assembly / UNGA (2005). *World Summit Outcome: resolution / adopted by the General Assembly*, Resolução A/RES/60/1 de 24 de outubro de 2005.

UN General Assembly / UNGA (2005). *In larger freedom: towards development, security and human rights for all: report of the Secretary-General*. Resolução A/59/2005, de 21 de março de 2005,

UN General Assembly / UNGA (2005). *In larger freedom: towards development, security and human rights for all : report of the Secretary-General : addendum: Human Rights Council: explanatory note / by the Secretary-General*. Resolução A/59/2005/Add.1., de 23 de maio de 2005.

UN General Assembly / UNGA (2006). *Human Rights Council: resolution / adopted by the General Assembly*, Resolução A/RES/60/251, de 3 de abril de 2006.

Wendt, A. (1995). Constructing International Politics. *International Security*. 20(1), 71-81.

A influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos no diálogo internormativo do direito de asilo

Ana Celeste Carvalho*

Sumário: Os direitos dos refugiados assumem uma relevância crescente, fruto do aumento dos movimentos migratórios, em consequência da instabilidade política e económica de muitos países, alguns a enfrentar conflitos armados. Foi relevante o papel das Nações Unidas para a construção e desenvolvimento de uma *Carta Mundial de Direitos Humanos*, onde se inclui o direito de asilo, na aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dos dois Pactos Internacionais sobre direitos humanos, da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados e do seu Protocolo adicional e da Declaração sobre o Asilo Territorial, influenciando decisivamente muitos outros textos de direito internacional, europeu e nacional, numa “teia” de ordens jurídicas, viabilizando uma *atuação em rede*, o *diálogo internormativo* e a *interjurisdição*.

Espero que os Estados envolvidos nestes processos alcancem um acordo para assegurar com responsabilidade e humanidade a assistência e a proteção àqueles que são forçados a deixar seu próprio país”, (Papa Francisco, 2018)¹.

Hoje, as migrações deixaram de ser um fenómeno limitado a algumas áreas do planeta, para tocar todos os continentes, assumindo cada vez mais as dimensões dum problema mundial dramático.” (Papa Francisco, 2017)².

* Juíza Desembargadora do Tribunal Central Administrativo Sul. Ponto de Contacto Nacional no European Asylum Support Office (EASO).

¹ Papa Francisco durante a oração na Praça de São Pedro, no Vaticano, em 17 de junho de 2018, incentivando os países a prosseguirem as negociações nas Nações Unidas para um pacto global sobre os Refugiados.

² Mensagem do Dia Mundial do Migrante e do Refugiado, em 15 de janeiro de 2017.

1. Considerações introdutórias

No contexto em que se assinala o 70.º aniversário da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos³ e do 40.º aniversário da adesão de Portugal à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, consiste nosso propósito analisar a influência e a importância que o primeiro destes instrumentos de direito internacional assumiu na criação e desenvolvimento de uma política de defesa do direito de asilo e de proteção dos refugiados, no atual contexto de intensificação dos fluxos migratórios.

Não sendo recentes os movimentos migratórios, remontando a tempos imemoriais, no tempo e no espaço e em áreas dispersas do globo, importa compreender em que termos a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem contribuído para a construção de um quadro normativo global.

O marco histórico que constitui a aprovação em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴, a que se juntaram em 1966, os dois pactos internacionais dos direitos humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais⁵, foi criada a base normativa de uma Carta mundial de Direitos Humanos, de aplicação à escala global, sem fronteiras geográficas, sociais, culturais ou políticas, enquanto património comum, inalienável e inerente à condição humana.

Estabeleceu-se um quadro normativo de direito internacional com o estatuto próximo ao de uma carta universal, por que se rege a ordem jurídica

3 Trata-se de um texto sem efeitos vinculativos, mas cuja autoridade moral e política é aceite pelos Estados membros das Nações Unidas, influenciando toda a sua atividade posterior em matéria de direitos humanos e a aprovação de muitos outros textos juridicamente vinculativos – cf. *Breve História da Política Portuguesa de Direitos Humanos* (Patto, 2017: 36); e *Basic Documents on Human Rights* (Brownlin & Gooswin-Gill, 2002: 18).

4 Resolução 217 A (III).

5 Assinados por Portugal em Nova Iorque em outubro de 1976 e ratificados em setembro e em novembro de 1978.

mundial dos direitos humanos, enquanto direitos que são universais, que vigoram para além das diferenças que existam entre os Estados, sob a égide dos princípios da universalidade, indivisibilidade e igualdade. Tais direitos têm-se mantido na ordem internacional como correspondendo ao patamar de direitos em que todos, sem distinção, têm o direito a ser titulares e a reclamar para si, correspondendo ao “ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações”⁶, segundo a ideia de “universalismo dos direitos humanos” (Gil, 2016: 170).

A relevância destes instrumentos de direito internacional decorre de colocar o indivíduo e já não apenas os Estados, no centro da titularidade dos direitos e dos deveres.

Além dos Estados e para além da proteção que o ordenamento jurídico de cada Estado deve assegurar aos seus cidadãos, a Organização das Nações Unidas (ONU) deu o grande passo de erigir um quadro normativo comum, que se aplica universalmente e para além das diferenças de cada nação. Com isso, a ONU assumiu uma progressiva influência e importância no âmbito do direito internacional, num papel de diálogo, de concertação de interesses entre Estados e de respeito pelos direitos humanos, à escala mundial.

Por outro lado, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, aprovada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950 e entrada em vigor em 3 de setembro de 1953, a que Portugal aderiu em 1978⁷, complementada pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁸, aprovada em Nice, em 7 de dezembro de 2000, constituem as bases gerais para uma Carta europeia de Direitos Humanos⁹.

6 Vide Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

7 Assinada por Portugal em setembro de 1976 e aprovada em 15 de junho de 1978, publicada no DR I Série, n.º 236, de 13 de outubro de 1978.

8 2000/C 364/01, in: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

9 O artigo 6.º do Tratado da União Europeia enumera as bases do sistema de proteção de direitos fundamentais da União Europeia, incluindo a Carta dos Direitos Fundamentais e a Convenção Europeia.

Tal catálogo de direitos humanos encontra proteção jurisdicional no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, enquanto tribunal do sistema de direitos humanos do Conselho da Europa, mas também nos restantes tribunais, seja do Tribunal de Justiça da União Europeia, seja dos tribunais nacionais, os quais se encontram vinculados a respeitar o direito internacional e o direito europeu, segundo o que estabelece, entre nós, o artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa¹⁰.

Mais do que nunca no passado existe o diálogo entre Tribunais, não só entre os Tribunais nacionais e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça da União Europeia, mas também o diálogo entre estes dois tribunais, num fenómeno de internormatividade e de interjurisdição de conflitos.

Tal corresponde à interação de normas de distintas ordens jurídicas no mesmo espaço, decorrendo das relações estabelecidas entre as várias instituições de direito internacional e europeu e os diversos ordenamentos dos Estados membros, num diálogo entre normas, o que implica uma atuação *em rede* dos direitos internacional, europeu e nacional e assim, numa aplicação mais consistente das normas de direitos humanos, viabilizando a proteção dos direitos para além do Estado.

Cabendo aos Tribunais, por excelência, a interpretação e aplicação do direito, são o instrumento que realiza, cada vez mais, a passagem e a interpenetração entre ordens jurídicas.

Para além das obrigações que cabem a cada um dos Estados soberanos de assegurar a máxima proteção dos direitos humanos através das

10 Segundo os n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º da Constituição, as normas e princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português e as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem jurídica após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português.

Constituições ou dos demais atos normativos nacionais¹¹ e a positivação constitucional expressa de políticas de direitos implicar um mandato constitucional de otimização dos direitos e a consequente restrição da liberdade conformadora do legislador (cf. Canotilho, 2008: 130), a partir da Declaração Universal e, com base nesta, da aprovação dos dois Pactos Internacionais, da Convenção Europeia e da Carta Europeia, criaram-se as bases comuns de uma responsabilidade de garantir e de uma responsabilidade de proteger¹² os direitos humanos¹³.

A Constituição Portuguesa consagra o direito de asilo no n.º 8 do artigo 33.º, no Título “Direitos, liberdades e garantias”, conferindo-lhe o estatuto de direito fundamental, garantindo um direito subjetivo a quem seja perseguido ou ameaçado de perseguição (cf. Oliveira, 2009: 98 –; Cunha, 2010: 754)¹⁴, pelos valores constitucionais nele referidos, com proteção do Estado português e a imposição do *dever* de garantir o asilo nestes casos¹⁵.

11 O direito de asilo e os respetivos procedimentos, encontram a sua concretização e desenvolvimento em leis ordinárias, as quais acolhem o direito internacional e europeu de asilo. Entre nós, a Lei n.º 27/2008, de 30 de junho, com as alterações dadas pela Lei n.º 26/2014, de 5 de maio, aprova o regime da concessão de asilo e de proteção subsidiária.

12 Referindo-se à “responsabilidade de proteger”, vide *O Sistema de Protecção dos Direitos Humanos das Nações Unidas* (Teles: 2017: 18).

13 Enunciando os principais instrumentos normativos de asilo do direito internacional, europeu e nacional, vide *European asylum law. Reality and challenges in the context of immigration* (Carvalho, 2016a: 127-); e *O Direito Europeu de Asilo. Realidade e Desafios no contexto das Imigrações* (Carvalho, 2016b: 197-215).

14 Na jurisprudência constitucional, afirmando o asilo como direito fundamental, entre outros, vide os Acórdãos do Tribunal Constitucional, Processo n.º 410/94, de 22 de junho de 1995, Processo n.º 441/05, de 2 de novembro de 2005 e Processo n.º 587/05, de 2 de novembro de 2005 e, no mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, nos Processos n.ºs 42452, de 9 de junho de 1998; 44331 de 7 de outubro de 1999 e 045754, de 9 de novembro de 2000.

15 Com relevo, o artigo 15.º da Constituição consagra um princípio de equiparação de direitos entre cidadãos portugueses e estrangeiros, à semelhança de outras constituições de Estados de direito democráticos. As exceções ao princípio da equiparação “devem corresponder a um núcleo reduzido de direitos, circunscritos à organização política do Estado”, isto é, a direitos respeitantes à organização política e social da comunidade e não à pessoa humana e à sua dignidade (cf. Matias, 2014: 34-35).

Relevam ainda os n.ºs 1 e 2 do artigo 16.º da Constituição, segundo os quais os direitos fundamentais consagrados na Constituição *não excluem* quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional, e os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados *de harmonia* com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, acolhendo na ordem jurídica portuguesa os desenvolvimentos e a evolução do direito internacional dos direitos humanos e assegurando, em cada momento, a mais ampla proteção dos direitos humanos.

Internacionalmente, compreendendo a importância de criar mecanismos de proteção dos refugiados, logo a seguir ao fim da segunda grande guerra as Nações Unidas constituíram a Organização Internacional para os Refugiados (Goodwin-Gill, 1996: 6) em 20 de abril de 1946, substituída em 1952 pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados¹⁶, e aprovaram a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados¹⁷ em 28 de julho de 1951, alterada pelo Protocolo de Nova Iorque, de 31 de janeiro de 1967.

Sob a égide da ONU, assume relevância o papel realizado pela Comissão de Direitos Humanos¹⁸ e, depois, pelo Conselho dos Direitos Humanos, em defesa e proteção do vasto conjunto de direitos humanos, assim como o Alto Comissariado para os Direitos Humanos e o Alto Comissariado para os Refugiados.

16 Criado pela Resolução 319 A (IV), de 3 de dezembro de 1949, pela Assembleia Geral das Nações Unidas e instituído em 1 de janeiro de 1951.

17 Entrada em vigor em 22 de abril de 1954, de acordo com o seu artigo 43.º. Portugal aderiu à Convenção em 22 de dezembro de 1960, pelo Decreto-lei n.º 43.201, de 1 de outubro e aderiu ao Protocolo adicional pelo Decreto-Lei n.º 207/75, de 17 de abril.

18 Criada em 1946 e que funcionou até 2006, durante 60 anos, tendo nessa data sido substituída pelo Conselho de Direitos Humanos. De entre a sua longa e relevante atividade, a ela se deve a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os dois Pactos de direitos humanos de 1966. Ao longo dos anos, os direitos dos migrantes, refugiados e deslocados integraram a agenda das suas sessões.

A responsabilidade da realização dos direitos pressupõe um Estado soberano, embora por força do direito internacional e europeu ele já não exista *tout court* na atualidade, antes existindo o *supranacionalismo decisório*, enquanto *exercício em comum* da soberania, com instituições supraestaduais a decidir (Canotilho, 2008: 131).

Porém, “a complexidade do fenómeno migratório” (Matias, 2014: 11-) é hoje muito maior do que no passado, pois aos *novos desafios* decorrentes de fugas de conhecimento ou de talento, da migração económica e de consumo, e dos *novos problemas* decorrentes das condições climáticas hostis e desfavoráveis e de catástrofes naturais, dando origem aos refugiados ambientais, se somam os *velhos problemas* da integração das comunidades migrantes e seus descendentes.

2. A Declaração Universal dos Direitos Humanos como instrumento de defesa do direito de asilo e de proteção dos refugiados

O artigo 14.^o¹⁹ da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê expressamente o direito de asilo. A sua inclusão não se apresentou consensual, por muitos Estados entenderem que devia figurar naquele texto os direitos que, numa sociedade ideal, deveriam ser respeitados, enquanto o direito de asilo parte de uma situação de violação de direitos humanos, carecendo a pessoa da proteção de outro Estado, que não o da nacionalidade ou residência (Oliveira, 2009: 63). A formulação adotada na Declaração Universal, ao prever o direito de requerer e de beneficiar de asilo e excluir os que sejam acusados da prática de um crime de direito comum ou tiverem praticado atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas é, por isso, “mitigada”.

19 Com a seguinte redação: “1. Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. 2. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas”.

Em paralelo ao direito de beneficiar de asilo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos previu “cláusulas de exclusão”²⁰ do estatuto de refugiado, que impedem a concessão de proteção internacional. Trata-se de casos em que, em consequência dos atos praticados, integradores da prática de um crime grave de direito comum, o qual inclui os crimes com motivações políticas particularmente gravosas, ou de outras condutas que sem que se traduzam na prática de um crime, consubstanciem atuações violadoras dos objetivos e princípios das Nações Unidas, determinam que a pessoa **não seja merecedora** do direito de asilo (AAVV / EASO, 2016)²¹.

Estão em causa requisitos negativos ou *cláusulas de salvaguarda* da concessão do direito de asilo, cuja verificação é impeditiva da concessão de proteção internacional.

No atual contexto de fluxos em massa e perante a pressão colocada sobre alguns países, é reforçada a importância de compreender o âmbito de aplicação das cláusulas de exclusão do estatuto de refugiado, como forma de dar integral aplicação ao direito internacional e europeu de asilo.

Por outro lado, na cena europeia, indo para além do que estabelece a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a Carta dos Direitos

20 Previstas no n.º 2 do artigo 14.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos artigos 1.º-D, 1.º-E e 1.º-F da Convenção de Genebra e nos artigos 12.º e 17.º da Diretiva 2011/95/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011.

21 *Vide Exclusion: Articles 12 and 17 Qualification Directive (2011/95/EU)*. A *Judicial Analysis* (AAVV / EASO, 2016), elaborado pelo Grupo de Trabalho constituído no âmbito do European Asylum Support Office, composto pelos seguintes Juizes: David Allen (Reino Unido), Ana Celeste Carvalho (Portugal), Per Flatabo (Noruega), Mariana Feldioreanu (Roménia), Conor Gallagher (Irlanda), Ingo Kraft (Alemanha), Florence Malvasio (França) e Marie Cécile Moulin-Zys (Associação dos Juizes Administrativos Europeus), com a colaboração de Sibylle Kapferer (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados). Analisando as cláusulas de exclusão a que se refere o n.º 2 do artigo 14.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o artigo 1.º-F da Convenção de Genebra e o n.º 2 do artigo 12.º da Diretiva 2011/95/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, *vide Ainda as Cláusulas de Exclusão do estatuto de refugiado: quem não merece proteção internacional* (Carvalho, SD), e *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa* (Oliveira, 2009: 321 -).

Fundamentais da União Europeia consagra o direito de asilo no seu artigo 18.^o²².

Não obstante os vários Protocolos à Convenção Europeia, que reconhecem certos direitos e liberdades para além dos que já figuram na Convenção, prevendo um quadro alargado de direitos humanos, como o direito à liberdade e à segurança (artigo 5.^o da Convenção), a liberdade de circulação (artigo 2.^o do Protocolo n.^o 4), a proibição de não expulsão coletiva de estrangeiros (artigo 4.^o do Protocolo n.^o 4), as garantias processuais em caso de expulsão de estrangeiros (artigo 1.^o do Protocolo n.^o 7), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não prevê o direito de asilo.

Assim, embora a Convenção Europeia não consagre o direito de asilo, prevê um conjunto de outros direitos, independentemente da nacionalidade, que os Estados estão obrigados a respeitar e que não podem ser postergados com a decisão de expulsão (cf. Carvalho, 2016c: 49).

Donde, em matéria de asilo e de refugiados, para além do que estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no território europeu assume relevo a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, grosso modo, acolhe no seu âmbito a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados.

Estas constituem as fontes normativas pelos quais ao nível do direito internacional, sob a égide das Nações Unidas, se regem os direitos dos refugiados, influenciando muitas das legislações nacionais²³ e assegurando

22 Sob a epígrafe “Direito de asilo”: “É garantido o direito de asilo, no quadro da Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951 e do Protocolo de 31 de janeiro de 1967, relativos ao estatuto dos refugiados, e nos termos do Tratado que institui a Comunidade Europeia.”.

23 Analisando a influência que a Declaração Universal assumiu na Constituição portuguesa de 1976, como “elemento fulcral de legitimidade”, com “um sentido normativo imediato, com incidência no conteúdo dos direitos formalmente constitucionais”, com tradução no n.^o 2 do artigo 16.^o da Constituição, que manda interpretar os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a Declaração Universal e no sentido que ela se projeta “sobre as próprias normas constitucionais, moldando-as e emprestando-lhes um sentido

uma proteção, para além ou independentemente do que se encontra assegurado em cada Estado.

A importância que a Convenção de Genebra tem assumido ao longo dos anos na proteção dos refugiados constitui o grande passo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Convenção de Genebra conferiu um “verdadeiro estatuto aos refugiados, ao definir os seus direitos por referência aos direitos reconhecidos aos nacionais e estrangeiros de cada Estado, tais como o direito de propriedade, de liberdade religiosa, de exercício de profissão, de habitação, de educação, de acesso aos tribunais, à segurança social e à titularidade de documentos de viagem, entre outros” (Carvalho, 2016c: 48).

Além disso, a Convenção de Genebra não previu as cláusulas de *exclusão* do estatuto de refugiado como previstas no n.º 2 do artigo 14.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois ampliou os seus fundamentos (Carvalho, sd).

Acresce a Declaração sobre o Asilo Territorial das Nações Unidas²⁴, que remete expressamente para o artigo 14.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, influenciando a Declaração Relativa ao Asilo Territorial do Conselho da Europa²⁵.

Em termos europeus apresenta-se incontestada a influência dos instrumentos internacionais aprovados pelas Nações Unidas, não só no teor da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, como nos vários Regulamentos²⁶ e

que caiba dentro do sentido da Declaração ou que dele mais se aproxime” e que deve existir “uma interpretação da Constituição conforme com a Declaração”, por ela ter sido uma das suas fontes (Miranda, 2016: 17-19).

24 Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1967 pela Resolução n.º 2312 (XXII).

25 Aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 18 de novembro de 1977.

26 Com destaque para os Regulamentos de Dublin (CE) n.º 343/2003, do Conselho, de 18 de fevereiro e (UE) n.º 604/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013.

Diretivas²⁷ aprovadas em matéria de asilo, reproduzindo ou concretizando a proteção internacional conferida pela proclamação dos direitos constante da Declaração Universal dos Direitos Humanos e consagrados na Convenção de Genebra.

Apresenta-se, por isso, incontestada a influência que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi exercendo, ao longo dos anos, sobre os vários ordenamentos jurídicos, numa *teia de ordens jurídicas*, supra e infra estaduais, emanando a sua força de autoridade sobre os Estados membros das Nações Unidas.

Traduz uma interação de normas de distintas ordens jurídicas, decorrendo de relações estabelecidas entre as Nações Unidas e os diversos Estados membros e com outras organizações internacionais, como a União Europeia, com repercussões no diálogo político entre Estados soberanos e na definição das próprias políticas nacionais, o que implica uma atuação *em rede*, do direito internacional, europeu e nacional e, algumas vezes, de um *direito global*, assente em sujeitos que vão em muito para além dos Estados soberanos e sob diversas naturezas jurídicas, cuja força vinculativa assenta em “*modelos de cooperação transnacional*” (Roque, 2004: 859).

