

Volume 19 - n. 40  
julho/dezembro 2014

ISSN 1415-112X

# Revista

---

da **esmape**

Publicação da Escola Judicial do  
Tribunal de Justiça de Pernambuco

**Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – EJUD-TJPE**

ISSN 1415-112X

# Revista da esmape

Publicação Científica e Semestral

Volumes 19 – n. 40  
julho/dezembro 2014

Revista da Esmape – Recife – v. 19 – n. 40 – p. 001-204 – jul./dez. 2014

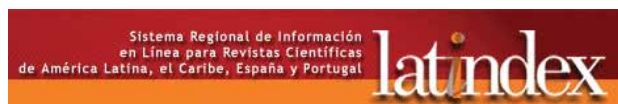
© Copyright by Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco

A Revista da ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

A Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – (EJUD-TJPE) cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 1.825 de 20 de dezembro de 1907), sendo a Revista da ESMape, preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.  
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

*Base de dados indexadora*



*Revisão:* Autores

*Designer gráfico:* Joselma Firmino de Souza

*Tiragem:* 600 exemplares

Correspondências para:

Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – EJUD-TJPE  
Av. Imperador Pedro II, 221 – Santo Antonio – Recife – PE – CEP 50010-240  
revistadaesmape@gmail.com

Revista da ESMape / Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco  
– EJUD-TJPE – Ano 1, n.1 (1996 –). – Recife : Esmape, 1996 –  
v. Semestral  
ISSN 1415-112X

1. Direito-Periódico. I. Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – EJUD-TJPE. II ESMape

CDD 340.05



## **Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco**

### **Mesa diretora**

Biênio 2014 – 2015

*Desembargador* Frederico Ricardo de Almeida Neves  
Presidente

*Desembargador* Leopoldo de Arruda Raposo  
Primeiro Vice-Presidente

*Desembargador* Fernando Eduardo de Miranda Ferreira  
Segundo Vice-Presidente

*Desembargador* Eduardo Augusto Paurá Peres  
Corregedor Geral

**TJPE**



ESCOLA JUDICIAL



**PODER JUDICIÁRIO**  
Tribunal de Justiça de Pernambuco

## **Biênio 2014.2 – 2016**

### **Diretoria Geral**

*Desembargador* Ricardo de Oliveira Paes Barreto  
Diretor Geral

*Desembargador* Stênio José de Souza Neiva Coêlho  
Vice-Diretor

*Juiz* José André Machado Barbosa Pinto  
Supervisor

### **Coordenadores**

*Juíza* Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz  
Pós-Graduação Lato-Sensu

*Juiz* Sílvio Romero Beltrão  
Pós-Graduação Stricto-Sensu

*Juiz* Breno Duarte Ribeiro de Oliveira  
Formação Inicial de Magistrados

*Juíza* Karina Albuquerque Aragão de Amorim  
Vitalicramento de Magistrados

# **Diretoria**

**Directors**

*Juiz* José Ronemberg Travassos da Silva  
Aperfeiçoamento de Magistrados

Luís Eduardo Saraiva Câmara  
Formação Inicial de Servidores

Mary Anne Briano de Britto  
Aperfeiçoamento de Servidores

*Juiz* Alexandre Freire Pimentel  
Programas Internacionais

*Juiz* Demócrito Ramos Reinaldo Filho  
Extensão e Eventos Científicos e Culturais

*Juiz* André Vicente Pires Rosa  
Ensino à Distância

*Juiz* Gabriel de Oliveira Cavalcanti Filho  
Relações Institucionais

*Juiz* Rafael José de Menezes  
Informatização Jurídica

*Juiz* Rafael Cavalcanti Lemos  
Preparação à Magistratura e Cursos Externos

*Juiz* Carlos Damião Pessoa Costa Lessa  
*Tabelião* Ivanildo Figueirêdo  
Extrajudicial

### **Diretor Geral**

*Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto*

### **Filosofia do Direito**

*Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia Farias*

*Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo*

*Prof. Dr. João Paulo Fernandes de S. Allain Teixeira*

*Prof. Dr. Nelson Saldanha*

### **Direito Constitucional**

*Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa*

*Profa. Dra. Dayse de Vasconcelos Mayer*

*Prof. Dr. Ivo Dantas*

*Prof. Dr. Walber de Moura Agra*

### **Direito Administrativo**

*Prof. Msc. Breno Duarte Ribeiro de Oliveira*

*Prof. Msc. José Carlos de Arruda Dantas*

*Profa. Dra. Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha*

*Prof. Esp. Orlando Morais Neto*

### **Direito Civil**

*Profa. Msc. Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz*

*Prof. Msc. José André Machado Barbosa Pinto*

*Prof. Dr. Roberto Grassi Neto*

*Prof. Msc. José Ronemberg Travassos da Silva*

*Prof. Dr. Ruy Trezena Patu Júnior*

*Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão*



### **Direito Processual Civil**

*Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel*

*Prof. Dr. Leonardo Carneiro da Cunha*

*Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia*

*Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira*

### **Direito Empresarial**

*Prof. Dr. Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho*

*Prof. Msc. Ronnie Preuss Duarte*

*Prof. Msc. Roney José Lemos R. de Souza*

### **Direito Ambiental**

*Prof. Dr. Andreas Joachim Krell*

*Prof. Dr. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva*

### **Direito Penal**

*Profa. Msc. Fernanda Moura de Carvalho*

*Prof. Dr. Flávio Augusto Fontes de Lima*

*Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo*

### **Direito Processual Penal**

*Prof. Msc. Luiz Carlos Vieira de Figueiredo*

*Prof. Esp. (Desembargador) Mauro Alencar de Barros*

### **Direito Tributário**

*Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem Campos*

*Prof. Msc. José Viana Ulisses Filho*

### **Direito da Infância e Juventude**

*Prof. Humberto Costa Vasconcelos Júnior*

*Prof. Esp. (Desembargador) Luiz Carlos de Barros Figueiredo*

### **Coordenação Técnica, Editorial e Planejamento Gráfico**

*Bel. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares*

## Artigos internacionais

- A pessoa, o sujeito e o direito da pessoa  
**José de Oliveira Ascensão**..... **13**
- A tutela multinível dos direitos fundamentais  
A posição do Tribunal Constitucional Português  
**Ana Maria Guerra Martins / Miguel Prata Roque**..... **35**
- Para uma conceção personalista da administração pública e do  
Direito Administrativo  
**Paulo Otero**..... **81**

## Artigos nacionais

- A educação informal no Brasil e as neurociências sob a ótica da  
Constituição da República de 1988: Primeiros vislumbres associativos  
**Damião Alexandre Tavares Oliveira / Maria Aparecida Avelar**... **107**
- Breve análise acerca da distribuição do ônus da prova no Novo Código  
de Processo Civil  
**Ednara Pontes de Avelar Didier Uchôa**..... **117**
- A interpretação jurídica da corretagem no âmbito da Construção Civil  
**Felipe Enes Duarte** ..... **129**
- Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo  
Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)  
**Gabriela Luna Santana Gomes**..... **137**

A Emenda Constitucional nº 88/2015 e a possibilidade de extensão imediata dos seus efeitos aos servidores públicos em geral <b>Hauler dos Santos Fonseca</b> .....	<b>147</b>
A nova interpretação constitucional e o poder de revigorar a constituição Uma nova exegese construindo novos paradigmas <b>Hugo Vinicius Castro Jiménez</b> .....	<b>159</b>
Evolução da proteção do consumidor contra os acidentes de consumo no direito alienígena. Bases doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas para o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro <b>Marcelo José Cabral</b> .....	<b>171</b>
O tráfico de pessoas e a universalização dos direitos humanos de proteção à mulher <b>Teodomiro Noronha Cardozo</b> .....	<b>187</b>
Normas para publicação de trabalhos .....	<b>197</b>



# Artigos

Articles



# A pessoa, o sujeito e o direito da pessoa

## José de Oliveira Ascensão

Professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa

### Resumo

O artigo discorre sobre o direito da pessoa desde a sua origem até as noções conceituais. O autor estuda também as implicações do direito da pessoa dentro do Direito Civil e da Bioética, concluindo com a análise dos direitos da personalidade.

**Palavras-chave:** Direito da pessoa. Direito Civil.

## 1 A pessoa ou o sujeito?

Este nosso estudo é de Direito Civil. Teremos sempre como pressuposto a nossa definição de Direito Civil: é o **Direito Comum do Homem Comum**. Assim o defendemos<sup>1</sup>: não é ponto cuja demonstração ocorra renovar aqui. Vamos dedicar-nos exclusivamente ao Direito da Pessoa.

Os códigos civis abrem normalmente com o capítulo “Das Pessoas”, precedido ou não de matérias genericamente introdutórias<sup>2</sup>: assim o Código Napoleão, o BGB, o Código Civil italiano de 1942, o português de 1966 e o brasileiro de 2002; e aí, começam em geral pela capacidade.

Portanto, pareceria que a pessoa seria já o ponto de partida de todo o Direito Civil.

<sup>1</sup> Veja-se o nosso *O Direito Civil como Direito Comum do Homem Comum*, in *Jornal Carta Forense*, 2 de dezembro de 2010. p.. A8.

<sup>2</sup> Estas matérias introdutórias podem recair sobre as fontes do Direito e outros aspetos gerais. Mas podem ser relegadas também para uma Lei de Introdução (com esse ou outro nome), como na Alemanha e no Brasil.

Mas, analisando melhor, haverá que perguntar: tal ponto de partida é verdadeiramente a **pessoa** ou é o **sujeito** de situações jurídicas?

Não é a mesma coisa, e a diferença não é casual.

A *pessoa* é um dado prévio à ordenação jurídica. É uma realidade ontológica que é reconhecida por lei como tal.

O *sujeito* representa já uma formalização, um enquadramento dos esquemas jurídicos. É muito elucidativo o Código Civil português, em que o subtítulo “Das Pessoas” é subordinado ao Título “Das Relações Jurídicas”. Logo, a Pessoa é para este Código o que **funciona** como sujeito das situações jurídicas. Uma diferença flagrante está no facto de, deste modo, a “Pessoa” abranger em igualdade de condições as pessoas coletivas ou jurídicas, que não possuem evidentemente o substrato ôntico da pessoa física – o Homem<sup>3</sup>.