Por isso, tendo os instrumentos de direito internacional servido de fonte às restantes ordens jurídicas e influenciado decisivamente a proteção conferida aos refugiados, a pressão migratória da atualidade exige a evolução do direito europeu e dos direitos nacionais, mais flexíveis e sem o peso da negociação alargada de todos os Estados que integram as Nações Unidas,

27 Vide as Diretivas Condições de Acolhimento 2003/9/CE do Conselho, de 27 de janeiro e 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013; as Diretivas Procedimentos de Asilo 2005/85/CE do Conselho, de 1 de dezembro de 2005 e 2013/32/UE, Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013; as Diretivas Qualificação 2004/83/CE, do Conselho, de 29 de abril e 2011/95/UE, Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011.

adaptando-o à nova realidade e às novas necessidades²⁸.

As migrações em massa e a entrada ilegal de estrangeiros em território europeu, em consequência da instabilidade de muitos países de África e da Ásia²⁹, visando uma melhoria da qualidade de vida, assente num emprego e residência condignos, a integração familiar e a educação de crianças e jovens, ou por uma questão de sobrevivência, em fuga dos conflitos armados e por violação dos direitos humanos, tem exigido um crescente diálogo institucional entre a União Europeia e os Estados membros.

Têm sido invocados todos os institutos de proteção internacional, com importantes diferenças entre si, reforçando a relevância de distinguir os vários regimes e os seus requisitos, atenta a diferença quanto ao seu respetivo âmbito de aplicação³⁰.

28 Veja-se as demais formas de proteção internacional previstas no direito europeu, que surgem como forma de dar resposta a outras situações, abrangendo o grupo de pessoas deslocadas ou refugiadas de facto, que formalmente não são reconhecidas como refugiadas, nem reúnem os requisitos para a concessão do asilo, mas são merecedoras de proteção jurídica e de um tratamento mais favorável que os demais estrangeiros, não se encontrando abrangidas pela Convenção de Genebra – Diretiva 2001/55/CE, do Conselho, de 20 de julho, quanto à proteção temporária e Diretiva 2004/83/CE, do Conselho, de 29 de abril, quanto à proteção subsidiária. A proteção temporária é excecional e visa dar resposta a um afluxo maciço de pessoas deslocadas de países terceiros, que estão impossibilitadas de regressar ao seu país de origem, por período de tempo determinado, permitindo que entrem e permaneçam legalmente no país de acolhimento durante um certo período de tempo; a proteção subsidiária, conferindo autorização de residência por razões humanitárias, visa dar resposta a situações em que as pessoas de países terceiros, sem obterem o asilo europeu, careçam de proteção por não poderem regressar ao seu país de origem por aí se verificar uma situação de grave insegurança devido a um conflito armado ou à sistemática violação dos seus direitos fundamentais, ou seja, por motivo de urgência humanitária, podendo dirigir-se a uma categoria genérica de destinatários, como seja os provenientes de certa região. São duas formas de proteção internacional a quem não tem o estatuto de refugiado na aceção da Convenção de Genebra, mas que carece de proteção, por não poder regressar ao país de origem por correr o risco de sofrer ofensas graves aos seus direitos fundamentais. Significa que o direito europeu amplia a proteção conferida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Convenção de Genebra, vinculando os Estados membros a proteger os direitos fundamentais dos estrangeiros que se encontrem em situação de especial vulnerabilidade, não só pela abstenção da prática de atos que ponham em causa esses direitos, mas também proibindo a expulsão para territórios onde os seus direitos fundamentais podem ser gravemente violados.

29 Como a Síria, o Paquistão e o Afeganistão e a manutenção das dificuldades no Iraque, na Somália, na Guiné-Equatorial, na Nigéria, no Senegal, no Mali e na Serra Leoa.

30 O asilo é o instituto mais antigo, remontando a sua origem aos primórdios da humanidade, sendo o requerente de asilo a pessoa que declara que é refugiado, tendo sido forçado a

Esta realidade constitui um dos desafios da construção do Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA) e da prossecução da política europeia em matéria de refugiados.

No atual contexto de enormes movimentações migratórias e de insuficiência de meios e de capacidade de resposta de alguns Estados, mas também da comunidade internacional, são crescentes as dúvidas sobre a adequação e a efetividade da política internacional e europeia de asilo, num contexto de grandes desafios para a humanidade.

O *princípio da solidariedade* entre Estados membros, que vigora na ordem jurídica europeia, tem servido de fundamento a algumas medidas, mas não se tem mostrado suficiente a dar resposta à dimensão dos movimentos migratórios, sobretudo à pressão que certos Estados têm enfrentado³¹.

Por isso, além de as instituições europeias se encontrarem a debater o futuro da política de asilo e das migrações no quadro da União Europeia, em

abandonar o seu país por ocorrência de conflitos armados ou outras causas, como a violação sistemática dos seus mais elementares direitos humanos, em consequência de um perigo ou perseguição, requerendo proteção internacional por uma das vias previstas, sendo a sua pretensão apreciada através do procedimento de asilo, que visa apurar se pode ser considerada como refugiada, nos termos da Convenção de Genebra. Acrescem outras formas de proteção internacional mais recentes, com origem no século XX, como a proteção temporária e a proteção subsidiária. Os migrantes são aqueles que procuram melhores condições de vida, deixando voluntariamente o seu país por razões económicas. O estatuto de refugiado é concedido a quem preencher os pressupostos previstos no artigo 1.º da Convenção de Genebra: (i) aos estrangeiros perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana e (ii) aos estrangeiros e aos apátridas que, receando com fundamento ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, não possam ou, em virtude desse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual. Uma vez reconhecido, esse estatuto vale internacionalmente, implicando o reconhecimento do conjunto de direitos previstos na Convenção de Genebra e nos instrumentos normativos europeus. Verificados os pressupostos do âmbito da proteção internacional, o Estado de acolhimento está vinculado a conceder essa proteção, não tendo o poder discricionário para a conceder ou não.

31 V.g. as Decisões (UE) do Conselho, 2015/1523, de 14 de setembro e 2015/1601, de 22 de setembro, sobre medidas provisórias a favor da Itália e da Grécia no domínio da proteção internacional, confirmadas pelo Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 6 de setembro de 2017, processos C-643/15 e C-647/15, in JO C 374, de 6 de novembro de 2017.

alguns casos com países terceiros de que os migrantes são originários, são crescentes as vozes a defender a necessidade de obter uma discussão e um consenso mais alargado, no quadro das Nações Unidas, que sob a sua autoridade moral, política e jurídica, aponte os novos caminhos a percorrer³².

Neste sentido, o papel que as Nações Unidas alcançaram no pós-guerra, na instituição de um quadro normativo de direitos humanos e na proteção do direito de asilo, cujo grande passo foi impulsionado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, seguido da Convenção de Genebra, poderá ser agora renovado, no estabelecimento de um acordo tão alargado e consensual quanto possível, que dê resposta aos novos desafios e exigências colocados pelos crescentes fluxos migratórios sobre certos Estados e sobre a humanidade como um todo.

No seu papel de *guardião mundial dos direitos humanos universais*, poderão mais uma vez as Nações Unidas assumir um papel de destaque, contribuindo para a gestão global e partilhada de um problema que não tem fronteiras e que, juntamente com as alterações climáticas e as questões ambientais, constitui um dos maiores desafios da atualidade. A solidariedade partilhada e uma colaboração sistemática entre Estados e as organizações internacionais servirão de resposta aos desafios que se colocam à comunidade nacional e internacional, na tutela da dignidade da pessoa humana e contra o tráfico de seres humanos e a violação generalizada dos direitos humanos.

32 Vide a Declaração de Nova Iorque sobre Refugiados e Migrantes, aprovada em 19 de setembro de 2016, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

3. Balanço final

Existe uma interpenetração do direito internacional de asilo no direito europeu e nos direitos nacionais.

Deve falar-se numa ordem jurídica supraestadual de proteção de direitos humanos, de fonte escrita, seja ou não vinculativa, que exerce a sua influência sobre os restantes ordenamentos, servindo de padrão universal de direitos por que se rege a ordem mundial.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos exerceu uma influência moral decisiva nos demais textos emanados, quer no seio das Nações Unidas, na aprovação do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, enquanto bases de uma Carta mundial de Direitos Humanos, quer no Conselho da Europa, com reflexo na aprovação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e ainda, na União Europeia, com tradução na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, enquanto alicerces de uma Carta europeia de Direitos Humanos.

Especificamente em relação à proteção do direito de asilo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos serviu de fundamento à Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados e a partir de aqui, a sua influência em todo o quadro normativo no seio da União Europeia.

A coexistência de normas internacionais, europeias e nacionais, dita um quadro normativo em rede, exigindo um relacionamento entre diversos órgãos e instâncias, numa época de globalização e de grandes movimentos humanos.

A pretensão de universalidade dos direitos humanos permite a sua consideração como limites morais de uma normatividade global.

Referências

- AAVV; EASO / European Asylum Support Office (2016).** *Exclusion: Articles 12 and 17 Qualification Directive (2011/95/EU) :A Judicial Analysis*. Malta: EASO. Versão digital disponível em: <https://bit.ly/2OuQzr4> (consultado em 12/12/2018).
- Brownlie, I. & Goodwin-Gill, G. S. (Eds) (2002).** *Basic Documents on Human Rights* (4th ed). Oxford: Oxford University Press.
- Cabrita, I. S. A. X. (2010).** *Breve Ensaio sobre os Direitos Humanos* (Tese de Mestrado). Lisboa: ISCSP. Disponível em <http://hdl.handle.net/10400.5/3846> (consultado em 12/12/2018).
- Canotilho, J. G. (2008).** *Estudos sobre Direitos Fundamentais* (2.^a ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Carvalho, A. C. (2016a).** *European asylum law. Reality and challenges in the context of immigration. UNIO – EU Law Journal*, 2 (2). Disponível em: <https://bit.ly/2WqjWh8> (consultado em 12/12/2018).
- Carvalho, A. C. (2016b).** O Direito Europeu de Asilo. Realidade e Desafios no contexto das Imigrações. In *CEJ, O Contencioso do Direito de Asilo e Protecção Subsidiária, - E-book CEJ setembro de 2016 - Coleção Formação Inicial*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 197-2015. Disponível em: <https://bit.ly/2bXrR0E> (consultado em 12/12/2012).
- Carvalho, A. C. (2016c).** *Who is out* do estatuto de Refugiado e de Protecção Subsidiária? As Cláusulas de Exclusão à luz da Directiva Qualificação. *E-pública*, 3 (2). Disponível em: www.e-publica.pt
- Carvalho, A. C. (no prelo).** Ainda as Cláusulas de Exclusão do estatuto de Refugiado: quem não merece protecção internacional. In *Estudos em Homenagem a Rui Pena*.
- Cunha, Damião (2010).** In *Miranda J. & Medeiros, J., Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I* (2.^a ed), Coimbra: Coimbra Editora.
- Gil, A. R. (2016).** 40 anos de Direito Constitucional de Asilo – Origens e novos caminhos de um direito fundamental. *JULGAR* (nº 29).
- Goodwin-Gill, G. S. (1996).** *The Refugee in International Law* (2nd ed), Oxford: Clarendon Press.
- Lambert, H. (1995).** *Seeking Asylum. Comparative Law and Practice in Selected European Countries* (vol. 37). Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- Marinho, I. F. P (2005).** *O direito de asilo na União Europeia: problemas e soluções. Algumas reflexões em sede do quadro geral da Convenção de Genebra relativa ao estatuto do refugiado*. In Martins, A. M. G. (Coord.), *Estudos de Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina.

- Matias, G. S. (2014).** *Migrações e Cidadania*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.
- Meca, M. E. S. I. (2014).** *A CEDH enquanto instrumento de Proteção Complementar do Direito Internacional dos Refugiados*, *Revista Electrónica Iberoamericana*, 8 (2).
- Miranda, J. (2016).** *Direito de asilo e refugiados na ordem jurídica portuguesa*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Nicholson, F.; Twomey, P. (1999).** *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Oliveira, A. S. P. (2009).** *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa. Âmbito de protecção de um direito fundamental*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Papa Francisco (2017).** *Mensagem do Dia Mundial do Migrante e do Refugiado, em 15 de janeiro de 2017: Migrantes de menor idade, vulneráveis e sem voz*. (15/01/2017). Disponível em: <https://bit.ly/2UEPJuk> (consultado em 12/12/2018).
- Papa Francisco (2018).** *Oração Angelus de 17 de junho de 2018*. Praça de S. Pedro, Vaticano. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/papa-francisco/angelus/2018-06/angelus-17-junho-2018.html> (consultado em 12/12/2018).
- Patto, S. V. (2017).** Breve História da Política Portuguesa de Direitos Humanos. In Marques, A. H.; Silvestre, C. & Lages, M. (Orgs.). Lisboa: Instituto Diplomático, Ministério dos Negócios Estrangeiros.
- Rocha, F. G. (1995).** O direito de asilo no âmbito comunitário e no Acordo de Schengen. In Conselho Económico e Social, *Portugal, a Europa e as Migrações*. Lisboa: Conselho Económico e Social, Lisboa.
- Rodrigues, J. N. (2009).** A História do Direito de Asilo no Direito Internacional. *Temas de Integração* (n.ºs 27 e 28), 313-360.
- Rodrigues, J. N. (2010).** Políticas de asilo e de direito de asilo na União Europeia. *Scientia Iuridica*, (n.º 321).
- Roque, M. P. (2014).** A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL).
- STA / Supremo Tribunal Administrativo (1998).** *Processo n.º 42452*. Acórdão de 9 de junho de 1998.
- STA / Supremo Tribunal Administrativo (1998).** *Processo n.º 44331*. Acórdão de 7 de outubro de 1999.
- STA / Supremo Tribunal Administrativo (2000).** *Processo n.º 45754*. Acórdão de 9 de novembro de 2000.
- Teles, P. G. (2017).** O Sistema de Protecção dos Direitos Humanos das Nações Unidas. In

Marques, A. H.; Silvestre, Carmen & Lages, M. (Orgs.). Lisboa: Instituto Diplomático, Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2017.

TC / Tribunal Constitucional (1995). *Processo n.º 410/94.* Acórdão de 22 de junho de 1995.

TC / Tribunal Constitucional (2005). *Processo n.º 441/05.* Acórdão de 2 de novembro de 2005.

TC / Tribunal Constitucional (2005). *Processo n.º 587/05.* Acórdão de 2 de novembro de 2005.

O artigo 4.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos: enquadramento jurisprudencial

João Zenha Martins*

Sumário: O artigo 4.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que tem sido lido e aplicado em conjugação com os instrumentos da Organização Internacional do Trabalho, tem conhecido renovada atualidade com os recentes movimentos migratórios e de refugiados, suscitando revisitas ao caráter livre e digno de uma atividade laboral, lá onde o trabalho não pode deixar de ser visto como uma expressão da dignidade de cada qual.

I. A liberdade de trabalho e a proibição de “trabalho forçado ou obrigatório”

1. A Pessoa deve ser livre para trabalhar e para organizar a sua vida para lá do trabalho, estando aí, nessa liberdade que permite a cada um angariar meios para subsistir segundo a sua vontade e a sua preferência e no “direito de desenvolver as suas capacidades pessoais numa atividade útil à coletividade”(Supiot, 1993: 721), a caução efetiva das liberdades fundamentais do ser humano: o desenvolvimento de uma atividade produtiva deve encontrar, no plano regulativo, o valor ético da prestação do esforço humano e a sua importância na realização autoconstituente de cada um (Mortati, 1954: 152; Hufen, 1994: 2913).

2. A liberdade de trabalho implica a proibição de “trabalho forçado ou obrigatório”, realidade que, sendo concetualmente unificável (cf. Graber, 2014: 64-66), se encontra hoje, em larga medida, dependente das políticas estaduais de vistos, uma vez que a polarização de autorizações de permanência/residência na vontade dos empregadores desemboca, com frequência, em situações de dependência de tal sorte graves, que, no plano

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

material, se configuram como trabalho forçado (cf. Fudge & Strauss, 2014b, 2014b: 173-174; Costello, 2015: 207)

Não descurando os contornos tendencialmente unificados presentes nos instrumentos de Direito Internacional que valem no ordenamento jurídico português¹ – o artigo 8.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e os artigos 5.º² e 15.º³ da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁴ (CDFUE), esta dimensão do princípio encontra a sua base imediata no n.º 1 do artigo 47.º da Constituição da República Portuguesa (AR, 1976)⁵, sendo *jus cogens*⁶.

¹ Designadamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 4.º), o Pacto Internacional relativo aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (artigo 6.º, § 1) e o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 8.º, § 3/a).

² Com epígrafe “proibição da escravidão e do trabalho forçado”, o preceito dispõe que: “(n)inguém pode ser sujeito a escravidão nem a servidão” (n.º 1), “(n)inguém pode ser constrangido a realizar trabalho forçado ou obrigatório” (n.º 2) e que “(é) proibido o tráfico de seres humanos” (n.º 3).

³ Com epígrafe “liberdade profissional e direito de trabalhar”, o preceito prevê que: “(t)odas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite” (n.º 1), “(t)odos os cidadãos da União têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro” (n.º 2) e que “(o)s nacionais de países terceiros que sejam autorizados a trabalhar no território dos Estados-Membros têm direito a condições de trabalho equivalentes àquelas de que beneficiam os cidadãos da União” (n.º 3).

⁴ Como salienta Maria Luísa Duarte (2010: 169 -), a Carta, não integrando o articulado dos Tratados, consubstancia um texto proclamatório de direitos de vocação geral, que, no entanto, à luz do n.º 1 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia, “tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”. Sobre o valor normativo da Carta antes do Tratado de Lisboa, cuja dimensão interpretativa era já manifesta, cf. *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Landmark in the European Landscape in the European Landscape and the Prospect for a Dynamic Role of the Ombudsman* (Ventura & Martins, 2003: 129-146).

⁵ “Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade” (AR, 1976).

⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd* (Segunda fase) (Bélgica c. Espanha), parecer do juiz Ammoun (TIJ, 1970: 3, 32, 304). Ver também o artigo 53.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. A consideração refere-se à escravatura e à servidão, abrangendo, no entanto, e em plano tendencial, a proibição do trabalho forçado, uma vez que da contraposição entre os ns.º 1 e 2 do artigo 15.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, entrecorre uma proibição absoluta da escravatura e da servidão, mesmo em caso de estado de emergência ou necessidade, ao passo que a proibição do trabalho forçado poderá ser derogada se o bem-estar da Nação assim o exigir. Vide ainda *Focus on Article 4 of the ECGR* (Leventhal, 2005: 237-243).

II. O alcance do artigo 4.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

3. Com epígrafe *Proibição da escravidão e do trabalho forçado*, o artigo 4.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) estabelece que:

- “1. Ninguém pode ser mantido em escravidão ou servidão.
2. Ninguém pode ser constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório.
3. Não será considerado ‘trabalho forçado ou obrigatório’ no sentido do presente artigo:
 - a) qualquer trabalho exigido normalmente a uma pessoa submetida a detenção nas condições previstas pelo artigo 5.º da presente Convenção, ou enquanto estiver em liberdade condicional;
 - b) qualquer serviço de carácter militar ou, no caso de objetores de consciência, nos países em que a objeção de consciência for reconhecida como legítima, qualquer outro serviço que substitua o serviço militar obrigatório;
 - c) qualquer serviço exigido no caso de crise ou de calamidade que ameacem a vida ou o bem-estar da comunidade;
 - d) qualquer trabalho ou serviço que fizer parte das obrigações cívicas normais.” (Conselho da Europa, 1990).

4. À luz do artigo 4.º da CEHD, é juridicamente livre o trabalho que alguém realiza no cumprimento de uma obrigação assumida em razão de necessidades económicas ou de sobrevivência, pois esse constrangimento é um dado básico essencial à compreensão do contrato de trabalho e do Direito que o regula (Leite, 1998: 42). Está-se, em todo o caso, perante uma aceção lata do termo *trabalho*, que abrange qualquer trabalho, serviço ou atividade [Van der Musselle v. Belgium (TEDH, 1983: § 3)] com ou sem título contratual que o enquadre.