Em consequência, a Parte ou Teoria Geral do Direito Civil pode dividir-se sistematicamente em:

Pessoa – Bem – Ação<sup>4</sup>

*ou em*

Sujeito – Objeto – Facto,

a que eventualmente acrescerá um capítulo sobre garantia.

Aos que seguem a primeira orientação chamaríamos *substancialistas*.

Aos que seguem a segunda chamaríamos *formalistas*.

Nesta expressão não vai implícito nenhum menosprezo. Estes últimos presumem um entendimento sobre o ordenamento normativo. Analisam-no nos quadros de grandes categorias formais, em derivação do formalismo kantiano. A categoria que permitiria a compreensão do Direito seria a *relação*. Na sequência, vem o positivismo construtivista ou sistemático, que domina a partir da segun-

<sup>3</sup> Podendo ser meras abstrações jurídicas, como uma conta numerada num *off shore*.

<sup>4</sup> A que se seguiriam os aspetos jurídicos formais.

da metade do séc. XIX na Alemanha, em construções intelectuais de grande apuro técnico.

É fruto desta escola o B.G.B, *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão de 1900. Este, embora epigrafe a primeira divisão da Parte Geral “*Personen*”, distingue nestas as pessoas naturais (ou físicas) e passa logo a regular a capacidade – ou seja, a maneira como essas pessoas *funcionam* na ordem jurídica.

Mas sendo assim, o BGB passa ao lado da realidade ôntica da pessoa. Esta não é uma criação da lei, é antes um pressuposto desta. Com isto afasta-se do próprio relativismo kantiano, que admitia um dado que não relativizava – a própria pessoa. Kelsen leva o desvio ao extremo, pois para ele a pessoa passará a ser um mero centro de imputação de posições jurídicas – portanto uma mera construção mental e não um fundamento ôntico do Direito.

Em palavras simples, podemos dizer que há que distinguir a *pessoa* da *personagem*. A personagem é quem atua na vida social. A pessoa é o *eu* profundo, que preside à personagem e justifica a própria importância desta.

## 2 A descoberta da pessoa através da história

Todas as civilizações antigas foram totalitárias. A estreita coesão gregária, indispensável nas sociedades primitivas, não dava o húmus necessário para fazer desabrochar o sentido da personalidade humana.

A noção de pessoa (que não a palavra) teve na sua origem dois grandes acontecimentos históricos:

I – A cultura grega, com a sua curiosidade pelo homem / indivíduo, que a leva a pesquisar, na tragédia e na filosofia, o fenómeno *homem*<sup>5</sup>

II – O cristianismo, que traz uma base totalmente nova às civilizações, assente realmente na pessoa<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Ou, se quisermos, a humanidade de cada homem.

<sup>6</sup> Porque tocada esta pelo sopro divino.



Este gérmen dualista dá a base da civilização ocidental. Mas só muito lentamente chega à manifestação em toda a sua pujança. Podemos encontrar incidências ou intuições<sup>7</sup>, mas muito longe da captação pelo pensamento ocidental do pleno significado da pessoa.

No plano do pensamento encontra-se uma formulação filosófica acabada e coerente em São Tomás de Aquino. Mas podemos dizer que só passa (isto é, começa a passar) à História com o Renascimento, de envolta com o retorno ao legado greco-romano.

Ressurge então a curiosidade pelo Homem, que se comunica à Civilização. Com vicissitudes e variantes múltiplas, surge por um lado a corrente do Direito Natural, que apresenta o desvio de os “direitos naturais” passarem a ser concebidos como precedendo o Direito Natural (Locke). Atinge a máxima exaltação no Enciclopedismo francês, mas com outros desvios igualmente profundos. É o chamado jusracionalismo: o Direito Natural seria criado, não descoberto, pela Razão humana. Dotava-o uma pretensa imutabilidade: seria o mesmo em todas as épocas e lugares, das tribos primárias à sociedade industrial<sup>8</sup>.

A imutabilidade do Direito Natural foi resultante da falta de sentido histórico, pois se procurava então a formulação definitiva para a sociedade considerada definitiva também. É necessário fazer entrar a História; particularmente após Hegel esta orientação tornou-se visivelmente inaceitável.

Por isso defendemos a admissão de um Direito Natural de conteúdo variável. Esse Direito seria o que racionalmente se imporá atendendo a cada situação histórica: variaria com as circunstâncias a que se aplicava<sup>9</sup>.

Mas mesmo este novo entendimento, não obstante representar um progresso, nos parece hoje insuficiente. Não responde à pergunta: porque é que esse Direito se impõe em cada época histórica, não obstante essa variabilidade?

A resposta é esta: porque há um elemento permanente que em qualquer caso nos dá a finalidade última da ordem jurídica.

7 No Direito, nomeadamente, no princípio formulado por Hermogeniano: *omne ius hominum causa constitutum est*.

8 Isso justificou nomeadamente formas anómalas de colonização, que desconheciam a importância da situação histórica, impondo tranquilamente o Direito europeu nas terras descobertas.

9 Veja-se o nosso *Introdução à Ciência do Direito*, 3.ª ed., Renovar, 2005, n.ºs 106 e segs., nomeadamente.

Esse elemento é a própria pessoa. Não pode ser ignorada pela ordem social; antes, a ordem social é que deve adequar-se de maneira a servir a pessoa na sua circunstância.