Aqui, tem sido pacífico que também o trabalho penitenciário ou o serviço cívico imposto a objetores de consciência não colidem com a proibição de trabalho forçado ou obrigatório. Assim, se, no ordenamento germânico, o § 3 do art.º 12 da Lei Fundamental (*Grundgesetz* ou GG), restringe a admissibilidade do trabalho obrigatório “ao caso de privação da liberdade

imposta por sentença judicial” (Bundestag, 1949), também no ordenamento gaulês é igualmente pacífico que o trabalho penitenciário não pode ser considerado como uma sanção, mas tão somente como um instrumento destinado a facilitar a reinserção dos condenados, acomodando-se aos fins de prevenção de comportamentos delinquentes que permeiam a legislação penal e abrindo caminho, por via de uma atividade socialmente útil, à opção livre por um exercício pleno da cidadania convivencialmente contextualizado [em aplicação: *De Wilde, Ooms & Versyp c. Bélgica* § 90 (TDHE, 1971)⁷], circunstância em que, e ao arrepio da Convenção n.º 29 da OIT (ILO, 1930), tão pouco se tem exigido que os cidadãos a cumprir pena de prisão executem o seu trabalho ao abrigo de um contrato feito com o Estado ou com uma autoridade pública⁸.

5. Neste plano, se o n.º 2 do artigo 4.º da CEDH deve ser lido em conjunto com as Convenções da OIT [por exemplo: *Iversen v. Norway* (ComEDH, 1963)⁹], e os elementos caracterizantes do conceito de trabalho forçado estão no facto de se cuidar de (i) um trabalho ou serviço realizado involuntariamente, (ii) sob ameaça de qualquer castigo e (iii) injusto ou opressivo, ou que envolva um sofrimento evitável, o n.º 4 do artigo 4.º da CEDH afasta também do conceito de trabalho forçado ou obrigatório o trabalho prisional normal [em aplicação: *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* (TEDH, 1971; cf. Bates, 2010: 347), *Van Droogenbroeck v. Belgium* (TEDH,

⁷ Por exemplo, *La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples* (Le Crom, 2006 : 145) ; ou *La libertad de trabajo y la interdicción del trabajo forzoso* (Rodríguez-Piñero & Bravo-Ferrer, 2011: 8-9).

⁸ Cf. *Decision Twenty-one Detained People vs. Germany* (ComEDH, 1968), permitindo-se, desta forma, embora em plano que se vulnera a críticas, o trabalho prisional a cargo de empresas privadas.

⁹ Esteve em causa o trabalho de um ano num serviço público dentário no Norte da Noruega, para o qual foram mobilizados dois licenciados em medicina dentária, tratando-se de área geográfica onde as carências eram manifestas e que se confrontava com um problema grave nesse domínio. Vide ainda *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights* (Bates, 2010: 219-221); e *Law of the European Convention on Human Rights* (Harris et al, 2014: 283).

1982; cf. Bates, 2010: 141-), *Stummer v. Austria* (TEDH, 2011a: § 93)¹⁰], embora, de acordo com o sentido primário de *evitar decisões arbitrárias de imposição de trabalho* [*Twenty-one Detained People v. Germany* (ComEDH, 1968)], e de uma combinação com outros direitos que a CEDH alberga, já se tenha considerado como trabalho forçado a atividade laboral desenvolvida por vagabundos detidos [*De Wilde, Ooms & Versyp v. Belgium* (TEDH, 1971: § 88)] uma vez que se registava uma violação do direito de recurso a um tribunal para averiguar a legalidade da detenção que esteve na génese da obrigação laboral imposta, não esquecendo que, neste âmbito, a al./a do n.º 3 do artigo 4.º da CEDH faz apelo ao n.º 4 do artigo 5.º da Convenção (Conselho da Europa, 1990)¹¹.

Isto, na visão da Comissão Europeia de Direitos Humanos¹², uma vez que no entendimento ulterior do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) a violação do n.º 4 do artigo 5.º da CEDH não implica automaticamente a violação do artigo 4.º, dado que al./a do n.º 3 do artigo 4.º da CEDH permite o trabalho normalmente exigido aos vagabundos detidos no âmbito da al./e do n.º 1 do artigo 5.º da CEDH [*De Wilde, Ooms & Versyp vs.*

¹⁰ Com idêntico enquadramento, veja-se, por exemplo, *C.N. v. The United Kingdom* (TEDH, 2013: §§ 34-35); e *Law of the European Convention on Human Rights* (Harris et al, 2014: 282).

¹¹ Estabelece, para o efeito, a al./a do n.º 3 do artigo 4.º da CEDH que será considerado trabalho forçado “qualquer trabalho exigido normalmente a uma pessoa submetida a detenção nas condições previstas pelo artigo 5.º da presente Convenção (...)”.

¹² A alusão ao enquadramento assumido pela Comissão Europeia de Direitos Humanos implica uma referência às alterações trazidas pelo Protocolo Adicional n.º 11 à CEDH – adotado em 11.05.1994 e com entrada em vigor a 01.11.1998 -, materializadas na reconfiguração do TEDH, que concentrou as competências anteriormente dispersas pela Comissão Europeia dos Direitos Humanos, pelo TEDH e pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa. Com efeito, até à entrada em vigor do Protocolo, a Comissão, criada em 1954, pronunciava-se sobre a admissibilidade das queixas, delimitando os factos dissimiláveis e procurando uma resolução amigável do diferendo; se esta resolução não fosse possível, o TEDH, criado em 1959, era chamado a pronunciar-se e formulava um parecer sobre a (não) violação da CEDH, enquanto antecâmara do acórdão definitivo a cuja prolação se encontrava outro tanto obrigado. O Comité de Ministros do Conselho da Europa, por seu turno, estava encarregue da adoção de uma decisão, também ela definitiva e obrigatória, sobre os casos que não fossem submetidos ao TEDH.

Belgium (TEDH, 1971: § 88)], enquadramento jurisprudencial cujas consequências práticas estão na redução do sentido protetivo subjacente à proibição do trabalho forçado, pois se as autoridades nacionais de cada Estado não protegerem eficazmente os direitos dos cidadãos detidos¹³, fica prejudicada a possibilidade de a detenção ser entendível como feita “nas condições previstas pelo artigo 5.º da presente Convenção”, conforme estabelece a al./a do n.º 3 do artigo 4.º da CEDH.

6. Nesta sequência, tratando-se de verificar *in primis* se os traços definitórios do conceito de trabalho forçado se encontram preenchidos, e sem prejuízo de com referência ao trabalho prisional o TEDH encorajar os Estados à confeção de um esquema de seguro social específico¹⁴, assume especial relevância a exclusão convencional¹⁵:

- (i) do serviço militar e do serviço cívico imposto a objetores de consciência [*Johansen v. Norway* (ComEDH, 1985) e *Bayatyan v. Armenia* (TEDH, 2011b)¹⁶];

¹³ *In casu*, o direito a ser informado (n.º 2 do artigo 5. da CEDH), o direito à celeridade do processo (n.º 3 do artigo 5.º da CEDH), o direito a obter uma decisão sobre a legalidade da detenção (n.º 4 do artigo 5. da CEDH) ou o direito a indemnização por violação das garantias processuais (n.º 5 do artigo 5.º da CEDH).

¹⁴ Salientando o aspeto e fazendo referência às passagens em que o Tribunal alude ao *European Prison Rules* 2006 (26.17), que estabelece que, na medida do possível, os cidadãos a cumprir pena de prisão devem ser incluídos nos sistemas de segurança social nacionais, veja-se *Law of the European Convention on Human Rights* (Harris et al 2014: 282-283), na jurisprudência, *Stummer v. Austria De Wilde* (TEDH, 2011a: § 8).

¹⁵ Tratando-se de assunto que merece reflexão detida, não entraremos na *vexata quaestio* de saber se, estando inverificado o conceito de trabalho forçado no sentido do n.º 2 do artigo 4.º em razão da convocação de uma das situações previstas nas alíneas do n.º 3 do artigo 4.º, é possível haver uma violação da CEDH, uma vez que faz curso a opinião de que o n.º 3 do artigo 4.º da CEDH exclui as situações aí previstas do âmbito de proteção da CEDH e não apenas do âmbito aplicativo do conceito de trabalho forçado. Cabe apenas notar que, com referência a este aspeto, o TEDH, em *Zarb v. Adami vs. Malta*, § 7, não deixou de transparecer que o n.º 3 do artigo 4.º da CEDH, ao enumerar os deveres e serviços que os Estados podem estabelecer, incluí-os no raio protetivo da CEDH.

¹⁶ Cf. *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights* (Dzehtsiarou, 2015: 141-142).

- (ii) do serviço exigido em caso de emergência ou de calamidade pública [*Iversen v. Norway* (ComEDH, 1963)¹⁷] e;
- (iii) do trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais [*Four companies v. Austria* (ComEDH, 1976)¹⁸, *Van der Mussele v. Belgium* (TEDH, 1983), *Karlheinz Schmidt v. Germany* (TEDH, 1994)¹⁹ e *Zarb Adami v. Malta* (TEDH, 2006)²⁰], exclusão que, aparecendo recortada a partir do artigo 8.º do PIDCP, já cobriu situações tão diversas quanto as obrigações impostas a uma locadora relativas às obras de melhoramento de um edifício ou o dever de dedução, a cargo de um empregador, das taxas incidentes sobre a retribuição devida a um trabalhador (cf. Harris et al, 2014: 284).

7. No emblemático e muito difundido caso *Van der Mussele v. Belgium* (TEDH, 1983), em que se colacionou, além da CEDH, a Convenção n.º 29 da Organização internacional do Trabalho (OIT) (ILO, 1930)²¹, o TEDH considerou que o regime belga que obrigava os advogados-estagiários a desenvolver gratuitamente a função de defensores oficiosos não configurava uma situação de trabalho obrigatório, uma vez que se trata(va) de uma

¹⁷ Esteve em causa o trabalho de um ano num serviço público dentário no Norte da Noruega, para o qual foram mobilizados dois licenciados em medicina dentária, tratando-se de área geográfica onde as carências eram manifestas e que se confrontava com um problema grave nesse domínio. Vide ainda *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights* (Bates, 2010: 219-221); e *Law of the European Convention on Human Rights* (Harris et al, 2014: 283).

¹⁸ Cf. nota 12 em *Law of the European Convention on Human Rights* (Harris et al, 2014: 281).

¹⁹ Com referência à obrigação imposta de gaseamento de trincheiras e à sua atendibilidade, cf. *European Convention Protection of the Right to Liberty and Security: A Minimum European Standard* (Art. 5 ECHR) (Usera, 2012: 104-105).

²⁰ Cf. *Migrants at Work: Immigration and Vulnerability in Labour Law* (Fudge & Strauss, 2014: 187).

²¹ Adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho na sua 14.ª sessão, em Genebra, a 28.06.1930, aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 40 646, de 16.06.1956 (MNE, 1956) e, no que à ordem jurídica portuguesa diz respeito, com entrada em vigor em 26.06.1957.

obrigação contível na função social subjacente ao exercício da advocacia²² e sobejava tempo suficiente para que estes profissionais pudessem desenvolver outras atividades remuneradas, que garantissem a angariação de meios económicos de sustento.

8. Não se estando, apesar da ausência de qualquer remuneração ou tão pouco diante da inexistência de uma compensação que cobrisse as despesas subjacentes, perante um encargo desmesurado – valoração que afastou o recorte da obrigação de trabalhar como uma sanção –, a fundamentação que tem marcado a jurisprudência sequente do TEDH faz apelos vinculados a uma conceção de solidariedade social e à não desproporção da obrigação laboral estabelecida, embutindo-se no *iter* decisório factores conexos com a *consciência social dominante*²³ [por exemplo: *Steindel v. Germany* (TEDH, 2010), *Bucha v. Slovakia* (TEDH, 2011c) e *Graziani-Weiss v. Austria* (TEDH, 2011d)], que aportam, em sequência, o intérprete-aplicador ao conceito de “obrigações cívicas normais” (al./d do n.º 2 do artigo 4.º da CEDH).

Convocando-se também especial atenção à situação de vulnerabilidade dos interessados em desenvolver uma determinada atividade, esta circunstância pode pré-conformar o enquadramento prudencial desenvolvido pelo intérprete-aplicador quanto ao consentimento prestado por alguém para o exercício de uma atividade sem condições mínimas, retirando, desta forma, alcance à exigência de um consentimento, livre, consciente e esclarecido do trabalhador²⁴, sempre que, na prática, a liberdade de trabalho fique

²² Por todos, cf. *Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, (Chistoffersen, 2009: 82-83).

²³ Em excursus, *Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments*, (Auweraert, 2002: 234 -).

²⁴ Cabe, contudo, referir que, como fazem notar Álvarez García & Queralt Jiménez (2012: 118), o consentimento do trabalhador não tem um valor absolutamente excludente, importando analisar a situação de forma objetiva, à luz dos valores tutelados pelo artigo 4.º da CEDH. Nesse sentido, trazendo-se frequentemente à discussão o caso *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* (TEDH, 1971), assume especial importância o esclarecimento jurídico do trabalhador,

comprometida. Na premissa de que o Direito é um momento concreto (*quid sit iuris*), não é possível desatender a fatores aparentemente acidentais, como a idade do trabalhador ou a sua situação familiar (cf. Galantino, 1995: 393; Gavalda, 1999: 589-590)²⁵, implicando-se, pois, uma concretude analítica que, sem ignorar o recurso ao sistema e a suscetibilidade de generalizações, deve comportar uma justificação no plano das consequências específicas que não pode/deve ser separada da irredutibilidade da situação que envolve o cidadão-trabalhador. Será assim, sem que se possa esquecer que a coação, embora sem ser direta, existe sempre que não existam alternativas efetivas de comportamento e se verifiquem situações cuja disparidade material de poder não consente a existência de uma opção de recusa²⁶, cabendo, em acréscimo, não esquecer que as modernas formas de escravatura se encontram largamente associadas ao tráfico de seres humanos, fenómeno que tem alargado a aplicação do artigo 4.º da CEDH (Renucci, 2013: 128; Harris et al, 2014: 284).

9. Rejeitando-se expressamente a possibilidade de existir uma atividade produtiva com carácter sancionatório à margem da vontade do trabalhador, as folgas interpretativas subjacentes ao artigo 4.º da CEDH encontram-se

embora estejamos em zona que, afetando o âmago do princípio da dignidade da pessoa humana, se caracteriza pela irrenunciabilidade.

²⁵ Com referência às *restrictive covenants*, no caso *Greer v. Sketchley Ltd* (EWCA, 1979), conforme faz notar Lockton (2006: 354), e ainda mais salientemente na contenda *Fellowes & Son v. Fisher* (Q.B., 1976), atendeu-se mesmo à densidade populacional da área coberta pela interdição laboral para se julgar inválida (*void*) uma obrigação de não concorrência, em razão de um invocado atropelo ao princípio da proporcionalidade (*principle of reasonableness*).

²⁶ Como faz notar Jayasuryia (2001: 70-71), compreender as formas de “coação indireta” permite-nos construir um modelo de autonomia individual e uma recontextualização do paradigma do agente responsável que forma as suas opções com base em esquemas racionais. O conceito, como aparece explicitado em *The Cost of Coercion: Global Report Under the Follow-up to the ILO Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work* (ILO, 2009: 28), tem servido de base a um conjunto de políticas da OIT direcionadas à proteção de trabalhadores estrangeiros (designadamente: restrição de movimentos e vigilância, retenção de documentos ou dinheiro ou ameaça de denúncia às autoridades), não esgotando, contudo, a sua aplicabilidade nesse domínio, como, embora centrado na responsabilidade pendente sobre o trabalhador em caso de incumprimento, precursoramente fez notar Barassi (2003: 201, 800).

sobretudo nas alíneas c) e d), que, respetivamente, excluem do conceito de trabalho forçado ou obrigatório “qualquer serviço exigido no caso de crise ou de calamidade que ameacem a vida ou o bem-estar da comunidade” e “qualquer trabalho ou serviço que fizer parte das obrigações cívicas normais”.

10. Essas folgas são tão mais salientes quanto a jurisprudência do TEDH tem sido marcada por uma linha sinalizada à constituição de obrigações positivas a cargo dos Estados (= adoção de comportamentos promotores das condições necessárias a garantir *de pleno* a liberdade de trabalho), cujo alcance prático tem estado na sua responsabilização sempre que se logre provar que os Estados não agiram de modo a prevenir e a coartar as situações que a CEDH interdita (cf. Barreto, 2010: 291) [neste sentido, e com referência à CEDH, veja-se *Siliadin vs. France* (TEDH, 2005), onde cuidou de uma adolescente que, estando em situação ilegal num país estrangeiro, vivia com medo de ser presa, temor que, segundo os factos provados, era infundido por quem a explorava, e que carecia de adequada cobertura juscriminal]²⁷.

Se, com referência à última previsão (= “qualquer trabalho ou serviço que fizer parte das obrigações cívicas normais”), surgem geralmente dificuldades a propósito de uma discriminação fundada no género (TEDH)²⁸ e se, deste modo, já foi considerada como *obrigação cívica normal* o cumprimento

²⁷ O TEDH concluiu pela violação, por parte do Estado francês, das obrigações positivas que lhe incumbem nos termos do artigo 4 da CEDH (designadamente político-criminais), relativamente ao serviço doméstico não remunerado executado por um jovem togolês que havia sido acolhido em França por um casal amigo da sua família. Cf. “*Esclavage domestique*” et *Convention européenne des droits de l’homme* (Sudre, 2005: 1956, §10142).

²⁸ Cf. *Zarb Adami vs. Malta* (TEDH, 2006: §§ 82, 83). Esteve em causa a seleção de jurados do género masculino, numa situação em que o convocado já havia integrado três júris, tendo-se recusado à quarta convocatória (1997) e alegando, para tanto, que, no plano estatístico, nos cinco anos anteriores, apenas 3,05% das mulheres, em oposição a 96,95% de homens, serviram como jurados. O TEDH, considerando que as autoridades não explicaram de forma clara e suficiente a diferenciação de género subjacente, julgou a medida discriminatória. Vide ainda *European Convention Protection of the Right to Liberty and Security: A Minimum European Standard* (Usera, 2012: 105); e *Law of the European Convention on Human Rights* (Harris et al 2014: 283).

do serviço de sapador-bombeiro²⁹ - o mesmo sucedendo com a contribuição financeira devida em substituição desse serviço, face à sua ligação direta com a prestação do serviço que visa substituir³⁰ -, o TEDH, na sequência da linha argumentativa que cunhou o caso *Van der Musselle v. Belgium* (TEDH, 1983), entendeu que o exercício de funções de curador legal (não remuneradas) de um cidadão portador de deficiência mental legalmente impostas aos advogados não era recortável como um trabalho forçado ou obrigatório [*Graziani-Weiss v. Austria* TEDH, 2011d)].

Embora aí, por contraste com a fundamentação presente em *Van der Musselle v. Belgium* (TEDH, 1983), não fosse possível afirmar que “os advogados não tinham quaisquer perdas financeiras” ou que a ausência de remuneração prevista para a intervenção oficiosa dos advogados-estagiários não podia apagar as vantagens que estes podem retirar dessa atividade e a possibilidade de exercerem lateralmente um conjunto de atividades economicamente compensáveis - dado que as funções de curador, além de não serem remuneradas, não apresenta(va)m, segundo as regras da experiência de vida, qualquer vantagem obténível pelo advogado no exercício das funções de curatela, tendo, além do mais, uma duração de tal sorte prolongada no tempo, que revestia foros de permanência -, o *iter* argumentativo percorrido não se desvia, em substância, daquele que havia transitado, décadas antes, a análise da obrigação pendente sobre os notários de cobrança de honorários reduzidos sempre que os atos praticados sejam associados a pessoas coletivas sem fins lucrativos [*X vs. F.R. Germany* (ComEDH, 1979), (Renucci, 2013: 127)].

11. Ora, se nesse âmbito tem sido patente, ao menos com referência às profissões liberais, o argumentário que tem excluído um conjunto de situações em que o trabalhador se vê compelido a desenvolver uma atividade contra a

²⁹ Cf. *Karlheinz Schmidt v. Germany*, (TEDH, 1994: § 22).

³⁰ Cf. *Karlheinz Schmidt vs. Germany* (TEDH, 1994, § 23).

sua vontade - enquadramento que, no seu cerne, se tem fundamentado (i) nas tarefas implicitamente associadas a uma profissão livremente escolhida e (ii) na ausência de ofensa ao princípio da proibição do excesso (cf. Christofferson, 2009: 81-), cabe avultar o repositório de casos que atinam com profissionais que exercem a sua atividade na área da justiça, área de soberania em que, diante da fundamentalidade do direito em causa, se têm construído obrigações de natureza comunitária a cargo dos profissionais que nela intervenham com vista à concretização de um conjunto de direitos comunitariamente importantes, cuja prossecução, encontrando reflexo em outros direitos protegidos pela CEDH³¹, constitui ainda um corolário da *profissão livremente escolhida*.