Então a pessoa, como realidade ôntica, é o elemento necessário e suficiente para esteio da ordem jurídica. A Pessoa e as condições da realização desta dão o critério para apurar o que é essencialmente requerido em cada sociedade. Fora disso, há a variabilidade concreta de soluções e receitas: mas isso é Política, e não é mais Direito; é conveniência ou oportunidade, e não necessidade.

Observamos ainda que muitos autores chegarão a resultados que podem parecer afins deste, mas por vias diversas. Assim, Gustavo Tepedino, no art. 1/ III, afirma como fundamento do Estado Democrático de Direito “a dignidade da pessoa humana”<sup>10</sup>.

Pensamos porém que não é bastante, porque a própria lei constitucional precisa de ser fundada. Se tudo dependesse de um trecho de lei, fundamental ou outra, deixaria de haver qualquer critério autónomo de valoração; porque se a Constituição ou aquele fragmento fossem abolidos deixaria de haver qualquer fundamento que se impusesse por si. O fundamento estaria então em algo que carece de ser fundado. O que significa que tudo seria abandonado à contingência histórica.

### 3 O Direito da Pessoa

Como desenhar então o sistema da lei civil, de modo a refletir a prioridade da Pessoa que lhe dá o fundamento?

Se é na pessoa que se encontra o fundamento da ordem jurídica, então é a pessoa que deve ser versada em primeiro lugar na economia dos códigos civis. E esta prioridade ontológica é tão forte e tão diferenciadora que deveria ser o objeto dum Livro I, autonomizado em relação aos outros livros, em que se demarcasse o que é constitutivo da pessoa. Este Livro deveria assim designar-se “Direito da Pessoa”, ou simplesmente “Da Pessoa”<sup>11</sup>.

10 E no art. 3 I aponta como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir “uma sociedade livre, justa e solidária”. Este objetivo constava e consta tal qual do art. 1 da Constituição portuguesa.

11 Pensámos anteriormente no “Direito da Personalidade” e até sugerimos a autonomização deste da Parte Geral do Direito Civil, pois a precederia: veja-se ainda neste sentido o nosso *Pessoa, direitos fundamentais e Direito da Personalidade*, in

Nesse livro se daria o quadro básico da pessoa, na medida em que fosse necessário ao Direito, e se demarcariam os aspetos de regime que ancoram diretamente na natureza desta, como o respeitante ao início e à terminalidade da vida e os direitos (e deveres) da personalidade.

Só depois viriam os outros livros da Parte Geral, a começar pelo relativo ao sujeito das situações jurídicas, com o seu carácter mais técnico e funcional, e se desenvolveriam as categorias neste implicadas – domicílio, ausência, incapacidades...

Isto é porém um desenho abstrato da sistematização dum Código Civil. Em concreto, como se põe a questão perante a situação brasileira?

Aí, encontramos um Código Civil moderno, de 2002. Como dissemos, é um Código que nasceu velho, porque baseado em Projeto de 1975, mas que em si é um monumento notável, porque cientificamente construído. O que fazer?

O Código Civil precisa de reforma? Temos defendido que sim. Traduz uma situação muito anterior à Constituição de 1988. E sobretudo, há um óbvio desajustamento com o Código da Defesa do Consumidor. Este é muito mais que um Código do Consumidor, na realidade: coube-lhe a função histórica de fazer penetrar na ordem privada brasileira o espírito da Constituição de 88. Ora, entre os dois diplomas há soluções abertamente discrepantes, o que traz insegurança ao ordenamento normativo.

Poderia pensar-se em fundir os diplomas, fazendo integrar o Direito do Consumidor no Direito Civil: assim se fez na Alemanha, com a reforma do Livro do Direito das Obrigações do BGB<sup>12</sup>, em 2001. É um trabalho primoroso, que incluiu o acolhimento no BGB dos princípios fundamentais do Direito do Consumidor. Dá assim um marco seguro de referência.

Mas a receita, muito boa em abstrato, não serve para o Brasil. Teve o primeiro Código do Consumidor do mundo. E a função histórica que desempenhou tornaria insensato pensar em proceder agora a uma reforma de que resultasse a substituição ou mesmo uma alteração significativa deste.

*Questões Controvertidas no Novo Código Civil* (coordenação de Mário Luiz Delgado / Jones Figueirêdo Alves), Editora Método, São Paulo, vol. 6, 2006, 105-128; in *Revista Mestrado em Direito – UniflEO*, Osasco (São Paulo), vol. 6, n.º 1, Jan-Jun/06, 145-168; in *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 78, Jan-Mar/09, 66-89; in *Estudos de Direito da Bioética*, vol. III, APDI/Almedina, 2009, 51-76; e in *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, vol. L – n.ºs 1 e 2, 2009, 9-32, n.º 11. Mas hoje supomos que é mais simples e mais elucidativo propor um “Direito da Pessoa”, como divisão I da Parte Geral.

12 O *Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil alemão.



Reformar então o Código Civil, para fazer incluir neste as soluções que o modernizem e o compatibilizem com o Código de Defesa do Consumidor? Como dissemos, este grande monumento está parcialmente superado e a conciliação com o Código de Defesa do Consumidor é um problema em aberto<sup>13</sup>.

Podem-se pois esgrimir várias razões. Mas devem elas levar-nos a propor a Reforma do Código Civil? Há que ter em conta que a reforma dum código que constitui um monumento científico representa uma empreitada gigantesca. Não seria sensato sequer, por estes aspetos, empreender a tarefa esgotante de refundir um Código Civil decorridos pouco mais de 10 anos de vigência.

Na realidade, mais vale pensar em legislação avulsa, que corrija as discrepâncias mais salientes, que na Reforma aprofundada de qualquer dos dois códigos em presença.

A questão não é pois de reforma global legislativa. Porém, se não contém sequer um apelo ao legislador<sup>14</sup>, a autonomização do Direito da Pessoa tem outro significado, esse imediato e ao nosso alcance: é o da promoção da construção jurídico-doutrinária do ramo do Direito da Pessoa. Distinguindo aquilo que constitui a regulação essencial da pessoa e o que são já implicações funcionais, de natureza mais patrimonial e/ou técnica, ainda quando referentes também a pessoas físicas.

Marcaria deste modo a prevalência da pessoa, a ser prolongada depois pela jurisprudência. Para tanto, não é necessário mudar a lei.

#### **4 O Conteúdo do Direito da Pessoa. A pessoa**

Saneado assim o campo de trabalho, há que apurar qual seria o conteúdo deste ramo do Direito Civil.

Antes de mais, haverá que dar uma noção básica de pessoa. Se é a pessoa que representa o fim de todo o Direito, necessariamente que ocorre ter desta noção,

<sup>13</sup> Outros aspetos poderiam ser discutidos. O Código Civil inclui um livro sobre o Direito da Empresa e outro sobre o Direito do Trabalho: numa receção, ao menos parcial, do Código Civil italiano de 1942. Pessoalmente, pensamos que a inclusão tem algumas vantagens parcelares mas que se ficou muito longe da unificação do Direito Privado: é mais nominalística que real. Assim, na prática continua a haver Direito Comercial e comercialistas e as disciplinas académicas continuam diversificadas. Por outro lado, tem o defeito de desnaturar o Direito Civil, que entendemos como o Direito Comum do Homem Comum: nem todos somos empresários ou estamos integrados em empresas, por exemplo.

<sup>14</sup> Como dissemos no nosso *A Pessoa* cit., n.º 11.

porque o que é “pessoa” não é evidente. Não basta considerar que é pressuposta: veremos que há entendimentos contraditórios e consequências indesejáveis que daí se projetam. Nem se trata de uma digressão ociosa por posições filosóficas.

Nomeadamente é um falso caminho, o de pretender que tudo se resolve pelo apelo à **dignidade**, da pessoa<sup>15</sup>. É uma via sedutora, não só pelos antecedentes históricos que recolhe, como pela larga repercussão de que disfruta; a que acresce a consagração no art. 1 III da Constituição, ao declarar logo como fundamento da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana”.

Mas deu-se em relação a esta expressão um fenômeno que é frequente na linguagem: a usura das palavras. Tão simples e imediato apareceu a invocação da dignidade, tanto ela correu de boca em boca, que as palavras se gastaram. A certa altura a dignidade estava tão banalizada que se perdeu consciência do seu significado. A dignidade servia para tudo, justificava tudo; mas o que serve para tudo, acaba por não servir para nada. A dignidade ficou reduzida a mero refrão, cujo conteúdo de evolara.

Nomeadamente, a dignidade deixou de suportar a sujeição a uma pergunta muito simples:

“Por que é que a pessoa é digna?”

Só há uma resposta:

“É digna porque é pessoa”.

Então, sendo assim, a solução não está na invocação da dignidade; está antes no esclarecimento do que é a pessoa, que justifica que ela seja digna. Por mais penoso que seja este aprofundamento, não podemos deixar de o empreender, na medida mínima necessária.

1. Em primeiro lugar, o homem é um ser com autoconsciência. Tem consciência de si e do mundo. Não é uma fração da natureza envolvente.

2. O homem tem a capacidade de traçar os seus próprios fins, conjugando aptidões e vontade. Isso pressupõe autonomia ou autodeterminação.

<sup>15</sup> Ou, como pomposamente se repete, à “eminente dignidade da pessoa humana”.



Consequentemente, o homem tem a possibilidade de orientar a sua própria realização. É constitutivo do seu próprio ser.

3. A autonomia traduz-se em liberdade.

Mas há também a possibilidade de o homem orientar mal a sua liberdade.

Propõe-se uma dialética: o homem é livre, porque tem a possibilidade de se tornar livre e assim de se realizar. Pode usar a sua liberdade de opção, liberdade de querer, transformando-a em liberdade moral.

4. Porque é livre, o homem é responsável.

5. Pertence também à essência da pessoa a sociabilidade.

A sociabilidade não é mero gregarismo; deve ser dirigida para o valor moral da solidariedade.

O homem é com os outros, *está* com os outros, *realiza-se* com os outros, na medida em que participa e se entrega.

Mais radicalmente: o homem realiza-se *através* dos outros.