Contudo, se, não raro, esta linha argumentativa tende a fundir o princípio da liberdade de trabalho com a liberdade de escolha da profissão (a liberdade de escolha da profissão e a liberdade de trabalho encontram-se, em rigor, numa relação *species/genus*) e já se estendeu à obrigação imposta a médicos de participar num dispositivo de serviços de urgência [*Steindel vs. Germany* (TEDH, 2010)], é ainda grande a infixidez argumentativa gerada em torno da (des)necessidade de uma retribuição, embora a ausência deste elemento tenda a ser admitida nas situações em que a atividade imposta é recortada como condição de acesso à profissão, face às vantagens futuramente obteníveis [ainda: *Van der Musselle v. Belgium* (TEDH, 1983: § 36)].

12. Com efeito, sabendo-se que a causa de um contrato de trabalho, sem prejuízo da tutela específica reclamada pela dimensão instrumental do trabalho em relação à personalidade, consiste na troca do trabalho (*prestação personalíssima*) por uma retribuição (cf. Abrantes, 2005: 48) - e, por isso, num contrato de trabalho, prestação e contraprestação estão numa relação recíproca (sinalagma) -, a ausência de retribuição não tem considerada

³¹ V.g. a al./c do n.º 3 do artigo 6.º da CEDH, que consagra o direito a ser defendido.

absolutamente fundamental para o preenchimento do conceito de trabalho forçado ou obrigatório, conquanto a profissão subjacente haja sido escolhida voluntariamente.

Cuidando-se do que se verifica no âmbito de direitos e obrigações civis e também nas situações em que se verifica *de facto* uma insolvência do empregador [Sokur v. Ukraine (TEDH, 2002: § 4)³²], as situações em que *de iure* não se encontra garantida qualquer contraprestação a cargo do beneficiário da prestação de trabalho carecem de uma valoração global, que, atendendo à inexistência de previsão acerca do pagamento de uma retribuição, não esgotam o seu âmbito na verificação desse elemento [Siliadin v. France (TEDH, 2005: § 114³³].

Na verdade, importa não esquecer que o benefício de uma retribuição não envolve necessariamente um trabalho desenvolvido de forma voluntária ou alheio a qualquer ameaça de castigo e/ou sanção. Tal significa, por um lado, que a presença do elemento retributivo não é absolutamente indispensável e que, por outro, esse elemento não pode ser valorado isoladamente. Ou seja: pode haver trabalho forçado e/ou obrigatório no quadro de um contrato oneroso; mas uma atividade com características laborais não implica *ipso iure* a presença do conceito de trabalho forçado e/ou obrigatório se não se topar com o elemento retributivo.

13. Em sequência, também a (i)licitude da atividade laboral é desprovida de relevância. O que interessa, conforme sublinha a OIT, é que o trabalho seja prestado sob ameaça de qualquer castigo, desconsiderando-se o facto de o país em causa considerar legal ou ilegal essa atividade³⁴. Para lá do

³² Cf. *The Reception of Asylum Seekers under International Law: Between Sovereignty and Equality* (Sligenberg, 2014: 318).

³³ Cf., entre outros: *Prohibition of Slavery and Forced Labour* (Askola, 2014: 110-111).

³⁴ Cf. *A Global Alliance Against Forced Labour - Global Report Under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* (ILO 2005: 6, § 16), avançando-se como exemplo a prostituição.

distinguo entre um trabalho livre e a contratualidade da situação que o pode enquadrar, a falta de relevância atribuível à (in)idoneidade do objeto do contrato de trabalho para a verificação da voluntariedade do trabalhador quanto à atividade desenvolvida é ainda um corolário lógico da impossibilidade de validação de uma situação ilícita a partir da ilicitude da atividade subjacente, (in)admitindo-se que a violação da lei se possa postar como o caminho de acesso à obtenção de algo a que só por via da observância da lei se poderá aceder.

Se, com esta perspetiva, se visa outro tanto atalhar a que o conceito de trabalho forçado ou obrigatório quede abandonado às diferentes legislações estaduais – de contrário, a proibição legal do exercício de determinada atividade implicaria que o seu exercício, por mais degradantes que fossem as condições subjacentes, se encontrasse excluído do conceito de trabalho forçado ou obrigatório e desfigurar-se-iam as preocupações implicadas por uma interpretação uniforme da CEDH, cuja exegese se processa à luz da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados –, os indicadores que heurísticamente são utilizáveis para afastar a voluntariedade do trabalho desenvolvido dizem respeito a circunstâncias concretas, que, para lá das situações de capacidade negocial diminuída ou de menoridade, são condensáveis em indicadores como:

- (i) o engano,
- (ii) a restrição da circulação,
- (iii) o isolamento,
- (iv) a violência física e sexual,
- (v) a intimidação e as ameaças,
- (vi) a retenção de documentos de identidade,
- (vii) a retenção da remuneração,
- (viii) a servidão por dívidas,

- (ix) as condições de trabalho e de vida abusivas ou
- (x) as *horas extra* excessivas.

14. Cuidando-se de saber se, *de facto*, o trabalho é exercido de forma voluntária, é importante salientar que a voluntariedade muitas vezes existe a montante, mas que, por erro ou por alteração dos quadros organizacionais em que o trabalho se desenvolve, ela desaparece com o desenvolvimento da relação laboral, circunstância em que a convocação do teste da incoercibilidade *lato sensu* permitirá comprovar se o trabalho é, *de iure*, exercido de forma voluntária (cf. Costello, 2015: 202; Harris et al, 2014: 281). É aliás hoje pacífico que a noção de *menace of penalty* não se confina às penas de prisão ou à violência física, abrangendo também as ameaças psicológicas, de natureza mais ou menos subtil, como as que atinam com ameaças de denúncia à polícia ou às autoridades de imigração quanto à ilegalidade do estatuto laboral do trabalhador em causa³⁵.

Tratando-se de uma construção de tipo central, existe, porém, uma permeabilidade a pulsões periféricas, que se liga, antes do mais, ao tipo de vinculação assumida e à maturidade e/ou esclarecimento do trabalhador envolvido, e que, nesse sentido, convoca uma valoração concreta da noção de *menace of penalty*, cuja verificação pode ocorrer a partir da perceção, necessariamente subjetiva, da gravidade da ameaça³⁶. Para tanto, podem ser relevantes fatores aparentemente estocásticos, como as funções desempenháveis pelo trabalhador, a sua idade ou nacionalidade, o respetivo enquadramento familiar ou a existência de uma vinculação acompanhada de advogado.

³⁵ Também, em invocação do caso CN, *Migrants and Forced Labour: A Labour Law Response* (Costello, 2015: 203).

³⁶ Ainda: *Siliadin vs. France* (TEDH, 2005: § 118).

Nesse quadro, a noção contemplará tanto as circunstâncias que envolvem factualmente o trabalhador *a latere* de qualquer enquadramento legal lidimatório quanto as soluções legais que, direta ou reflexamente, estabelecem sanções desproporcionadas para a cessação de um vínculo laboral, já que, tratando-se da assunção de uma prestação de caráter voluntário, a voluntariedade exigível, em razão do compromisso pessoal implicado, manifesta-se quer no momento inicial de constituição da situação laboral, quer no momento da sua extinção. Ou não fosse o caráter livre do trabalho, enquanto expressão da dignidade de cada qual, a essência de um vínculo de trabalho (Olea, 1968: 239-240).

Referências

- Abrantes, J. J. (2008).** *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- AGNU / Assembleia Geral das Nações Unidas (1948).** *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Resolução 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948.
- AGNU / Assembleia Geral das Nações Unidas (1966).** *Pacto Internacional sobre Direitos Económicos e Sociais e Culturais*. Resolução 2200A (XXI), de 16 de dezembro de 1966.
- AGNU / Assembleia Geral das Nações Unidas (1966).** *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*. Resolução 2200A (XXI), de 16 de dezembro de 1966.
- AR / Assembleia da República (1976).** *Constituição da República Portuguesa – VII Revisão Constitucional* (2005). Versão *online* disponível em: <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa> (consultado em 29/12/2018).
- Askola, H. (2014).** Prohibition of Slavery and Forced Labour. In Peers, S., & Ward, A., *The European Union Charter of Fundamental Rights*. Oxford: Hart Publishing.
- Auwaert, P. Van Der; Pelsmaker; T. De; Sarkin, J.; Lanotte, J. Van De (2002).** *Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments*. Antwerp: Maklu.
- Barassi, L. (2003).** *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Milano: Vita e Pensiero.
- Barreto, I. V. (2010).** *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (4ª ed.), Coimbra: Almedina.

Bates, E. (2010). *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Bundestag (1949). *Basic Law for the Federal Republic of Germany*, 23 May 1949, amended in June 2008. Versão em inglês disponível em: <https://bit.ly/2Ypq8bb> (consultado em 12/12/2018).

Christoffersen, J. (2009). *Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. Leiden: Brill / Nijhoff.

ComEDH / Comissão Europeia de Direitos Humanos (1963). *Iversen v. Norway (Forced service for dentist)*, Queixa n.º 1468/62. Acórdão de 17 de dezembro de 1963.

ComEDH / Comissão Europeia de Direitos Humanos (1968). *Twenty-one detained persons v. Germany*, Queixa n.º 3134/67 e outras vinte. Acórdão de 6 de abril de 1968.

ComEDH / Comissão Europeia de Direitos Humanos (1976). *Four Companies v. Austria*, Queixa n.º 7427/76. Acórdão de 27 de setembro de 1976.

ComEDH / Comissão Europeia de Direitos Humanos (1979). *X. v. Federal Republic of Germany*, Queixa n.º 8410/78. Acórdão de 13 de dezembro de 1979.

ComEDH / Comissão Europeia de Direitos Humanos (1985). *Johansen v. Norway*, Queixa n.º 10600/83. Acórdão de 14 de outubro de 1985.

Conselho da Europa (1990). *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* [e respetivos protocolos], de 4 de novembro de 1950. Estrasburgo: Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Conselho da Europa (2006). *Recomendação do Comité de Ministros dos Estados Membros States sobre Regras Penitenciárias Europeias* [Rec(2006)2], de 11 de janeiro de 2006.

Costello, V. (2015). Migrants and Forced Labour: A Labour Law Response. In Bogg, A., Costello, V., Davies, A. V. L., & Prassl, J., *The autonomy of labour law*. Oxford: Hart Publishing.

Duarte, M. L. (2010). A União Europeia e o sistema europeu de proteção dos direitos fundamentais – a chancela do Tratado de Lisboa. *Cadernos o Direito* (5) 169-189.

Dzehtsiarou, K. (2015). *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

EWCA / England and Wales Court of Appeal (1979). *Greer v. Sketchley Ltd*, CA 22 Feb 1978, EWCA Civ 8. *Industrial Relations Law Reports* 1979 (IRLR 445).

Fudge, J. & Strauss, K. (2014a). Migrants at Work: Immigration and Vulnerability. In Costello, V. & Freedland M. (eds.), *Labour Law*. Oxford: Oxford University Press.

Fudge, J. & Strauss, K. (2014b). Migrants, Unfree Labour, and the Legal Construction of Domestic Servitude: Migrant Domestic Workers. In Costello, V., & Freedland, M. R. (Eds.). *Migrants at work: immigration and vulnerability in labour law*. Oxford: Oxford University Press.

Galantino, L. (1995). *Diritto del Lavoro*. Torino: Giappichelli Editore.

García, J. A. & Jiménez, A. Q. (2012). “European Convention Protection of the Right to Liberty and Security: A Minimum European Standard (Art. 5 TEDH). In Roca, J. G. & Santolaya, P. (Eds.), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*. Leiden: Brill / Nijhoff.

Gavalda, N. (1999). Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail. *Droit social* (6), 582-590.

Graber, A. (2014). *Dynamic Interpretation in International Criminal Law: Striking a Balance between Stability and Change*. Munich: Herbert Utz Verlag.

Harris, D.; O'Boyle, M. & Buckley, V. (2014). *Law of the European Convention on Human Rights* (4th ed.). Oxford: Oxford University Press.

Hufen, F. (1994). Berufsfreiheit - Erinnerung an ein Grundrecht. *NJW*, 2913-2922.

ILO / International Labour Organization (1930). *Forced Labour Convention*, C29, 28 June 1930.

ILO / International Labour Organization (2005). *A Global Alliance Against Forced Labour - Global Report Under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*. Geneva: ILO.

ILO / International Labour Organization (2009). *The Cost of Coercion: Global Report Under the Follow-up to the ILO Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work*, Geneva: ILO.

Jayasuryia, K. (2001). Autonomy, Liberalism and the New Contractualism. *Law in Context*, 18 (2), 57-78.

Le Crom, J-P. (2006). La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples. *Diritto romano attuale* (15), 139-162.

Leite, Jorge (1998). *Direito do Trabalho. Vol. I*. Lisboa: Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra.

Leventhal, Z. (2005). Focus on Article 4 of the ECGR. *Judicial Review* 2005, 10 (3), 237-243.

Lockton, D. J. (2006). *Employment Law* (4th ed.) London: Cavendish Pub.

MNE/ Ministério dos Negócios Estrangeiros (1956). Decreto n.º 40 646. *Diário do Governo* n.º 123/1956, I Série, de 16/06/1956.

Mortati, V. (1954). Il lavoro nella Costituzione. *Il Diritto del Lavoro*, XXVIII (I).

Olea, Alonso (1968). *Introdução ao Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Editora Sulina.

ONU (1969). *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, de 23 de maio 1969.

Q.B. / High Court of Justice, Queen's Bench (1976). *Fellowes & Son v. Fisher*, Q.B. 122. *Weekly Law Reports* (WLR 184).

Renucci, J-F. (2013). *Droit Européen des Droits de L'Homme*. Paris: LGDJ.

Rodriguez-Piñero & Bravo-Ferrer (2011). La libertad de trabajo y la interdicción del trabajo forzoso. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, (1), 3-16.

Slingenberg, C. H. (2014). *The Reception of Asylum Seekers under International Law: Between Sovereignty and Equality*. Oxford: Hart Publishing.

Sudre, F. (2005). "Esclavage domestique" et Convention européenne des droits de l'homme, *Semaine Juridique JCP*, Ed. Général, (42).

Supiot, A (1993). Le travail, liberté partagée. *Droit Sociale* (9/10), 715-724.

TEDH (1971). *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Queixas n.º 2832/66; 2835/66; 2899/66. Acórdão de 18 de junho de 1971.

TEDH (1982). *Van Droogenbroeck v. Belgium*, Queixa n.º 7906/77. Acórdão de 24 de junho de 1982.

TEDH (1983). *Van der Mussele v. Belgium*, Queixa n.º 8919/80. Acórdão de 23 de novembro de 1983.

TEDH (1994). *Karlheinz Schmidt v. Germany*, Queixa n.º 13580/88. Acórdão de 18 de julho de 1994.

TEDH (1996). *Johansen v. Norway*, Queixa n.º 17383/90. Acórdão de 27 de julho de 1996.

TEDH (2002). *Sokur v. Ukraine*, Queixa n.º 29439/02. Acórdão de 16 de novembro de 2002.

TEDH (2005). *Siliadin v. France*, Queixa n.º 73316/01. Acórdão de 25 de outubro de 2005.

TEDH (2006). *Zarb Adami v. Malta*, Queixa n.º 1709/02. Acórdão de 20 de junho de 2006.

TEDH (2010). *Steindel v. Germany*, Queixa n.º 29878/07. Acórdão de 14 de setembro de 2010.

TEDH (2011a). *Stummer v. Austria*, Queixa n.º 37452/02. Acórdão de 7 de julho de 2011.

TEDH (2011b). *Bayatyan v. Armenia*, Queixa n.º 23459/03. Acórdão de 7 de julho de 2011.

TEDH (2011c). *Bucha v. Slovakia*, Queixa n.º 43259/07. Acórdão de 20 de setembro de 2011.

TEDH (2011d). *Graziani-Weiss v. Austria*, Queixa n.º 31950/06. Acórdão de 18 de outubro de 2011.

TEDH (2012). *V.N. v. United Kingdom*, Queixa nº 4239/08. Acórdão de 13 de novembro de 2012.

TIJ / Tribunal Internacional de Justiça (1970). Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd (Segunda fase) (Bélgica v. Espanha), Acórdão de 5 de fevereiro de 1970. In *ICJ Reports* 1970.

UE / União Europeia (2016). Carta dos Direitos Fundamentais da União. *Jornal Oficial da União Europeia*, (2016/C 202/02), de 7 de junho de 2016.

Usera, R. V. (2012). European Convention Protection of the Right to Liberty and Security: A Minimum European Standard (Art. 5 TEDH). In Roca, J. G. & Santolaya, P. (Eds.), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*. Leiden: Brill / Nijhoff.

Ventura, V. S. & Martins, J. Z. (2003). The Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Landmark in the European Landscape and the Prospect for a Dynamic Role of the Ombudsman. In Reif, L. V., & International Ombudsman Institute, *The international ombudsman yearbook, volume 7, 2003*. Leiden: Brill / Nijhoff.

Sociedades comerciais e direitos humanos - diálogos improváveis em tempos de globalização

José Engrácia Antunes*

I. INTRODUÇÃO

I. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) representa uma das expressões mais emblemáticas do movimento de proteção internacional dos direitos humanos. É sabido que, sobretudo após o cortejo de horrores que acompanhou a I e a II Guerras Mundiais, a positivação e a proteção dos *direitos humanos* (*human rights*, *droits de l'homme*, *Menschenrecht*) foi ganhando um crescente lugar de destaque na agenda política e jurídica, quer ao nível individual dos Estados (através de uma densificação das garantias jurídico-constitucionais dos direitos fundamentais do homem) (Andrade, 2012, 20 -), quer mais tarde ao nível da própria comunidade internacional (Schutter, 2010). Espécie de “código europeu” dos direitos humanos, a CEDH de 1950 e respetivos protocolos adicionais¹ contêm um elenco vasto de direitos garantidos, tais como o direito à vida, à não sujeição a tortura ou penas degradantes, à proibição da escravatura ou servidão, à liberdade e segurança, à livre circulação e escolha de domicílio, a um processo equitativo, à não retroatividade da lei penal, ao respeito da vida familiar e privada, à liberdade de pensamento, consciência e religião, à liberdade de expressão, à liberdade de

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.

¹ Esta Convenção – intitulada oficialmente “*Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*” – foi adotada sob a égide do Conselho da Europa em 4 de novembro de 1950, tendo entrado em vigor em 1953, tendo sido modificada, até à presente data, por 15 Protocolos adicionais, e tendo sido assinada por Portugal em 1976.

reunião e de associação, e ao recurso efetivo perante instância nacional em caso de violação dos direitos garantidos, entre outros.²

II. Numa era marcada pela globalização e pela hegemonia do *homo oeconomicus*, ninguém pode ignorar o relevo da *sociedade comercial* (*corporation, company, Gesellschaft, société, società*). Trata-se indubitavelmente da mais perfeita, poderosa e complexa das pessoas coletivas de direito privado: ela está para o Direito Privado, como o Estado está neste domínio para o Direito Público. Numa proposição que peca apenas por defeito, tornou-se frequente ver afirmado que, entre as entidades económicas mais poderosas do mundo, se contam hoje cinquenta Estados e cinquenta sociedades (anónimas) – o que também explica que o instituto societário desperte amores e ódios, já que, se uns viram nela, numa frase que ficou célebre, o “instrumento maravilhoso do capitalismo moderno” (Georges Ripert), outros houve que não hesitaram em qualificá-la de “organismo de pilhagem metódica” (P. Leroy-Beaulieu). E, sem que talvez disso nos demos suficiente conta, o curso das nossas próprias vidas individuais desenvolve-se, da nascença à morte, sob a égide destas entidades, nos mais variados papéis de seu dirigente, sócio, investidor, credor, trabalhador, cliente, ou simplesmente consumidor.³

III. O presente estudo surge justamente na *encruzilhada* destes dois vetores caraterísticos da moderna era da globalização económica e jurídica: a *universalização da tutela dos direitos humanos* e a *difusão hegemónica das pessoas coletivas*. *Prima facie*, dir-se-ia tratar-se de aspetos aparentemente desconexos, sendo até a questão, em si mesma, concetualmente paradoxal: constituindo os direitos humanos, histórica e semanticamente, a expressão de um conjunto de

² Apesar dessa adesão, a Convenção tem tido um reduzido impacto na nossa legislação e jurisprudência internas, continuando hoje “a ser largamente ignorada pela comunidade jurídica em Portugal” (Coutinho, 2010: 367). Sobre a CEDH, vide, entre nós, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (Barreto, 2010).

³ Sobre o relevo da sociedade como forma jurídica de organização da empresa, seja-nos permitido reenviar para *Direito das Sociedades*, (Antunes, 2018: 13 -).

direitos essenciais e inalienáveis dos indivíduos enquanto “seres humanos”, fará sentido estendê-los a organizações etéreas e sobre-humanas movidas pelo lucro e destituídas de corpo e alma⁴? *Por outras palavras, será possível – sem cair nas garras de uma analogia antropomórfica à outrance – considerar as pessoas coletivas societárias como titulares de direitos e obrigações consagrados na CEDH, a par das pessoas singulares ou físicas?*

II. AS SOCIEDADES COMO TITULARES DE DIREITOS HUMANOS

I. A primeira questão que nos sai a caminho consiste em saber se as pessoas sociedades comerciais serão *sujeitos ativos* abrangidos no âmbito de aplicação da CEDH, ou seja, se e sob que pressupostos podem ser aquelas consideradas como titulares dos direitos e liberdades por ela garantidos.⁵

1. Requisitos Subjetivos

I. Ao contrário de outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos – é o caso do “Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos”, adotado pelas Nações Unidas em 1966 (a que Portugal aderiu em 1976), que se refere expressa e exclusivamente a pessoas individuais ou naturais⁶ –, a *CEDH reconheceu expressamente as pessoas coletivas ou morais como titulares de (alguns) direitos humanos*.

⁴ Para usar emprestada a expressão de Carl Mayer (1990: 577-677), não se estará aí a “pessoalizar o impessoal”?

⁵ Sobre as pessoas coletivas societárias como sujeitos ativos da CEDH, e, em geral, como titulares de direitos humanos, vide *L’Applicabilité des Normes Relatives aux Droits de l’Homme aux Personnes Morales de Droit Privé* (Decaux, 2002 : 549-578); *The Human Rights of Companies* (Emberland, 2006); Olivier, *L’Accès des Personnes Morales à la Cour Européenne des Droits de l’Homme* (Schutter, 2010 : 83 - 108).

⁶ Nos termos do art. 2.º, n.º 1, “cada Estado Parte compromete-se a respeitar e a garantir a todos os *indivíduos* que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto”. Sobre a exclusão de pessoas coletivas do âmbito de proteção deste pacto, vide *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, & Commentary* (Joseph et al, 2004: 53-).

II. Desde logo, recorde-se que o art. 1.º da Convenção dispõe que “as Altas Partes Contratantes reconhecem a *qualquer pessoa* dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção”: ora, ao recorrer ao termo genérico “qualquer pessoa” (e não indivíduo), os trabalhos preparatórios mostram que foi justamente intenção dos seus pais fundadores permitir que a mesma pudesse ser aplicada, em princípio, a qualquer entidade com personalidade jurídica, fosse esta singular ou coletiva⁷. Esta leitura é ainda confirmada pelo art. 34.º da Convenção, que, ao delimitar o direito de petição ou queixa, estabelece que “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”⁸. Enfim, se dúvidas subsistissem, elas seriam forçosamente dissipadas pelo art. 1.º do Primeiro Protocolo Adicional, datado de 1952, o qual, relativamente ao direito à proteção da propriedade, consagrou expressamente que “*qualquer pessoa singular ou coletiva* tem direito ao respeito dos seus bens”.⁹

III. Assim sendo, em sede geral e abstrata, podem ser objeto da proteção conferida pela CEDH todo o tipo de pessoas coletivas privadas, incluindo associações (de natureza política¹⁰, religiosa¹¹, sindical¹², etc.), fundações¹³, e, naturalmente, sociedades, sejam estas civis ou comerciais¹⁴:

⁷ Cf. *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights*, vol. I, (Council of Europe, 1975: 296 -).

⁸ Sobre o sentido destas expressões, vide *infra*: **3. Requisitos Procedimentais**.

⁹ É pacífico entre os comentaristas o relevo das pessoas coletivas, mormente sociedades, como sujeitos do direito protegido por este preceito particular (cf. Barreto, 2010; Herrarte, 2009).

¹⁰ Incluindo partidos políticos: cf. *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey* (TEDH: 1999b).

¹¹ Incluindo igrejas: cf. *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova* (TEDH, 2001e: a §101).

¹² Cf. *National Union of Belgian* (TEDH, 1975).

¹³ Sublinhe-se que o TEDH tem estendido a proteção conferida pela Convenção, quer a pessoas

como o próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) reconheceu expressamente, “nem o estatuto jurídico de sociedade anónima, nem o carácter comercial das respetivas atividades priva” estas entidades da proteção conferida pela CEDH, “a qual é aplicável a qualquer pessoa, singular ou coletiva”.¹⁵

2. Requisitos Objetivos

I. O busílis da questão, todavia, não reside tanto em saber se as sociedades podem ou não ser titulares de direitos humanos à luz da CEDH (âmbito subjetivo), mas antes, uma vez respondida afirmativamente tal questão, em determinar *quais* os direitos em causa (âmbito objetivo da proteção).

II. A resposta a tal questão é *complexa*, já que pressuporá sempre uma tomada de posição, ainda que implícita, sobre o sentido último da própria personificação coletiva. Em termos genéricos, pode afirmar-se que a titularidade de direitos humanos por pessoas coletivas societárias se encontra sujeita a um conjunto de *limites* próprios, de índole geral e concreta, que a diferencia da titularidade das pessoas singulares.

Por um lado, limites de carácter geral ou universal, decorrentes da sua própria *natureza*, que são aplicáveis a todas as pessoas coletivas. Um pouco à semelhança do que se passa com a titularidade dos direitos fundamentais nas ordens jurídicas internas¹⁶, tornou-se usual na doutrina e na jurisprudência

coletivas *em dissolução* - cf. *Buffalo S.r.l. en liquidation v. Italy* (TEDH: 2003a) - quer até a coletividades privadas *sem personalidade jurídica* - v.g., *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy*, (TEDH: 2001c).

¹⁴ Entre os tipos societários mais comuns, incluem-se as sociedades anónimas – v.g., *Caffè Roversi S.p.a. v. Italy*, (TEDH, 1992) – e as sociedades por quotas – v.g., *Buffalo S.r.l. en liquidation v. Italy* (TEDH, 2003a).

¹⁵ *Autronic AG v. Switzerland* (TEDH, 1990a: a § 47). Cf. ainda, *The Protection of Commercial Interests under the European Convention of Human Rights*, (Duffy, 1997: 525-542).

¹⁶ De acordo com o art. 12.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP), “as pessoas

considerar que as pessoas coletivas apenas são titulares de direitos consagrados na CEDH “que sejam compatíveis com a sua natureza particular” (Dijk, et al, 2006: 53; Marcus-Helmons, 1996: 151). Excluídos estarão, desde logo, aqueles direitos humanos inseparáveis da personalidade singular, postuladores de uma referência humana ou de uma “pessoa de carne e osso”, tais como o direito à vida (art. 2.º), o direito à não sujeição a tortura e penas degradantes (art. 3.º), o direito à não sujeição a escravatura (art. 4.º), o direito à instrução (art. 2.º do Primeiro Protocolo Adicional)¹⁷, o direito ao domicílio (art. 8.º)¹⁸, o direito à liberdade de consciência (art. 9.º)¹⁹, o direito ao casamento (art. 12.º)²⁰, e assim por diante.

Por outro lado, limites de carácter concreto ou individual, decorrentes do *fim* ou *escopo* concreto de cada sociedade comercial em particular. É bem-sabido que a capacidade jurídica das sociedades se encontra balizada por um princípio fundamental: o princípio da especialidade do fim, de acordo com o qual a respetiva capacidade compreende todos mas apenas os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins (art. 160.º, n.º 1, do Código Civil, art. 6.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais). Assim sendo, a titularidade coletiva dos direitos da CEDH está ainda sujeita a

coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”. Sobre o ponto, vide *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, (Andrade, 2012: 117-); e *Direito Constitucional* (Canotilho: 2002: 418-). Sublinhe-se que o Tribunal Constitucional português já chegou a afirmar que os direitos consagrados na CEDH “não dizem nada que já se não contenha nas normas ou princípios da CRP”. Vide Acórdão n.º 557/2004, (TC, 2004).

¹⁷ Cf. *Ingrid Jordebo Foundation of Christian Schools and Ingrid Jordebo v. Sweden* (ComEDH, 1987).

¹⁸ No acórdão *Asselbourg and 78 Others and Greenpeace Association v. Luxembourg*, o TEDH considerou que uma associação ambiental não pode ser vítima de uma violação do direito ao respeito do seu domicílio no sentido do art. 8.º da Convenção simplesmente em virtude do facto de a respetiva sede estar próxima das empresas industriais alvo das suas críticas em termos ambientais (TEDH, 1999a: a §1).

¹⁹ Cf. *Verein "Kontakt-Information-Therapie" (KIT) and Siegfried Hagen v. Austria*, (ComEDH, 1998).

²⁰ Aliás, sintomaticamente, este preceito faz referência expressa “ao homem e à mulher”.

um limite funcional, a determinar caso a caso em função do escopo da sociedade em causa, não sendo admissível que esta se arrogue de direitos que são estranhos ou impertinentes ao respetivo escopo legal ou estatutário próprio: assim por exemplo, não parece legítimo que uma sociedade comercial se pretenda fazer prevalecer do direito à liberdade religiosa (art. 9.º).²¹

III. Estes limites são relevantes num terreno particularmente propenso a uma espécie de *deriva antropomórfica e instrumentalizadora* dos direitos humanos, que, em última análise, poderia debilitar a própria CEDH.

Com efeito, e desde logo, a doutrina vem recorrentemente alertando para os riscos de um antropomorfismo exacerbado, suscetível de conduzir a uma “deriva utilitarista” (Wester-Ouisse, 2009: 13-17) em favor das pessoas coletivas societárias ou a uma “mercadorização” (Edelman, 2011: 897-904), a uma “despersonificação” (Gear, 2007: 511-546), a um “tecnopersonalismo” (Loiseau, 2011: 2259), ou até, pura e simplesmente, a um “roubo” (Hartmann, 2002) dos direitos humanos. Uma ilustração desta deriva antropomórfica pode ser encontrada no acórdão do TEDH de 6 de abril de 2000, no caso *Comingersoll SA c. Portugal* (TEDH, 2000b) onde se reconheceu expressamente a uma sociedade comercial o direito a uma indemnização por danos morais, estribando-se para tal nos prejuízos causados à reputação da empresa e até nas angústias sofridas pelos seus administradores²². Ora, perante isto, é legítimo perguntar até onde nos poderá conduzir uma tal lógica de equiparação mais ou menos acrítica ou pavloviana entre pessoas singulares e coletivas: será que um dia assistiremos à invocação do direito à vida por parte de sociedades

²¹ Cf. *Kustannus Oy Vapaa Ajatteliija AB and Others v. Finland*, (ComEDH, 2006).

²² “La Cour ne peut exclure qu’il puisse y avoir, pour une société commerciale, un dommage autre que matériel appelant une réparation pécuniaire. Le préjudice autre que matériel peut en effet comporter, pour une telle société, des éléments plus ou moins «objectifs» ou «subjectifs». Parmi ces éléments, il faut reconnaître la réputation de l’entreprise, mais également les troubles causés à sa gestion, et enfin, l’angoisse et les désagréments soufferts par les membres des organes de direction de la société” (TEDH, 2000b: a §35).

comerciais como forma de estas evitarem ou iludirem os rigores das leis insolvenciais? à invocação da proibição da escravatura ou dos maus tratos por parte de filiais de grupos multinacionais sediadas em países em desenvolvimento (sistematicamente descapitalizadas pela respetiva sociedade-mãe) ou de pequenos empresários agentes, concessionários, ou fornecedores integrados em grandes redes de distribuição (sistematicamente espoliados pelo produtor, fabricante ou concedente)? ou até, quem sabe, à invocação do direito ao casamento para legitimar fusões societárias violadoras das regras *antitrust*?...(Racine, 2009: 263).

Além disso, e por outro lado, não se pode perder de vista que as sociedades comerciais constituem organizações dotadas de um poder socioeconómico e de recursos financeiros muito superiores aos das pessoas singulares ou indivíduos: perante tal desigualdade de armas, a extensão àquelas da proteção conferida pela CEDH transporta ainda consigo o risco adicional, não apenas de uma instrumentalização dessa proteção por parte daquelas – transformando-as porventura numa espécie de “novos Leviatãs aos quais os direitos humanos trariam recursos inesgotáveis” (Boulois: 2012) –, mas sobretudo na atribuição de uma “proteção desproporcionada” a tais entidades sobre-humanas em detrimento dos próprios seres humanos individualmente considerados.²³

De todo o exposto, resulta a seguinte conclusão fundamental: constituindo os direitos humanos, histórica e valorativamente, atributos da pessoa humana e projeção fulcral da sua dignidade, não se poderá jamais perder de vista a diferença essencial que separa a titularidade singular desses direitos – verdadeira quinta essência da proteção conferida pela CEDH, atento o carácter final da personalidade jurídica humana – e a sua titularidade coletiva

²³ Referindo-se ao risco deste desequilíbrio, vide também *The Human Rights of Companies*, (Emberland, 2006: 29 -).

– proteção essa sucedânea e secundária, sujeita a apertados limites e nunca perdendo de vista o caráter instrumental da personalidade jurídica coletiva.

3. Requisitos Procedimentais

I. Enfim, para além dos requisitos subjetivos (*rationae personae*) e objetivos (*rationae materiae*) atrás mencionados, a aplicação da CEDH às sociedades comerciais está ainda sujeita aos pressupostos do direito de petição, previstos no seu art. 34.º, segundo o qual “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”.²⁴

II. Desde logo, a expressão *organizações não governamentais* tem sido interpretada pela jurisprudência do TEDH no sentido de abranger todo o tipo de pessoas coletivas de direito privado, com exclusão das pessoas coletivas de direito público, sejam estas pertencentes à administração estadual direta, local (v.g., autarquias) ou até indireta (v.g., institutos públicos, empresas públicas), desde que no exercício de prerrogativas ou funções públicas²⁵. Por seu turno, por *grupos de particulares* tem-se entendido aqueles agrupamentos de indivíduos que sejam portadores de um interesse coletivo e hajam sido constituídos regularmente de acordo com as leis internas de um dos Estados signatários: por esta via, se abrangerão também os direitos de exercício coletivo, que não são exercitáveis isoladamente e pressupõem uma atuação convergente de uma pluralidade de indivíduos (v.g., liberdade de

²⁴ Sobre estes requisitos do direito de petição, vide *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights* (Dijk et al, 2006: 52-); e *Droit Européen des Droits de l’Homme* (Renucci, 2013: 410 -).

²⁵ Acórdão *Danderyds Kommun v. Sweden* (TEDH, 2001b).

associação)²⁶, e também as próprias coletividades desprovidas de personalidade jurídica.²⁷

III. Mas a principal compressão decorrente do art. 34.º da CEDH consiste na exigência de a própria pessoa coletiva societária ser “vítima” da violação dos direitos por aquela garantidos²⁸: dada a típica alteraridade entre aquela pessoa e os respetivos sócios ou acionistas, tal significa, em princípio, que a sociedade requerente deverá ser a visada pelos atos ou omissões alegadamente violadores dos direitos humanos, não podendo agir em proteção dos direitos dos seus sócios ou de atos ou omissões de que estes sejam destinatários, ou vice-versa.²⁹

Sublinhe-se que esta restrição do âmbito de aplicação da proteção conferida pela CEDH no caso das sociedades poderá ser algo atenuada ou mitigada em virtude de uma interpretação lata do conceito de vítima, que tem sido desenvolvida pela jurisprudência europeia ao longo dos anos – em especial, a sua extensão às chamadas “vítimas indiretas” (*indirect victims, vitimes indirectes*) (cf. Dijk et al, 2006: 69 -). Com efeito, num conjunto de acórdãos, o TEDH tem sustentado que, não obstante a regra geral seja a de que os sócios de uma sociedade não podem ser qualificados como vítimas nem podem exercer o direito consagrado no art. 34.º em virtude da violação de direitos da própria sociedade³⁰, este princípio poderá ceder sempre que

²⁶ Sublinhe-se, todavia, que são inadmissíveis as ações populares (*actio popularis*). Cf. Acórdão *Klass and Others v. Germany* (TEDH, 1978).

²⁷ Por exemplo, igrejas sem personalidade jurídica - *Canea Catholic Church v. Greece* (TEDH, 1997), associações maçónicas - *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy* (TEDH, 2001c), etc.

²⁸ Sobre a noção de vítima, vide *La Notion de Victime dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme* (Frowein: 1984 : 585-589).

²⁹ Ocasionalmente, esta alteridade manifesta-se perante os administradores - *CDI Holding AG and Others v. Slovakia* (TDHE, 2001) - ou os trabalhadores da sociedade - *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland* (TDHE, 1990b).

³⁰ Cf. *Agrotexim and Others v. Greece*, (TEDH, 1995a).

estejam em causas circunstâncias excepcionais, mormente quando a própria sociedade esteja impossibilitada de exercer o direito de petição em virtude da ausência dos seus órgãos legais ou estatutários próprios (v.g., em caso de liquidação social³¹, de designação de administradores provisórios³²) ou quando esta seja considerado como um mero veículo ou “alter ego” societário do próprio sócio (*maxime*, do sócio único ou controlador³³).

III. A CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL

I. Apesar de não existir nenhum estudo sistemático sobre o relevo das sociedades comerciais no universo dos acórdãos do TEDH – sendo mesmo surpreendente a ausência de qualquer referência à figura nos principais comentários à CEDH³⁴ –, é possível entrever algumas tendências na evolução da *casuística jurisprudencial* neste terreno³⁵. De entre os vários direitos garantidos pela Convenção, a grande maioria dos acórdãos envolvendo sociedades comerciais diz respeito ao direito ao *respeito da propriedade* (art. 1.º do Primeiro Protocolo Adicional), ao direito a um *processo equitativo recurso efetivo* (arts. 6.º e 13.º da CEDH), e ao direito à *liberdade de expressão* (art. 10.º da CEDH).

³¹ Cf. *G.J. v. Luxembourg* (TEDH, 2000c: a §51).

³² Cf. *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic* (TEDH, 2003b: a §51).

³³ Cf. *Ankarcrona v. Sweden*, de 27 de junho de 2000 (TEDH, 2000a: a §5).

³⁴ Na verdade, nenhum deles possui sequer qualquer entrada nos respetivos índices onomásticos relativa à figura da sociedade comercial (cf. Frowein, 2009; Herrarte, 2009; Reid, 2012).

³⁵ O primeiro acórdão do TEDH relativo a uma queixa apresentada por uma sociedade comercial foi *The Sunday Times v. the United Kingdom*, (1979). Segundo estimativa de alguns autores, cerca de 3,8% (Emberland, 2006: 14) ou 5% (Hennebel & Docquir, 2007: 87) dos acórdãos do TEDH dizem respeito a queixas introduzidas por sociedades.

1. Direito ao Respeito da Propriedade

I. O art. 1.º do Primeiro Protocolo Adicional estabelece que “qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens” e que “ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional” (Çoban, 2004).

II. Um número apreciável de acórdãos tem-se ocupado da tutela deste direito por parte de sociedades comerciais. Sirva de exemplo, a mero título de ilustração por envolver o Estado Português, o caso *Matos e Silva v. Portugal*, procedente de queixa apresentada por duas pequenas sociedades por quotas (Matos e Silva, Lda. e T. Santo Gomes, Lda.) na sequência da criação de uma reserva natural pelo Estado português (Reserva Natural da Ria Formosa) que abrangeu terrenos pertencentes àquelas sociedades: na sua decisão, o TEDH considerou que tal medida expropriatória, muito embora justificada pelo interesse geral, implicava um prejuízo desproporcionado aos direitos de propriedade das requerentes³⁶. Entre os múltiplos acórdãos proferidos, destacam-se os que dizem respeito a medidas estatais desproporcionadas³⁷, a medidas expropriatórias ilegais³⁸ ou sem justa contrapartida³⁹, a medidas de confisco de bens⁴⁰, ao não pagamento de créditos tributários⁴¹, etc.

III. É importante realçar a adoção de um conceito amplo de bens, no sentido do citado art. 1.º, tendo o TEDH vindo a estender tal proteção, não apenas aos bens físicos, mas igualmente a bens imateriais ou *sui generis*, tais

³⁶ Cf. *Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal*, (TEDH, 1996).

³⁷ “Maxime”, desequilíbrio entre o interesse público subjacente e a salvaguarda da propriedade privada da sociedade. Cf. Acórdão *SA Dangeville v. France*, (TEDH, 2002a).

³⁸ Cf. *Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium* (TEDH, 1995c).

³⁹ Cf. *S.C. Granitul S.A. v. Romania* (TEDH: 2012a).

⁴⁰ Acórdão *Air Canada v. the United Kingdom* (TEDH, 1995b) sobre a apreensão de um avião de uma sociedade transportadora aérea).