6. Porque esta é a condição humana, é finalidade coletiva propiciar a realização das pessoas, nomeadamente através da educação comunitária. Reconhecendo as diferenças mas chamando todos à participação responsável,

7. e tudo enquadrando na realização coletiva do *interesse geral*,

numa harmonização que aponta para um grau de satisfação mais elevado do interesse público e dos fins privados em perspectiva solidária.

Com esta visão, estamos muito longe e acima da “civilização dos direitos”. Como escreve Perlingieri, a personalidade não é um direito, é um valor unitário<sup>16</sup>. Implica sem dúvida direitos, mas na essência está muito mais fundo que uma colisão incessante de pretensões. É por este valor, se a palavra é válida, que a pessoa – o homem como ser moral – tem dignidade.

<sup>16</sup> Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Privado. Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Renovar (Rio de Janeiro), 1997, 155-156.

## 5 Implicações com respeito ao âmbito do Direito Civil

Os princípios a que fomos chegando têm importantes implicações sobre o âmbito do Direito Civil. Eles estavam aliás implícitos na definição do Direito Civil como o Direito Comum do Homem Comum. Porque todo o homem é pessoa. As características comuns deste fazem com que o Direito Comum seja o Direito de todo o homem.

Já vimos como estas características comuns, projetadas no Direito, reagem sobre a qualificação do Direito do Consumidor. Consumidor somos todos nós, logo o Direito do Consumidor é Direito Civil, porque é Direito de todo o Homem.

Lancemos agora o nosso olhar sobre outro ramo que tem ganho progressivamente maior importância: o **Direito da Bioética**<sup>17</sup>.

É um domínio ao qual igualmente todos nós estamos submetidos. Tem um direcionamento muito particular para o suporte corpóreo, incluindo as funções ligadas ao espírito, mas abrange potencialmente muitos setores da vida humana. Não se confunde com o Direito Médico, a que por vezes procura erradamente reduzi-lo, nem sequer com a Deontologia Médica. O aspeto médico é-lhe constitutivo, mas não o esgota.

Curiosamente, neste domínio o despertar do Direito Civil operou-se, não com o Código Civil alemão, mas com o Código Civil francês. Neste código, quase bicentenário em 1994, foram introduzidos dois capítulos, que ocuparam os arts. 16 a 16-12. Aí se regulam matérias, como as relativas ao respeito do corpo humano e aos dados genéticos, que pertencem indiscutivelmente ao Direito Civil, como aspetos do Direito da Pessoa.

A matéria tem ganho uma dimensão e uma importância extraordinárias. Em grande parte é consequência do grande desenvolvimento tecnológico contemporâneo. Permite realizações espantosas mas acarreta também riscos novos e desmedidos. E a mentalidade pragmática que tende a prevalecer não suporta que os meios técnicos ao dispor não sejam utilizados – mesmo quando isso acarrete por outro lado consequências pesadíssimas no ponto de vista ético. Como seja o caso da admissão mais ou menos encoberta do homem-cobaia.

<sup>17</sup> Não há equivalência entre Biodireito e Direito da Bioética. O Biodireito estuda aspetos ligados ao corpo, à saúde física e mental, mas não insere como essencial o aspeto ético. Este marca pelo contrário a apreciação dos aspetos da vida próprios da Bioética.



Considere-se então a matéria dos ensaios clínicos. São fundamentais na pesquisa de novos medicamentos e métodos de tratamento, para assegurar a eficácia no tratamento, a ausência de efeitos adversos, a seleção da dose de máxima eficácia mas não nociva e assim por diante. Desenrolam-se por várias fases: nas fases finais os ensaios recaem sobre humanos. Em certos produtos, chegam a ser aplicados a dezenas de milhar de pessoas.

Mas os ensaios implicam sempre riscos. Podem ser maiores ou menores, mas se não houvesse um risco a afrontar não haveria ensaio. Isso implica pois que a pessoa que se submete, supõe-se que conscientemente, está a incorrer num risco.

Como é então admissível que, em nome do benefício que se espera que o produto novo em ensaio venha trazer, se sacrifiquem pessoas invocando vantagens dos futuros beneficiários?

A resposta é *standart*: os participantes são voluntários.

A oferta como voluntário é um ato de grande valia moral, que seres de grande estrutura ética podem praticar. Mas esses são sempre poucos. Como se explica então que milhares de pessoas se estejam constantemente oferecendo para esses ensaios? Repare-se que não pomos já a hipótese de a sujeição ser imposta a prisioneiros, de guerra ou comuns; ou de o ensaio ser deslocalizado para países em desenvolvimento, para aproveitar o “voluntariado” tão abundante que aí está disponível.

Nos países desenvolvidos, o recurso a voluntários representa, na quase totalidade, uma hipocrisia. Mesmo os instrumentos internacionais, supranacionais e nacionais, que hoje são numerosos, falam em voluntariado, mas só em situações muito específicas ligam ao voluntariado a gratuidade da submissão. Tudo se torna então claro: quem se submete são pessoas em situação económica problemática, que “compram o risco” do ensaio para remediar a sua situação; e tendencialmente o fazem uma e mais vezes, agravando a sujeição aos riscos até ao dia em que se concretizem.

Em casos particulares a gravidade é muito maior. Assim acontece nos ensaios clínicos pediátricos, que terão por natureza de recair sobre crianças. Mas como as crianças não têm capacidade para consentir, serão aqueles que exercem sobre elas poder paternal ou tutela quem consente.



Mas como, se o poder paternal se exerce no interesse do menor? E o menor pode não ter, nem sequer em abstrato, possibilidade de vir a beneficiar do medicamento que se ensaia?<sup>18</sup>

Ou sejam os medicamentos que precisam de ser ensaiados em grávidas. Podem elas não beneficiar nada com o medicamento em ensaio. Mas além disso, não são só elas que incorrem no risco: incorre também o embrião ou feto. Com que direito pode este ser submetido a estes riscos pela mulher que o gera?

Em toda esta matéria paira uma grande ameaça, que é a do pragmatismo, muito na linha da prática norte-americana<sup>19</sup>. Afirmam-se com grande eloquência princípios tão sonoros como vagos, mas quando se chega às aplicações o decisivo são as vantagens que se podem ou não retirar. Invoca-se o interesse da ciência e da medicina, mas este vem a confundir-se muito com o interesse comercial<sup>20</sup>.

## 6 O anencefálico

Seja-se permitida uma aplicação dos princípios sobre a pessoa, no domínio da Bioética, a propósito dum caso recente que tocou muito a opinião pública brasileira. Faço-o, evidentemente, na sequência da posição de base tomada no entendimento da pessoa.

O Supremo Tribunal Federal admitiu recentemente a interrupção da gravidez do feto anencefálico, muito embora esta circunstância não fosse prevista na lei como causa de justificação (ou excludente) do crime de aborto.

A questão é altamente complexa, pelo que só a examinamos com humildade e prudência, antes de mais por nos escassearem conhecimentos científicos.

Com todo o respeito por quem se pronunciou, considero algumas posições expressas pouco fundadas.

18 Usam-se então, mesmo nas leis, fórmulas vagas, como a hipótese de o participante vir a beneficiar daquele medicamento; ou, não ocorrendo aquela hipótese, a de beneficiar a categoria a que o menor pertence (por outras palavras, outros menores). Mas com isto abandonou-se já inteiramente qualquer justificação para o “voluntariado do menor”.

19 Não há que distinguir para os nossos fins pragmatismo e utilitarismo. Dá para os dois.

20 E com isto, mesmo o estudo de alternativas que evitem fazer vítimas da pesquisa acaba por ser abandonado, porque potencialmente é menos lucrativo.



Atrevo-me a avançar uma opinião pessoal, embora com todas as dúvidas que uma tomada de posição suscita.

Colocaria a questão no ponto nevrálgico: o feto anencefálico é pessoa ou não é pessoa?

Tomo como ponto de partida do início da vida a fusão dos gâmetas. Logo com a singamia está definido um novo ser vivo. Este ser vivo, pelo seu genoma, é um ser único e irrepetível. Não constitui um amontoado amorfo de células. No blastocisto há logo uma orientação e ordenação interna do núcleo formado, que antecipa e enquadra toda a ordenação e desenvolvimento posterior do novo ser. Neste sentido, há uma continuidade de embrião e feto, que torna infundamentadas distinções valorativas que se pretendam extrair de variações no crescimento.

Um passo mais: o embrião, tal como o feto, é uma pessoa, porque abriga um espírito.

A pessoa é dotada de espírito: suponho que não há outra palavra que caracterize esta dimensão.

Mas o exercício de funções espirituais tem a sua base orgânica no cérebro humano – no sistema cortical e, mais particularmente, no neo-cortex<sup>21</sup>. Por isso o homem é indissoluvelmente composto de corpo e espírito. Nem a materialização nem a autonomização do espírito refletem devidamente a unidade de nível superior que é a pessoa humana.

Mas o anencefálico é destituído dessa base orgânica. Então, se o anencefálico não possui a base orgânica a que estão vinculadas as faculdades espirituais que diferenciam o Homem, temos de concluir que o anencefálico não é Pessoa. Ele nunca terá a suscetibilidade de aceder a funções espirituais.

Logo, o anencefálico tem um corpo humano, mas não é uma pessoa. O corpo humano merece-nos, como tal, todo o respeito. Mas não sendo pessoa, não é objeto idôneo do crime de aborto. O crime de aborto é um crime contra as pessoas e o anencefálico está fora da previsão legal.

---

21 Seguimos a lição de Daniel Serrão, distintíssimo professor da Faculdade de Medicina do Porto: veja-se o nosso *A dignidade cit.*, n.º 7.

Considero pois que é por esta razão e não por quaisquer outras, que ao anencefálico não são aplicáveis as previsões sobre o crime de aborto.

Com todo o respeito, repito, por todas as posições tomadas nesta tão complexa matéria. E verificando como a reflexão sobre a pessoa é vital em matérias centrais do Direito Privado e de todos os ramos do Direito, pois cuidam igualmente das pessoas.