⁴¹ Acórdão *Buffalo S.r.l. en Liquidation v. Italy*, (TEDH, 2003a) relativo ao atraso no pagamento de créditos de impostos a uma sociedade em liquidação.

como participações sociais⁴², clientela comercial⁴³, propriedade industrial (v.g., patentes)⁴⁴ e intelectual (v.g., direitos de autor)⁴⁵, etc. Uma vez mais, por envolver o Estado português, pode referir-se a título de exemplo o caso *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*⁴⁶. Na sua origem está uma queixa apresentada por sociedade anónima de direito americana (Anheuser-Busch Inc.), produtora e comercializadora da cerveja da marca Budweiser, com fundamento na falta de respeito dos seus bens em virtude de ter sido privada do direito de utilizar tal marca na sequência do indeferimento do respetivo registo pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial: ora, como se refere no acórdão, “o Tribunal subscreve a conclusão da câmara segundo a qual o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 aplica-se à propriedade intelectual como tal”.⁴⁷

2. Direito a um Processo Equitativo e um Recurso Efetivo

I. O art. 6.º da CEDH estabelece que:

“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 (...)”.

Além disso, de acordo com o art. 13.º da mesma convenção,

“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”.

⁴² Cf. *Sovtransavto Holding v. Ukraine* (TEDH, 2002b).

⁴³ Cf. *Iatridis v. Greece*, (TEDH, 2000d).

⁴⁴ Cf. *Smith Kline et French Laboratories Ltd c. País Bas*, (TEDH, 1990c).

⁴⁵ Cf. *Melnytchouk c. Ukraine*, de 5 de julho de 2005 (TEDH, 2005).

⁴⁶ Cf. *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, de 11 de janeiro de 2007 (TEDH, 2007).

⁴⁷ Cf. *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, cit., (TEDH, 2007: a § 72.)

II. Tal como qualquer indivíduo, também as sociedades comerciais têm direito à um *processo equitativo* (*due process of law*), garantindo uma tutela jurisdicional adequada dos direitos e obrigações, fundada no Direito, além de eficaz e em tempo útil.⁴⁸

O caso mais recente e emblemático é o caso Yukos⁴⁹. A OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS, sociedade anónima da indústria petrolífera, apresentou uma queixa contra o Estado russo por violação do direito a um processo equitativo: entre os fundamentos da petição, destaca-se o facto de as autoridades administrativas e judiciais russas terem condenado aquela empresa ao pagamento de uma avultada quantia de impostos e responsabilidades fiscais relativas aos anos 2000 a 2003 (cerca de 2,9 biliões de euros), ao mesmo tempo que lhe deram apenas quatro dias para responder e contestar um processo com mais de 45 mil páginas. Na sua decisão, o TEDH considerou que

“the applicant company did not have sufficient time to study the case file at first instance, and the early beginning of the hearings by the appeal court unjustifiably restricted the company’s ability to present its case on appeal. The Court finds that the overall effect of these difficulties, taken as a whole, so restricted the rights of the defense that the principle of a fair trial, as set out in Article 6, was contravened. There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention, taken in conjunction with Article 6 § 3 (b)” (TEDH, 2011).

⁴⁸ Assim também, entre nós, “O artigo 6.º estende a sua proteção a toda a pessoa, física ou moral” (Barreto, 2010: 143).

⁴⁹ Cf. OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia (TEDH, 2011a).

III. O espectro das decisões é bastante vasto, abrangendo o *direito de acesso à justiça* – v.g., o caso de uma sociedade propriedade de empresários católicos (John Tinnely & Sons Ltd.) que, alegando ter sido excluída por motivos religiosos de um mercado público por parte de empresas públicas da Irlanda do Norte, se viu impedida de recorrer desta decisão administrativa junto dos tribunais em virtude de o governo ter considerado tratar-se de uma medida justificada pelo interesse público e da segurança nacional⁵⁰ –, o *direito ao contraditório* (“igualdade de armas”) – v.g., o caso de uma sociedade que, tendo sido acionada judicialmente por um banco relativamente a um contrato de empréstimo meramente verbal, foi impedida de apresentar como testemunha o único administrador que o tinha celebrado em sua representação⁵¹ –, *a uma decisão em tempo útil* – v.g., o caso de uma sociedade anónima portuguesa que teve de esperar mais de nove anos pela execução judicial de uma letra de câmbio⁵² –, e ao direito ao recurso das decisões judiciais – v.g., o caso de duas sociedades holandesas que, tendo sido multadas por evasão fiscal, decidiram não recorrer da decisão das autoridades tributárias em virtude de um compromisso da sua revisão, a qual, todavia, viria mais tarde a ser executada pelos tribunais, sem redução da multa, numa altura em que os prazos de recurso já se haviam extinguido.⁵³

⁵⁰ Cf. *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom* (TEDH, 1998). Nesta decisão, o TEDH considerou desnecessária apreciar a também alegada violação da proibição de discriminação (art. 14.º da CEDH).

⁵¹ Cf. *Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands* (TEDH, 1993).

⁵² Cf. *Frotal-Aluguer de Equipamentos, S.A., v. Portugal*, (TEDH, 2003c).

⁵³ Cf. *Acórdão Marpa Zeeland B.V. and Metal Welding B.V. v. the Netherlands* (TEDH, 1994).

3. O Direito à Liberdade de Expressão

I. O artigo 10.º, n.º 1, da CEDH determina que “qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão”, acrescentando que “este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras” e salvaguardando que “o presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia”.

II. Compreensivelmente, este preceito foi ganhando uma importância acrescida no domínio das empresas de comunicação social, incluindo as empresas jornalísticas – considerando que a liberdade de imprensa constitui uma das projeções fundamentais da liberdade de expressão⁵⁴ –, as empresas editoras⁵⁵, as empresas de rádio⁵⁶, e as empresas de televisão⁵⁷. O seu âmbito de aplicação, todavia, tem extravasado este estrito domínio para se estender a empresas societárias de objeto puramente instrumental (v.g., o caso de uma empresa suíça, vendedora de antenas parabólicas, que, estribando-se na dimensão objetiva dos direitos humanos, alegou violação da liberdade de expressão perante a introdução de uma nova exigência legal sujeitando a venda daquele material a autorização estadual)⁵⁸ ou até à generalidade das empresas quando estejam em causa violações da liberdade de “expressão comercial” (conquanto consabidamente gozando esta de uma proteção mais fraca⁵⁹), sem prejuízo da sujeição, em via geral, às compressões decorrentes do n.º 2 do artigo 10.º (v.g., o caso de uma empresa editorial inglesa a

⁵⁴ Cf. *News Verlags GmbH & Co. KG v. Austria* (TEDH, 2000e).

⁵⁵ Cf. *Ringier Axel Springer Slovakia, a. s. v. Slovakia*, (TEDH, 2011b).

⁵⁶ Cf. *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus*, (TEDH, 2011c).

⁵⁷ Cf. *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG v. Switzerland*, (TEDH, 2012b).

⁵⁸ Cf. *Autronic AG v. Switzerland* (TEDH, 1990a).

⁵⁹ Criticando esta hierarquização das dimensões da liberdade de expressão e a subproteção da dimensão comercial na jurisprudência do TEDH, vide *Freedom of Expression for Commercial Actors* (Twomey, 1995: 270-).

quem as autoridades públicas confiscaram 150 mil exemplares de uma revista contendo material pornográfico, tendo o tribunal considerado que tal medida, conquanto limitativa da liberdade de expressão, era justificada pelo objetivo da “proteção da moral”).⁶⁰

4. Outros

I. Muito embora a litigiosidade envolvendo pessoas coletivas, em especial sociedades, “se concentre num pequeno grupo de preceitos da CEDH” (Emberland, 2006: 14) – aqueles que acabamos de mencionar –, isto não significa que não existam igualmente outros direitos humanos relevantes neste domínio. Entre eles, podem citar-se o direito à liberdade e segurança (art. 7.º)⁶¹, ao respeito do domicílio (art. 8.º)⁶², e à liberdade de reunião (art. 11.º).⁶³

⁶⁰ Cf. *X. Company v. The United Kingdom*, (ComEDH, 1983).

⁶¹ Cf. *Radio France and Others v. France*, (TEDH, 2004: a §§ 17-), caso relativo à proibição de aplicação retroativa de leis penais em prejuízo da atividade económica, que, todavia, o tribunal julgou improcedente.

⁶² Cf. *Sociétés Métallurgique Llotard Frères c. France* (TEDH, 2011d) em que o tribunal julgou procedente a queixa apresentada por uma sociedade francesa de armazenamento de gás, alvo de buscas à sede social no âmbito de um processo por infrações concorrenciais, embora não com fundamento na alegada violação do direito ao respeito do domicílio (art. 8.º), mas do direito a um processo equitativo (art. 6.º). Cf. também *La Protection du Domicile des Personnes Morales*, (Burgorgue-Larsen, 2003: 179-190).

⁶³ Cf. *Acórdão Barraco v. France*, (TEDH, 2009: a § 41) onde o Tribunal reconheceu expressamente que a proteção conferida pelo art. 11.º em sede da liberdade de reunião abrange os participantes na reunião e o organizador, inclusive nos casos em que este seja uma pessoa coletiva.

Referências

- Andrade, J. V. (2012).** *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, (5ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Antunes, J. E. (2018).** *Direito das Sociedades* (8ª ed). Porto: Edição de Autor.
- Barreto, I. C. (2010).** *Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Anotada* (4ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora / Wolters Kluwer.
- Boulois, X. D. (2012).** Les Droits Fondamentaux des Personnes Morales. *Revue de Droit et des Libertés Fondamentales* - 3è partie (chron. n.º1). Disponível em: <https://bit.ly/2Wpn1hx> (consultado em 12/12/2018).
- Burgorgue-Larsen, L. (2003).** La Protection du Domicile des Personnes Morales, In: Tavernier, P. (ed.), *La France et la CEDH*. Bruxelles: Bruylant.
- Canotilho, J. G. (2002).** *Direito Constitucional* (5ª edição). Coimbra: Almedina.
- Carl Mayer (1990).** Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights. *Hasting Law Journal*, 41 (3), 577-667.
- Çoban, A. R. (2004).** *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*. Aldershot: Ashgate Publishing.
- ComEDH / Comissão Europeia dos Direitos Humanos (1983).** *X. Company v. The United Kingdom*, Queixa n.º 9615/81. Decisão de 5 de março de 1983.
- ComEDH / Comissão Europeia dos Direitos Humanos (1987).** *Ingrid Jordebo Foundation of Christian Schools and Ingrid Jordebo v. Sweden*, Queixa n.º 11533/85. Decisão de 6 de março de 1987.
- ComEDH / Comissão Europeia dos Direitos Humanos (1996).** *Kustannus Oy Vapaa Ajatteliija AB and Others v. Finland*, Queixa n.º 20471/92. Decisão de 15 de abril de 1996.
- ComEDH / Comissão Europeia dos Direitos Humanos (1998).** *Verein "Kontakt-Information-Therapie" (KIT) and Siegfried Hagen v. Austria*, Queixa n.º 11921/86. Decisão de 12 de outubro de 1998.
- Council of Europe (1975).** *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights* (vol. I). The Hague: Martinus Nijhoff.
- Coutinho, F. Pereira (2010).** Report on Portugal, In: AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws – A Comparative Constitutional Perspective*. Groningen: Europa Law Publishing.
- Dcaux, E. (2002).** L'Applicabilité des Normes Relatives aux Droits de l'Homme aux Personnes Morales de Droit Privé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 54 (2), 549-578.

Dijk, P. van; Hoof, F. van; Rijn, A. van & Zwaak, L. (2006). *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights* (4th ed). Oxford: Intersentia.

Duffy, Peter (1997). The Protection of Commercial Interests under the European Convention of Human Rights. In: Cranston, R. (ed.), *Making Commercial Law*. Oxford: Oxford University Press.

Edelman, B. (2011). *La Cour Européenne des Droits de l'Homme et l'Homme du Marché. Recueil Dalloz – Actualité*, 187 (13 – 7462^o), 897-904.

Emberland, M. (2006). *The Human Rights of Companies*, Oxford: Oxford University Press.

Frowein, J. & Peukert, W. (2009). *Europäische Menschenrechtskonvention*. Kehl am Rein: Engel Verlag.

Frowein, J., (1984). La Notion de Victime dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme. In *Studi in Onore di G. Sperduti*. Milano: Giuffrè.

Grear, A. (2007). Challenging Corporate Humanity: Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights. *Human Rights Law Review*, 7 (3), 511-546.

Hartmann, T. (2002). *Unequal Protection: The Rise of Corporate Dominance and the Theft of Human Rights*. New York: Rodale Press.

Hennebel, L. & Docquir, P-F. (2008). L'Entreprise, Titulaire et Garante des Droits de l'Homme. In AA.VV., *Responsabilités des Entreprises et Coregulation*, Bruxelles: Bruylant.

Herrarte, I. L. (dir.) (2009). *Convenio Europeo de Derechos Humanos – Comentario Sistemático*, (2^a ed.). Navarra: Thomson Reuters / Civitas.

Joseph, S.; Schultze, J. & Castan, M. (2004). *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary* (2nd edition). Oxford: Oxford University Press.

Loiseau, Grégoire (2011). Des Droits Humains pour Personnes non Humaines. *Recueil Dalloz – Actualité*, 187 (37 / 7486), 2558-2564.

Marcus-Helmons, S. (1996). L'Applicabilité de la CEDH aux Personnes Morales. *Journal des Tribunaux – Droit Européen*, 31, 150-153.

RACINE, J-B. & Boy, Laurence (dir.) (2009). *Droits Économiques et Droits de l'Homme*. Paris : Larcier.

Reid, Karen (2012). *A Practitioner's Guide to the European Convention of Human Rights*, (5th ed). London: Sweet & Maxwell / Thomson Reuters.

Renucci, J-F (2010). *Droit Européen des Droits de l'Homme*, (4^{ème} édition). Paris: LGDJ.

Schutter, O. (2003). L'Accès des Personnes Morales à la Cour Européenne des Droits de l'Homme. In Marcus-Helmons, S.; *Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus-Helmons*. Bruxelles: Bruylant.

Schutter, O. (2010). *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press.

TC / Tribunal Constitucional (2004). Processo n.º 557/2004. Acórdão de 15 de setembro de 2004.

TEDH (1975). *National Union of Belgian Police v. Belgium*, Queixa n.º 4464/70. Acórdão de 25 de outubro de 1975.

TEDH (1978). *Klass and Others v. Germany*. Queixa n.º 5029/71. Acórdão de 6 de setembro de 1978.

TEDH (1979). *The Sunday Times v. the United Kingdom*, Queixa n.º 6538/74). Acórdão de 26 de abril de 1979.

TEDH (1990a). *Autronic AG v. Switzerland*, Queixa n.º 12726/87. Acórdão de 22 de maio de 1990.

TEDH (1990b). *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, Queixa n.º 10890/84. Acórdão de 28 de março de 1990.

TEDH (1990c). *Smith Kline et French Laboratories Ltd v. Netherlands*, Queixa n.º 12633/87. Acórdão de 4 de outubro de 1990.

TEDH (1992). *Caffè Roversi S.p.a. v. Italy*, Queixa n.º 12835/87. Acórdão de 27 de fevereiro de 1992.

TEDH (1993). *Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands*, Queixa n.º 14448/88. Acórdão de 27 de outubro de 1993.

TEDH (1994). *Marpa Zeeland B.V. and Metal Welding B.V. v. the Netherlands*, Queixa n.º 46300/99. Acórdão de 9 de novembro de 1994.

TEDH (1995a). *Agrotexim and Others v. Greece*, Queixa n.º 14807/89, Queixa n.º . Acórdão de 24 de outubro de 1995.

TEDH (1995b). *Air Canada v. the United Kingdom*, Queixa n.º 18465/91. Acórdão de 5 de maio de 1995

TEDH (1995c). *Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, Queixa n.º 17849/91. Acórdão de 20 de novembro de 1995.

TEDH (1996). *Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal*, queixa n.º 15777/89. Acórdão de 16 de setembro de 1996.

TEDH (1997). *Canea Catholic Church v. Greece*, Queixa n.º 25528/94. Acórdão de 16 de dezembro de 1997.

TEDH (1998). *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, queixas n.º 20390/92; 21322/92. Acórdão de 10 de agosto de 1998.

TEDH (1999a). *Asselbourg and 78 Others and Greenpeace Association v. Luxembourg*, Queixa n.º 29121/95. Acórdão de 29 de Junho de 1999.

TEDH (1999b). *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, Queixa n.º 23885/94). Acórdão de 8 de dezembro de 1999.

TEDH (2000a). *Ankarcrona v. Sweden*, Queixa n.º 35178/97. Acórdão de 27 de junho de 2000.

TEDH (2000b). *Comingersoll SA c. Portugal*, Queixa n.º 35 382/97. Acórdão de 6 de abril de 2000.

TEDH (2000c). *G.J. v. Luxembourg*, Queixa n.º 21156/93. Acórdão de 26 de outubro de 2000

TEDH (2000d). *Iatridis v. Greece*, Queixa n.º 31107/96. Acórdão de 19 de outubro de 2000.

TEDH (2000e). *News Verlags GmbH & Co. KG v. Austria*, Queixa n.º 31457/96. Acórdão de 1 de janeiro de 2000.

TEDH (2001a). *CDI Holding AG and Others v. Slovakia*, Queixa n.º 37398/97. Acórdão de 18 de outubro de 2001).

TEDH (2001b). *Danderyds Kommun v. Sweden*, Queixa n.º 52559/99. Acórdão de 7 de junho de 2001.

TEDH (2001c). *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy*, Queixa n.º 35972/97. Acórdão de 2 de agosto de 2001).

TEDH (2001d). *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy*, Queixa n.º 35972/97. Acórdão de 2 de agosto de 2001.

TEDH (2001e). *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, Queixa n.º 45701/99. Acórdão de 13 de dezembro de 2001.

TEDH (2002a). *SA Dangeville v. France*, Queixa n.º 36677/97. Acórdão de 16 de abril de 2002.

TEDH (2002b). *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, Queixa n.º 48553/99. Acórdão de 25 de julho de 2002.

TEDH (2003a). *Buffalo S.r.l. en liquidation v. Italy*, Queixa n.º 38746/97. Acórdão de 3 de julho de 2003.

TEDH (2003b). *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*, Queixa n.º 29010/95. Acórdão de 21 de outubro de 2003.

TEDH (2003c). *Frotal-Aluguer de Equipamentos, S.A. v. Portugal*, Queixa n.º 56110/00. Acórdão de 4 de dezembro de 2003.

TEDH (2004). *Radio France and Others v. France*, Queixa n.º 53984/00. Acórdão de 30 de março de 2004.

TEDH (2005). *Melnytchouk v. Ukraine*, Queixa n.º 28743/03. Acórdão de 5 de julho de 2005.

TEDH (2007). *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, Queixa n.º 73049/01. Acórdão de 11 de janeiro de 2007.

TEDH (2009). *Barraco v. France*, Queixa n.º 31684/05. Acórdão de 5 de março de 2009.

TEDH (2011a). *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, Queixa n.º 14902/04. Acórdão de 20 de setembro de 2011.

TEDH (2011b). *Ringier Axel Springer Slovakia, a. s. v. Slovakia*, Queixas n.º 21666/09; 37986/09. Acórdão de 26 de julho de 2011.

TEDH (2011c). *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus*, Queixas n.º 32181/04; 35122/05. Acórdão de 21 de julho de 2011.

TEDH (2011d). *Sociétés Métallurgique Llotard Frères v. France*, Queixa n.º 29598/08. Acórdão de 5 de maio de 2011.

TEDH (2012a). *S.C. Granitul S.A. v. Romania*, Queixa n.º 22022/03. Acórdão de 24 de abril de 2012.

TEDH (2012b). *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG v. Switzerland*, Queixa n.º 34124/06. Acórdão de 21 de junho de 2012.

Twomey, P. (1995). Freedom of Expression for Commercial Actors. In AAVV, *The European Union and the Human Rights*. The Hague: Martinus Nijhoff.

Wester-Ouisse, V. (2009). Dérives Anthropomorphiques de la Personnalité Morale: Ascendances et Influences. *La Semaine Juridique – Édition Générale*, (16), 13-17.

Direitos Humanos: entre a (des)internacionalização e a mundialização. Ameaças, riscos e oportunidades

Bruno Rodrigues Alves*

Sumário. Assistimos hoje a multiformes redefinições em matéria de direitos humanos, num quadro marcado por singularidades e descontinuidades: o movimento de internacionalização dos direitos humanos, que em muito beneficia e expande com as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTIC) da sociedade em rede; e os vários retrocessos em democracias recentes ou “consolidadas”. O Mundo e a Europa vivenciam contradições enormes que desvendam um cenário mais atípico (e imprevisível?) nesta matéria, vislumbrando-se perspectivas algo desanimadoras. Somam-se-lhes a globalização e as suas “peculiaridades”, integrada por uma “sociedade civil planetária” e pelo “cidadão político”; que vêm reconfigurar o espaço público e a solidariedade. Este artigo pretende explorar estas e outras questões, nos setenta anos da “já velhinha” (contudo permanentemente jovem e sempre nova) Declaração Universal dos Direitos Humanos.

*Levanta a frente, levanta!
Quem ergue a frente, levanta a voz,
levanta o sonho num facho a arder:
Ele é maior que tu e todos nós
- um mundo por nascer.
(Coluna, Luís Veiga Leitão)*

O mundo setenta anos após a DUDH.

Assinalam-se em 2018 os setenta anos da Declaração Universal dos Direitos do Humanos (DUDH) e os quarenta da ratificação de Portugal da Convenção Europeia dos Direitos humanos (CEDH). A DUDH é o texto base dos direitos humanos e inaugurou uma nova ordem internacional e supranacional. Esta ordem amplificou-se pelo mundo, com a incorporação de normas internacionais de direitos humanos às leis internas (Risse e Sikkink, 1999); e densificou-se, até porque os direitos são evolutivos e novos direitos se foram

* Sociólogo (doutorando em Sociologia na Faculdade de Letras da Universidade do Porto).
bruno.clix@sapo.pt

consagrando, por exemplo, com o surgimento da informática e biotecnologias.

Contudo, o mundo atual apresenta um complexo novelo de acontecimentos em nada favoráveis e contrários a estes instrumentos normativos.

Com efeito, tem-se assistido a um declínio das liberdades e direitos fundamentais, a que se soma uma certa inércia das instituições de cooperação internacional; que plasman um horizonte carregado de nuvens. Violações grosseiras dos direitos humanos são uma realidade num conjunto significativo de países e, cada vez mais, europeus. Vejamos: os EUA abandonaram o Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas e o Acordo de Paris; a Hungria anunciou a saída do Pacto Global da Organização das Nações Unidas (ONU) para as Migrações (também os EUA) e opõe-se frontalmente à entrada de imigrantes na União Europeia, sobretudo de religião muçulmana (islamofobia), considerando que se poderia gerar um “choque de culturas”. À Hungria juntam-se a Polónia, a Chéquia e a Eslováquia (Grupo de Visegrado); a Turquia suspendeu a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e iniciou uma purga a opositores, jornalistas e defensores de direitos humanos; como na Polónia em que assistimos a pressões a tribunais e juízes numa clara governamentalização e contenda pelo controlo do aparelho judicial que, obviamente, colocam em causa o estado de direito e a separação de poderes.

A defesa e promoção dos direitos humanos é ainda trabalho de risco(s) em muitas partes do mundo. Sucedem-se agressões a organizações e indivíduos defensores dos direitos humanos, pela criminalização, silenciamento, descridibilização, manobras de intimidação, encerramento de instalações; e a impunidade dos seus agressores. Importa salientar que a declaração da ONU sobre os defensores de direitos humanos atribui aos Estados a responsabilidade principal na sua proteção.

Há sinais claros de um distanciamento entre governos europeus (Hungria, Polónia, Itália, Reino Unido) e instituições europeias. Estes sinais evidentes de “desconsenso” e divisão interna alarmam e põem em causa o consenso em que se funda o projeto europeu. O caso mais flagrante será o do Brexit, com a saída iminente do Reino Unido da União Europeia, e que pode criar precedentes.

No Médio Oriente assistimos à discriminação de não judeus em Israel, em resultado da recente lei que declara que apenas o povo judeu tem direito de autodeterminação, e o hebraico como única língua oficial, aumentando um clima já de si tenso e instável. Avolumam-se ataques a minorias étnicas, como os Rohyngia (Myanmar) e os Yazidi (Médio Oriente). Junta-se a tudo isto uma nova ordem geopolítica e geoeconómica, bem visível na aproximação da União Europeia à China e ao Japão, abrindo novas rotas e guerras comerciais. Assinale-se que a Administração Trump faz recorrentemente acusações à Europa, até aqui velha aliada.

Cresce o nacionalismo identitário na Europa Central e de Leste, mas também em países fundadores do projeto europeu, como a França, com o aumento em votos da extrema-direita, ou na Holanda, Suécia, Grécia, Itália, Finlândia, recompondo o espetro político-partidário da Europa, pelo que assistimos a um certo definhamento e esvaziamento democrático; que sinalizam uma “contra-democracia” (Rosanvallon, 2006; citado em Faria, 2009) caracterizada pelas tensões constantes e manifestações de desconfiança em relação aos poderes instituídos; característicos das democracias iliberais.

Emergem líderes redentores e providenciais que, ainda que contestados na cena internacional, granjeiam empatia e apoio popular enormes. É o caso de Vladimir Putin (Rússia), Recep Erdogan (Turquia) ou Jair Bolsonaro (Brasil), que provocam endeusamento e culto da personalidade, e levantam “fantasmas”

de épocas passadas.

Por outro lado, o endividamento e a crise das dívidas soberanas, que têm conduzido a políticas de austeridade, geram retrocessos e “cortes” dos direitos humanos e a ascensão (previsível) do populismo e da extrema-direita que as capitalizam. No plano das migrações, assistimos a políticas de repressão, perda de direitos e criminalização dos imigrantes e refugiados, pelo que se gera uma “crimigração” (Stumpf, 2006). Note-se que Donald Trump acusou os imigrantes mexicanos de serem violadores e criminosos, convertendo praticamente quase todos os imigrantes (não apenas mexicanos) em *personae non gratae* e *surplus people* (excedentárias); e que Itália ameaça vetar o próximo Orçamento da União Europeia se não houver alterações às políticas migratórias.

Também se observam reiteradas restrições a um dos pilares fundamenais dos regimes democráticos: os direitos de informação e de expressão. A detenção, perseguição, desaparecimento e assassinato de jornalistas, *bloggers* ou *youtubers* comprometem o exercício de uma imprensa livre e plural. Convém lembrar que a Administração norte-americana sublinha amiúde que os jornalistas são um inimigo do Povo e que a imprensa mente, isto num país com “pergaminhos” em imprensa livre.

Perante este quadro, urge indagarmo-nos se a democracia estará em crise, ou se estaremos perante uma crise da(s) democracias(s). É inegável a crise dos regimes democráticos representativos, visível em aspetos como os da relativa apatia e desinteresse pela política, menor militância partidária, abstenção eleitoral, ou o da diminuição da confiança nos políticos e partidos políticos. É notória uma desafeição face às instituições políticas e públicas no seu geral – sabe-se, porém, que o interesse pelos assuntos da política é um preditor da participação política e da qualidade e maturidade da(s) democracia(s).

Esta “desconsolidação democrática” (Dias, 2016) e nos direitos humanos faz sentir-se quer em democracias recentes (Nicarágua, Venezuela, Bolívia, Filipinas) ou em democracias “consolidadas” (Europa e EUA). De resto, o Índice de Democracia publicado pela *Economist Intelligence Unit* considera 2017 como o pior ano para a democracia global, desde a crise financeira de 2010, com três vezes mais países em declínio democrático.

Não devemos, porém, confundir a satisfação com a democracia, com o seu apoio enquanto regime. Ou seja, a desconfiança e o descontentamento não implicam que as pessoas desejem outra forma de governo. Daí a distinção que Easton (1965) citado em Gunther e Monteiro (2003) propõe entre “apoio difuso” e “apoio específico” à democracia.

É certo que entrámos num novo quadro: o das lideranças pós-ideológicas e antipartidárias (os partidos tradicionais são gradativamente vistos como oligárquicos e nefastos). Emergem novos partidos, alguns com origem em movimentos da sociedade civil, e novos líderes desvinculados do *starsystem* e *establishment*. Tal contraria, positivamente, creio, a ideia de homogeneização da vida político-partidária e exigirá uma reinvenção dos partidos “tradicionais” e da(s) democracia(s). Mas daqui se percebe a ascensão ao poder de partidos personalistas, com predisposições favoráveis por parte das pessoas a líderes altamente mediáticos (lembremos Berlusconi, ou Trump); e que se servem de slogans simples e rompedores para captar o eleitorado: “Quando foi a última vez que votou com esperança?” e “Não somos mais uma marca no supermercado dos partidos” (Podemos, Espanha); ou o célebre *America First* (Trump), replicado pelo *Ensemble la France* (Macron) ou *Prima gli italiani* (Salvini). Também os movimentos sociais de protesto (“Que se Lixe a Troika” ou “Indignados”) geram dinâmicas com grande visibilidade pública, a que se soma a dificuldade de os partidos políticos tradicionais mobilizarem o cidadão, dando origem a novas

formas de ação e de expressão de identidades coletivas.

Outro dado preocupante é o da emergência das *fake news* que, na era da pós-verdade, grassam a tempo inteiro, compostas por narrativas deliberadamente falseadas (em alguns casos são até recrutadas as chamadas “tropas cibernéticas” para o efeito). Esta democracia pós-factual elimina a reflexão crítica e promove o que Bourdieu (1997) chama (a propósito da televisão) de *fast-thinking* que consiste num esvaziamento crítico dos conteúdos, contribuindo para a eliminação da reflexão. O *overload* de informação e a “infoxicação” conduzem a uma perda de poder e influência do jornalista, gerando mais um paradoxo: uma sociedade sobreinformada (ou “infotoxicada?”) e ainda assim desinformada, e a uma “infodemiologia” (Eysenbach, 2002), isto é, uma “epidemiologia da desinformação”; pelo que cabe fazer a pertinente distinção entre informação e conhecimento, e entre sociedade da informação e sociedade da informatização.

A tendência para a constituição de oligopólios dos *media*, que reduzem a diversidade e o pluralismo, constitui outra ameaça do direito à informação, compromete a independência e o rigor e surge como forma de censura encapotada.

Assim, parece ser que a maturidade democrática atual em grande parte do mundo ainda é incipiente. Crescem efetivamente (não tanto quanto seria desejável) práticas e regras democráticas implementadas, como eleições, representatividade, debate público; mas não suficientemente uma “cultura política democrática”, que Walzer (2000) faz corresponder a aceitação da(s) diferença(s), pluralismo, oposição e imprensa livre.

São disso exemplo a reconstitucionalização (emendas na Constituição) que vários líderes têm encetado, utilizando mecanismos da democracia para a perpetuação no poder; ou eleições fraudulentas. Já dizia José Saramago (2003) que “o grande problema do nosso sistema democrático é que permite fazer

coisas nada democráticas democraticamente.”.

Considero que muitas dessas práticas e regras democráticas progressivamente implementadas pelo mundo fora, sobretudo em democracias recentes, se ficam mais pelos direitos civis e políticos, e menos pelos direitos económicos, sociais e culturais; fruto da cada vez mais acentuada tecnocratização governativa, em que se privilegiam aspetos técnicos, deixando para trás os sociais. Daí que seja fundamental concretizar políticas contra cíclicas.

Em simultâneo, os níveis de confiança parecem ser maiores nas instituições de regulação, do que nos decisores políticos. É por isso fundamental uma “democracia cognitiva” (Farrell e Shalizi, 2013) que alude ao conhecimento como meio de capacitação para uma cidadania comprometida, só almejável com a democratização do conhecimento.

Esta crise de confiança nas instituições, e sobretudo na Europa do Sul (justamente muito intervencionada por organismos internacionais) alarga-se a toda a sociedade e traduz-se por baixos níveis de “capital social” (Baum, 1999), entendido como o conjunto de normas, redes ou ligações que facilitam a reciprocidade, confiança e ação coletiva para o alcance de benefícios coletivos.

Destaque-se a contribuição negativa que a corrupção desempenha no minar da confiança. Esta é, de resto, uma questão relacionada aos direitos humanos, ainda que não aparentemente. Os desvios de fundos e os gastos tidos para a prevenir ou julgar poderiam ter outros fins. A ONU entende ser esta uma matéria importante e por isso elaborou a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

Generaliza-se o que chamo de “visão 007 do mundo”, própria da espionagem e das teorias da conspiração, com o retorno a uma retórica belicista, numa mentalidade e narrativas próprias da Guerra Fria; acompanhadas por uma ofensiva iliberal, populista, xenófoba e extremista – de

bodes expiatórios – que obstaculizam os necessários consensos, com afrontas, hostilidade e intimidação a organizações internacionais (ONU, OCDE¹, UNESCO², NATO³, OIM⁴); ou para com Acordos Internacionais assumidos. É notório um empobrecimento do discurso político. A diplomacia parece diminuir e procede-se ao congelamento do diálogo e de negociações. Assim se erguem muros, não apenas físicos, mas simbólico-institucionais. Muros que desembocam frequentemente em protecionismo. É claro que as políticas desregulatórias da globalização económica agressiva também não ajudam a travar estas dinâmicas e, pelo contrário, tornam prenunciado o seu afloramento.

Tal conduz a paradoxos ao nível do Estado-Nação que, por um lado, tem dificuldade em acompanhar os fluxos internacionais (crise do Estado-Nação); mas que, por outro, e sobretudo ao longo destes últimos anos, se reconsolidam em função de novos riscos, com as questões da segurança e defesa internas, e políticas de imigração, a ganharem relevo, operando-se um reforço do Estado Securitário. Tais paradoxos são acompanhados por enormes e desafiantes contradições da “aldeia global”: a ideia de tudo estar mais perto e o sentimento de os centros de poder e decisão estarem mais distantes; e de que a Europa está refém de interesses económico-financeiros, mais do que dos interesses das pessoas, que acabam por ser governadas por indivíduos que não elegeram e que não poderão demitir, e de que os governos têm menor raio de ação; gerando uma sensação de défice democrático e (euro)ceticismo. É assim que Atilio Borón (1999) fala em “novos Leviatãs”, referindo-se às mega organizações transacionais e supranacionais (FMI⁵, Banco Central Europeu, União Europeia) como influentes e decisivas (diria estruturantes) nas tomadas

¹ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico.

² Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

³ North Atlantic Treaty Organization.

⁴ Organização Internacional para as Migrações.

⁵ Fundo Monetário Internacional.

de decisão. Esta pulverização do(s) poder(es) para além do Estado-Nação conduz a um retorno do localismo e protecionismo, tão marcadamente presentes no populismo; e que desalinham com as crescentes mundialização e glocalização (global mais local).

Governança transnacional de metaproblemáticas

É indiscutível a interconexão desta “aldeia global” em ligações mútuas, mas simultaneamente riscos, desafios, dependências e vulnerabilidades mútuos, exigindo uma ação concertada entre vários domínios e setores, coordenação intergovernamental e soluções à escala global. Escolhi para este texto algumas delas: migrações, terrorismo, alterações climáticas e alimentação/nutrição, desenvolvimento biotecnocientífico, urbanismo e habitação; aludidas em tópicos sumários que se seguem:

Migrações

- Instrumentalização das migrações: impacto nas economias dos países e na demografia, num quadro em que se fala cada vez mais em crise do Estado-Providência e na (in)sustentabilidade dos sistemas de proteção social;
- Deslocamento da xenofobia para o campo económico: o imigrante como usurpador de empregos e sugador de benefícios sociais;
- Políticas migratórias percecionadas como contraproducentes e irreconciliáveis: por um lado, a solidariedade no acolhimento; por outro, a sua sustentabilidade;
- Reiteradas violações do Direito Humanitário Internacional na crise dos refugiados/migrantes.

Terrorismo internacional

- O terrorismo internacionaliza-se e torna-se “metalinguagem”, causando desconfiança e medo crescentes;
- Demonstrações de solidariedade à escala planetária. Consolidação de uma solidariedade transnacional (*cross-solidarity*) e cosmopolita (“*Je suis Charlie*”, “*Nous sommes Paris*”, “*Nous sommes Bruxelles*”, “*Pray for Barcelona*”), gerando uma “advocacia internacional” (Brown, Ebrahim e Batliwala, 2012), num quadro em que as pessoas têm cada vez mais identidades pluriescalares (nacional, regional e global) e afiliações menos estanques, sobretudo as mais jovens, a que não é alheia a enorme transmobilidade (física e virtual);
- Reforço de uma identidade comum e sentimento de partilha, enaltecimento de ideias e valores, por oposição a valores “não ocidentais”, acentuando-se diferenças ideológicas (não político-partidárias estrito senso) mas de olhar o mundo, em modelos de sociedade antagónicos; criando “novos espaços de confrontação” (González, 2015) e o tão propalado choque de civilizações que Samuel Huntington (1999) vaticinava entre religiões e culturas;
- O etnocentrismo, a intolerância e a discriminação étnica, racial e cultural ganham força;
- O terrorismo instala-se na “memória coletiva” (Halbwachs, 1992) gerando-se uma “globalização do medo” que com frequência se converte em “medo à globalização” (Ordóñez, 2006) numa sensação de sobressalto contínuo e estado de alerta permanente, característicos das “sociedades de risco(s)” (Beck, 1992) e “sociedades da incerteza” (Bauman, 2007). Não será por isso de estranhar que grande parte das pessoas apoie um reforço dos poderes dos Estados em matéria de

imigração, circulação de pessoas e bens, fronteiras, (des)proteção de dados, independentemente de acordos coletivos, com vista à redução do risco e da incerteza;

- A ideia de que o inimigo e o terror “estão ao lado”, a que se soma o potencial da Internet na mobilização e recrutamento de jovens radicalizados na Europa e EUA; reforçando apoios a restrições nas políticas de imigração;
- A emergência do “cidadão-polícia”, coagente de segurança: mobilização da sociedade civil para atuar em prol da segurança coletiva; o cidadão vigilante e interventivo na prossecução do bem comum, indo ao encontro do que Jodie Dean (1998) chama de “solidariedade reflexiva”, que consiste na assunção de responsabilidades coletivas;
- Reconfiguração de valores (tidos como indisputáveis) – privacidade, autonomia, liberdade – que semeia uma discussão sobre a “necessária” revisão e atualização dos direitos humanos, “negociando-se” os mesmos em função de necessidades prementes e “maiores”, sendo que privacidade e segurança aparecem como conflitantes e escolhas que se (auto)excluem, gerando uma nova ordem adaptativa de cedências, acentuando a flutuabilidade, os avanços e recuos e a atenção oscilante conferida aos direitos humanos, em função de conjunturas (ou lideranças) naquilo que designo de “políticas de direitos humanos ioiô”.

Alterações climáticas e alimentação/nutrição

- A emergência de uma “cidadania ambiental” (eea, 2012) e de uma “ecoética” (Rodrigues e Malcata, 2007) e questionamento de perspectivas antropocêntricas em permanente autoexame. Destaca-se a consciencialização das crianças e jovens que, pela educação ambiental, são agentes de literacia e socialização ambiental para com os mais

velhos. De resto, as causas ambientais são das que maior mobilização e mediatismo têm a nível planetário; a tal ponto de falar-se na necessidade de uma “florestania” (floresta mais cidadania) (Salgado, 2011), conceito que remete para uma exploração sustentável dos recursos florestais e pelo respeito dos direitos dos povos indígenas e habitantes das florestas; erigindo um ativismo ambiental;

- O crescimento de refugiados e migrantes climáticos forçados, que desafia a um (re)questionamento do estatuto de refugiado;
- A busca por soluções ecossustentáveis, como as energias renováveis, cujo investimento flutua em função de conjunturas momentâneas;
- Desperdício alimentar que coexiste com carência alimentar e subalimentação crónicas, apesar do aumento das áreas cultivadas; e as questões atualíssimas do acesso (e consumo) à água; e que a ONU proclamou na década presente como direito humano. Por outro lado, são os países mais pobres os mais vulneráveis às alterações climáticas, o que contribuirá para reforçar desigualdades, a suscetibilidade à fome e forçar migrações;
- A lenta mas progressiva concessão do microcrédito à mulher trabalhadora rural, e o comércio justo, combatendo desigualdades de género e promovendo o seu empoderamento, impulsionando uma “paridade participativa” (Fraser, 2003) e “cidadania paritária” (Serrano, 2000) entre os sexos e grupos sociais minoritários;
- Novos desafios para a saúde pública, que a transmobilidade e as alterações climáticas colocam: a eclosão de pandemias (Ébola, H1N1) e as doenças ressurgentes como o Sarampo e novos agentes infecciosos.

Desenvolvimento biotecnocientífico

- As tecnociências desafiam constantemente limites e desconstroem impossíveis, mas têm enormes efeitos nas liberdades individuais, já que aumentam sofisticada e exponencialmente o controlo e a vigilância;
- A genómica e a medicina preditiva, que abriram novas possibilidades no diagnóstico, tratamento e prognóstico de doenças, trazem consigo a “pandora” de a informação genética poder cair em mãos erradas e provocar novas discriminações assentes em biotipologias humanas. Esta genetização reduzirá a pessoa aos seus genes e trará implicações nos direitos humanos. Instrumentos de regulação político-normativa internacional como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina; ou a criação de entidades reguladoras como o Grupo Europeu de Ética em Ciência e Novas Tecnologias são essenciais e podem fazer a diferença;
- A medicina de melhoramento e o transhumanismo, possíveis pelas biotecnologias, abrem o debate sobre a necessidade de se criarem consensos éticos mínimos (uma “ética de mínimos”) entre o tecnocientificamente possível e o eticamente e socialmente aceitável; a urgência de equilíbrio entre a ética da liberdade científica e a ética da responsabilidade; entre liberdade de investigação e dignidade/instrumentalização da pessoa; e ressignificações do “humano”;
- A robotização, a Inteligência Artificial e a Singularidade Tecnológica e as suas conexões com o futuro do trabalho;

- A consolidação de novos domínios como o Biodireito e a Roboética, num exame etnotecnológico cruzado das interações entre técnica e sociedade na confrontação entre benefícios e riscos.

Urbanismo e habitação

- Um urbanismo desenfreado, neoliberal, especulativo, segregacionário e excludente, que origina um “*apartheid* urbano” e “*bullying* imobiliário”, pela gentrificação e turistificação, com consequências negativas como a “turismofobia”, bem noticiada em cidades como Barcelona, e no “direito à cidade” e à habitação;
- A privatização crescente do espaço público e o fenómeno “Nimby” (*not in my backyard* – no meu quintal, não) que reparte a cidade em categorias sociais de renda e étnico-raciais, diminuindo a diversidade e intensificando iniquidades.

Muitas destas metaproblemáticas, com destaque para as migrações e o terrorismo, desembocam em “pânico moral” (Cohen, 1999), isto é, sentimentos intensos coletivos e generalizados, e reações em cadeia empoladas, sobre determinado grupo ou acontecimento, que se crê poder(em) ameaçar a ordem social; e que é retroalimentado por alguns líderes, designadamente os populistas, gerando-se deste modo uma espiral amplificadora e uma legitimação do investimento na defesa e segurança, num crescente militarismo.

A emergência da sociedade civil como agente de governação

Em contextos sociais em que se preconiza uma gestão dos assuntos públicos participada e maiores níveis de envolvimento, fortalecimento e empoderamento do cidadão, assiste-se ao surgimento de novos atores na cena internacional, como movimentos sociais planetários que emanam da sociedade civil e da participação cidadã. Por sua vez, este *downsizing* da governação legitima ações de governos e Estados, respaldando certas decisões, intensifica e melhora o diálogo entre cidadãos e instituições, reforça a identidade e o pertencimento.

Sucedem-se mecanismos de interpelação à sociedade civil, num quadro de reflexão alargada. Estas experiências de participação têm origem em movimentos sociais, de usuários, como também em iniciativas de governos ou outras entidades oficiais. Vejam-se iniciativas como a Carta para a Participação Pública em Saúde, o Fórum dos Cidadãos (sobre o acolhimento de imigrantes) ou a Aplicação +Acesso Para Todos (sobre deficiências e igualdade na diversidade). Trata-se da configuração de uma nova cidadania, que considera o cidadão não apenas como beneficiário das ações políticas, mas como interlocutor, parceiro privilegiado e agente interventivo das mesmas, originando a governação. O conceito de governação alude a (re)formas de gestão pública mais amplas e participadas, abertas a todos os *stakeholders* (partes interessadas), de entre os quais a sociedade civil, bem como às relações de colaboração entre governos, organismos oficiais, poderes públicos e sociedade civil, quanto aos processos de decisão e participação, bem ainda à (co)responsabilidade pelas mesmas.

Deste modo, a sociedade civil integra progressivamente a rede de atores não estatais de governação, em paralelo com o Estado, numa coprodução, edificando uma “ordem transgovernamental” (Slaughter, 1997).

Seja na gestão dos recursos públicos, ou na codefinição de políticas

públicas (sobretudo de carácter local, mas não só), a participação cidadã ganha expressão. Têm surgido, nos últimos anos, fruto do desenvolvimento tecnológico, dispositivos e metodologias que visam incrementar o envolvimento e a participação dos cidadãos face à política, combatendo os sinais antes expostos. São disso exemplo os Conselhos Locais de Saúde, ou" a iniciativa Orçamento Participativo, alguns dos quais desdobrados para captar os mais jovens – Orçamento Participativo Jovem.

Uma participação cívica mais ampla, participada e plural é algo que reforça a qualidade da democracia, gerando a perceção junto das pessoas de que as suas ações podem ter implicações na vida coletiva. Por outro lado, representa uma oportunidade para os atores políticos convencionais – os partidos políticos – se reconfigurarem.

Às formas de participação política convencional (hermética, unidirecional, pensada de cima para baixo) juntam-se novas formas de participação política, mais abertas e simétricas, pensadas de baixo para cima, com redistribuição do(s) poder(es); contrariando uma lógica hegemónica de participação (assente no não pluralismo) e desenhando uma participação contra-hegemónica, assente no reconhecimento social e pluralismo participativo. Vejam-se os movimentos pela paridade e igualdade de género feminina, e contra a discriminação e violência sexual e racial.

Por outro lado, tem-se observado o incremento de formas de participação proactiva, e não apenas reativa, fruto de uma sociedade vigilante e mais atenta; sublinhando a participação como direito fundamental da cidadania (Barbalet, 1988).

Todas estas formas colocam sob escrutínio as formas tradicionais de poder e saber e fazem emergir o “cidadão político” (Bryan, 2017); numa lógica de “*Yes we can*” e “*All together now*” (chavões de campanhas partidárias).

É necessário reforçar os mecanismos de comunicação entre decisores políticos, poderes públicos e cidadãos, de modo a tornar os decisores mais conhecedores e sensíveis aos interesses, necessidades e expetativas da cidadania, promovendo uma “cidadania crítica” (Norris, 2003) no sentido de informada, inquisitiva e reflexiva.

A sociedade civil consolida-se como extensão do mundo político, assumindo a corresponsabilização no desenvolvimento das sociedades e na co construção do(s) poder(es), criando uma nova relação de forças e uma responsabilização paraestatal; indo de encontro ao que McLaughlin (1992) designa de “versão maximalista da cidadania”, que implica um compromisso crítico e atuante, e não apenas a reivindicação de direitos (“versão minimalista”); e um cidadão agente de uma cultura democrática, membro de uma comunidade moral e política que acarreta não apenas direitos, como deveres e responsabilidades.

Globalização, cidadania e solidariedade planetárias

Com o protagonismo do cidadão, gera-se um novo ordenamento moral pré-político, e uma “cidadania cosmopolita” (Tawil, 2013) e “cidadania pós-nacional” (Alexander, 2017): os seres humanos partilham uma identidade moral comum, assente na visão de pertença a múltiplas “comunidades políticas” em simultâneo – local, regional, nacional e internacional.

A Internet transforma estes movimentos e iniciativas em *cross-movements*, isto é, movimentos transfronteiriços, gerando uma universalização da solidariedade ou, se quisermos, uma outra globalização. A este facto não é estranho o sentimento crescente de interdependência mútua, logo também vulnerabilidade mútua. Os rápidos acesso e difusão da informação fazem um cidadão mais consciente do que se passa no mundo, que acompanha a agenda mediática, e que a transforma, gerando-se um processo de retroalimentação.

É o que acontece com os movimentos de protesto por ocasião de grandes reuniões internacionais, como Davos, G7, G20; de modo a persuadirem a opinião pública e influenciarem decisões, num registo de “globalização contra-hegemónica” (Santos, 2002). Trata-se de uma consciência de responsabilidades para todos e não apenas de direitos para todos. Ao invés, saliente-se a recente proposta da União Europeia em torno do conceito de “solidariedade flexível” que passa por uma abordagem “pragmática” (nas suas palavras) de questões como a das migrações, atribuindo a cada Estado responsabilidades (voluntaristas) e modalidades de participação diversas.

Novas tecnologias de informação e comunicação e direitos humanos

A utilização das tecnologias para a ação política (podendo ser feita por políticos ou sociedade civil) que enforma a “tecnopolítica” (Gutiérrez-Rubí, 2014) assume-se como um poderoso mecanismo de renovação política, não apenas pelo facto de as NTIC’s tornarem mais facilitada a participação e serem tecnologias de “proximidade”, como também de converter pessoas em ciberativistas e aproximar cidadãos e decisores.

Num mundo interconectado, a Internet favoreceu a emergência de uma cultura de mobilização generalizada e estendeu o leque de oportunidades de participação, permitindo uma reinvenção da democracia. A Internet – a “nova Ágora” (Velloso, 2008) revela-se como arena de luta (e lupa) social e política e é um campo de alargamento da cidadania e da democracia, tornando-as “ampliadas”; e também de uma cidadania que designaria de “cidadania pronta-a-usar”, desburocratizada, rápida e fácil.

Sempre que se emite na Internet uma opinião, *like* ou tuíte, pela palavra ou até pela imagem sobre determinado assunto (e cada vez mais as imagens substituem palavras – os memes criaram a “memecracia”) estamos perante participação pública. Fóruns de discussão, petições online, organização de

protestos, criação de *sites* de denúncia, integram esta democracia da era do Twitter. Não podemos, de resto, entender fenómenos como o Indignados (Espanha e Portugal) ou o VemPraRua (Brasil) sem a existência da Internet. Gera-se assim uma dinâmica Rede-rua, de (in)formação-ação, se bem que a ideia de luta aparece progressivamente desvinculada da confrontação na rua. Esta “cidadania digital” (Isman e Canan Gungoren, 2014) ou ciberdemocracia (que vai muito para além do voto eletrónico) supõe modalidades de mobilização não convencionais e novos territórios de ação política, que se desenrolam além dos espaços institucionalizados (e da urna de voto), cria novas formas de relacionamento com os agentes políticos, sendo espaço de fortalecimento em quantidade e em qualidade da democracia (amplitude e intensidade), com permanente escrutínio, tende a favorecer a prestação de contas e transparência (*public accountability*), e serve de retroinformação a governos e políticos (*vox populi*), contrariando a ideia de que o exercício da democracia assenta exclusivamente nos parlamentos e partidos políticos. Processa-se um entendimento amplo do conceito de “político”, transformando o que parece não político em político e “esfera pública”; ao mesmo tempo em que se opera a passagem de uma cidadania passiva (como o “direito a reclamar direitos”) para uma cidadania ativa, que exige ações conscientes, responsáveis e conjuntas.

Assiste-se assim à transição de um cidadão informado a um “cibercidadão ativista” (Oliveira e Rodegheri, 2014). Acresce o facto de os utilizadores da Internet deixarem de ser apenas consumidores de informação, convertendo-se em produtores de informação, ou “produsuários” (Buzato e Severo, 2010) que pelo “jornalismo cidadão” se convertem em “cidadãos-repórteres” (Espiritusanto e Rodríguez, 2011) acompanhando e (re)produzindo em tempo real acontecimentos, desenhando uma espécie de contrapoderes sociais (in)formais e funcionando como um ‘quinto poder’.

Por isso, é imperativo incrementar o acesso e a utilização da Internet, democratizando-a. Não esqueçamos que a ONU reconhece o acesso à Internet como direito humano.

Mas para além destas potencialidades, as NTIC's comportam riscos de que são exemplo a divulgação de *fake news*, o hacktivismo, a espionagem cibernética, o cibercrime, exigindo investimentos avultados em dispositivos de prevenção, controlo e vigilância. Caso paradigmático é o da Grande (Ciber)Muralha da China, com um controlo e vigilância apertadíssimos sobre a Internet, comprometendo seriamente vários direitos humanos.

Literacia para os direitos humanos

Os direitos humanos devem ser percecionados como domínio *mainstream*, integrando a sua perspetiva em todas as áreas. Por isso, proponho o conceito de “direitos humanos em todas as políticas” (*human rights in all politics*) dada a sua abrangência, indivisibilidade e a necessidade de políticas integradas na sua salvaguarda.

Nesta medida, é axial a literacia para os direitos humanos numa perspetiva transformadora e emancipadora, já que uma sociedade civil esclarecida e comprometida será mais facilmente mobilizada.

Por isso se fala na educação como direito transversal, porque ela tem implicações não apenas para o indivíduo, como para as comunidades onde se insere e a sociedade no seu todo; e veículo indispensável para a capacitação cidadã na construção e preservação da democracia.

Os direitos humanos têm tido imensas discontinuidades, observando-se incongruências entre o dever-ser e o ser-de-facto (valor e exercício); mas a sua mediatização nunca foi tão forte.

Numa nova ordem mundial de incertezas e insegurança(s) marcada por tensões e contradições, avanços e recuos, solidariedades, constrangimentos e

possibilidades; o trabalho em e para os direitos humanos deve assumir-se como contínuo. Até porque, mesmo nos países de ‘primeiro mundo’, há sempre ‘terceiros mundos’.

A existência de um cidadão mais sensível a mobilizações cognitivo-emocionais, mas menos ideologizado político-partidariamente, faz com que a sociedade civil se assuma como antídoto e a face mais visível do ideário europeu, radicado na solidariedade e hospitalidade; e dos direitos humanos, bem perceptível em ações de mobilização como as relacionadas aos refugiados. Pelo que cabe perguntar se, ao invés de desmobilização política, não estaremos antes perante uma despartidarização cidadã?

Os direitos humanos são ainda vistos como “espartilho” em muitas partes do mundo, com processos de *dumping* e à deriva (também autoritária). Apesar de tudo, é este o mundo mais democrático de sempre e a Europa o continente mais democratizado e democrático.

É fundamental apostar-se no diálogo inter-religioso e na interculturalidade, para o derrube de barreiras culturais, que pesam mais do que as jurídico-institucionais; prosseguir na monitorização da observância dos direitos fundamentais; divulgar a Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros documentos internacionais nesta matéria, bem assim a Carta Universal dos Deveres e Obrigações dos Seres Humanos (proposta, e inspirada pelo discurso de José Saramago na cerimónia de entrega do Prémio Nobel).

Como bem dizia Sophia de Mello Breyner Andresen (1970): “Vemos, ouvimos e lemos. Não podemos ignorar”.

Respondamos ao convite de Luís Veiga Leitão e levantemos a fronte. Há (ainda) todo um mundo por nascer...

Referências

- Alexander, Y. C. V. (2017).** Ciudadanía Postnacional. Derechos Políticos de los Inmigrantes Latinoamericanos en España. *BARATARIA – Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* (23), 185-199.
- Andresen, S. M. B. (1970).** Cantata da Paz. In Padre Fanhais, *Canções Da Cidade Nova de* (CD Álbum).
- Barbalet, J. M. (1988).** Citizenship: Rights, Struggle, and Class Inequality. London: Open University Press.
- Baum, Fran (1999).** Social capital: is it good for your health? Issues for a public health agenda. *Journal of Epidemiology & Community Health*, 53(4), 195-196.
- Bauman, Z. (2007).** Modernidade e Ambivalência. Lisboa Relógio D'Água Editores.
- Beck, U. (1992).** Risk Society. Towards A New Modernity (1st ed.). London: SAGE Publications.
- Borón, A. (1999).** Os “novos Leviatãs” e a pólis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina, Pós-Neoliberalismo II: que Estado para que democracia? In Sader, E. & Gentili P. (org.), Petrópolis: CLACSO Coediciones / Vozes.
- Bourdieu, P. (1997).** *Sobre a televisão. Seguido de "A influência do jornalismo" e "Os jogos olímpicos"* (1.ªed.). Rio de Janeiro: Zahar Editora.
- Brown, L. D.; Ebrahim, A. & Batliwala, S. (2012).** Governing International Advocacy NGOs. *World Development*, 40 (6), 1098-1108.
- Bryan, Hazel (2017). Developing the political citizen: How teachers are navigating the statutory demands of the Counter-Terrorism and Security Act 205 and the Prevent Duty. *Education, Citizenship and Social Justice*. 12 (3), 213-226.
- Buzato, M. K; Severo, C. G. (2010).** Apontamentos para uma análise do poder em práticas discursivas e não discursivas na web 2.0. *Anais do IX Encontro do CELSUL*. Palhoça: Universidade do Sul de Santa Catarina.
- Cohen, S. (1999).** Moral Panics and Folk Concepts, *Journal Paedagogica Historica, International Journal of the History of Education*, 35 (3). 585-591.
- Dean, J. (1998).** Feminist Solidarity, Reflective Solidarity. Theorizing Connections After Identity Politics. *Journal Women & Politics*. 18 (4), 1-26.
- Dias, A. (2016).** Sobre a «Desconsolidação» e retrocesso democrático. *Relações Internacionais* (52), 27-041.
- Environmental Evidence Australia / eea (2012).** *A review of best practice in environmental citizenship models: A review of case studies for EPA Victoria*, junho de 2012.

- Espiritusanto, O.; Rodríguez, Paula Gonzalo (2011).** *Periodismo ciudadano. Evolución positiva de la comunicación (Cuaderno 31)*. Madrid: Fundación Telefónica / Ariel.
- Eysenbach, Gunther (2002). Infodemiology: the epidemiology of (mis)information. *The American Journal of Medicine*, 113 (9), 763-765.
- Faria, A. M. T. (2009).** O trabalho da representação e Pierre Rosanvallon. *Desigualdade & Diversidade*, 5, 33-62.
- Farrell, H.; Shalizi, C. (2013).** An Outline of Cognitive Democracy [conference paper]. *LaPietra Dialogues, Social Media and Political Participation*. La pietra, Itália, 10 de maio de 2013.
- Fraser, Nancy (2003).** Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. In Fraser, N. & Honneth, A. (2003). *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. London: Verso.
- González, F. J. (2015).** ¿Liderazgo Global Renovado o Fin de Ciclo? Los Nuevos Espacios de Confrontación. *Documento de Investigación del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, 11/2015.
- Gunther, R.; Monteiro, J. R. (2003).** Legitimidade política em novas democracias. *Opinião Pública*, 9 (1), 1-43.
- Gutiérrez-Rubí, A. (2014).** *Tecnopolítica. El uso y la concepción de las nuevas herramientas tecnológicas para la comunicación, la organización y la acción política colectivas*. España: Antoni Gutiérrez-Rubí
- Halbwachs, M; Lewis, A C. (1992).** *On Collective Memory*. Chicago: University of Chicago Press.
- Huntington, Samuel P. (1999).** O Choque das Civilizações e a Mudança na Ordem Mundial. Lisboa Editora Gradiva Publicações.
- Isman, A.; Canan Gungoren, O. (2014).** Digital Citizenship. *TOJET: The Turkish Online Journal of Educational Technology*, 13 (1), 73-77.
- Leitão, Luís Veiga (1985).** *Luís Veiga Leitão. Longo Caminho Breve. Poesias escolhidas 1943-1983*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda.
- McLaughlin, T. H. (1992).** Citizenship, diversity and education: A philosophical perspective. *Journal of Moral Education*, 21(3), 235-250.
- Norris, P. (2003).** *Critical Citizens: Global Support for Democratic Government*. Oxford: Oxford University Press.
- Oliveira, R. S.; Rodegheri, L. B (2014).** Do eleitor offline ao cibercidadão online: potencialidades de participação popular na Internet. *Revista Jurídica da Presidência*, 15, (107), 797-822.

Ordóñez, L. (2006). La Globalización del Miedo. *Revista de Estudios Sociales*, 25, 95-103.

Risse, T.; Sikkink, K. (1999). The socialization of international human rights norms into domestic practices: introduction. In Risse, T.; Ropp, S. C.; & Sikkink, K. (Eds.) (1999). *The Power of Human Rights. International Norms and Domestic Change*, Cambridge: Cambridge University Press.

Rodrigues, F. B.; Malcata, F. X. (2007). Sobre o imperativo de uma ética ambiental (ou ecóética). *Revista Portuguesa de Bioética: Cadernos de Bioética*, 18(1), 25-37.

Salgado, A. G. (2011). Florestania: um desafio de cidadania no contexto pós-colonial. *O Cabo dos Trabalhos: Revista Electrónica dos Programas de Doutoramento do CES III* (6), 0-26.

Santos, B. S. (2002). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

Saramago, José (2003). O grande problema. *El Correo de Andalucía*, 11/03/2003.

Serrano, G. P. (2000). Nueva Ciudadanía Para El Tercer Milenio. *Contextos Educativos*, 3, 69-80.

Slaughter, A-M (1997). The Real New World Order. *Foreign Affairs*, 76 (5), 183-197.

Stumpf, J. (2006). The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, 56 (2) 367-419.

Tawil, Sobhi (2013). Education for Global Citizenship: A Framework for Discussion, *UNESCO Education Research and Foresight Working Papers*, 7.

Velloso, R. V. (2008). O ciberespaço como ágora eletrônica na sociedade contemporânea. *Ciência da Informação*, 37 (2), Brasília, 103-109.

Walzer, M. (2000). Mundialização e democracia, Que democracia para o Futuro? VV AA (2000). In *As Chaves do Século XXI*. Lisboa: Instituto Piaget.