## 7 Modalidades de Direitos da Pessoa

A pessoa tem direitos, como aliás tem também deveres. Ainda se poderiam especificar mais as situações jurídicas potenciais, falando em interesses difusos, ónus, responsabilidades, garantias...<sup>22</sup>

Mas quando se fala em “Direitos da Pessoa”, por antonomásia, têm-se em vista três categorias principais<sup>23</sup> que constituíam direitos de todo o ser humano:

### I – Direitos do Homem

É a categoria mais filosófica e abstrata. É também aquela a que preferentemente recorrem as convenções internacionais e supranacionais.

Estas são muitas. Não obstante representarem marcos, são caracterizadas por uma certa vacuidade e pela intromissão de objetivos pouco diáfanos. Interessam menos ao Direito Civil.

### II – Direitos fundamentais

É a categoria básica do Direito Constitucional. O seu objetivo, à partida, seria garantir constitucionalmente os direitos da pessoa que fossem assegurados pelo pacto constitucional. Mas os matizes são na realidade muitos.

Podemos perguntar: é direito fundamental todo o direito inserido na Constituição?

22 Não nos ocupará a questão teórica da existência dum *direito geral de personalidade*. Supomos que a teoria nasceu para resolver um problema específico da lei alemã e foi alvo de um mimetismo indevido por parte de autores doutros países.

23 Outras categorias anteriormente usadas, como direitos inatos e direitos originários, perderam hoje interesse.

A pergunta é particularmente pertinente perante a Constituição brasileira, dado a plétora de direitos que esta atribui. Se considerarmos por exemplo o art. 5, inserem-se nele já cerca de 80 alíneas, e a tendência é para um crescimento contínuo<sup>24</sup>. Mas então, não haverá nada que caracterize substancialmente um direito fundamental?

Por exemplo, o art. 5 XXVI *b* determina a gratuidade para os reconhecida-mente pobres da certidão de óbito. Será um direito fundamental? Ainda por cima, parece que o beneficiário é o defunto...

Isto mostra que o tratamento da matéria em sede constitucional a submete a preocupações da relação política que distorcem a pura tutela da pessoa. Expri- mem antes frequentemente interesses e egoísmos de grupos<sup>25</sup>.

### III – Direitos da Personalidade

É o título atribuído no Direito Civil, no capítulo do Código Civil que vai dos arts. 11 a 21.

É evidentemente uma boa notícia que o Código Civil contemple a matéria. Porque é justamente o Direito Civil o ramo mais adequado para prever os direitos e deveres da pessoa, ou seja, o estatuto desta como tal. Aqui é mesmo a pessoa que interessa, toda a pessoa, na comunidade da natureza humana.

Desde Roma que o *ius civile* é o Direito Comum ou Geral. É aquele que tradi- cionalmente alberga os princípios fundamentais da ordem jurídica. Que a matéria tenha sido transfundida para os códigos civis, quando estes surgiram, represen- tou uma evolução natural. E ainda que estes princípios gerais constem parcial- mente de leis de introdução aos códigos civis, não se altera substancialmente a situação<sup>26</sup>. Em qualquer caso, a pessoa, que é fim, fundamento e sujeito da ordem jurídica, é aqui contemplada no lugar próprio, na unicidade da sua natureza.

24 É subordinado ao título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e constitui o conteúdo único do capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

25 Veja-se o nosso *Pessoa, direitos fundamentais e Direito da Personalidade* cit., n.º 3.

26 Veja-se sobre este ponto o nosso *Pessoa, direitos fundamentais e Direito da Personalidade* cit., n.º 7. Aí apontámos análoga distorção no plano internacional.

## 8 O regime da pessoa na Lei Civil

A regulação civil da pessoa não nos traz apenas boas notícias. Traz também perplexidades.

Afinal de contas, os arts. 11 a 21 apenas regulam aspetos que podemos considerar “regionais” dos direitos da pessoa!

E mais: os direitos de personalidade mais importantes, a começar pelo direito à vida, não estão contemplados no Código!<sup>27</sup> Prevêem-se pelo contrário aspetos secundários, como a utilização do nome ou da imagem ou a disposição do próprio corpo para depois da morte. Criam-se deste modo desequilíbrios na disciplina legal.

Como se explica isto? Supomos que apenas de uma maneira: para não duplicar o que estava já contido noutras leis, muito em particular na Constituição.

É natural que o mesmo raciocínio tenha influenciado outros legisladores civis. É mau, porque deste modo se empobrece a intervenção da lei civil neste domínio básico. O Código deveria dar a arquitetura fundamental da disciplina da pessoa, mesmo que levando a algumas duplicações, para oferecer um enquadramento coerente. Este seria o contributo fundamental que dele se esperaria. O resto poderia ficar relegado para a Constituição ou para leis especiais. No plano negativo, o Código deveria abster-se da tentativa de intervir aqui em domínios patrimoniais, que muitas vezes estão presentes quando se invoca por exemplo o direito à imagem ou se estabelecem proibições por invocação da privacidade.

De fato, o Direito da Pessoa ou é a emanação da categoria ética da pessoa, ou se arrisca a ser uma falsificação. O que postula que o exercício dos direitos de personalidade seja em geral baseado num fundamento ético-suficiente. Este fundamento deve mesmo em caso de necessidade ser demonstrado, para que os direitos de personalidade não representem a fácil cobertura da arbitrariedade, da ação dos lóbis ou de ambições materiais.

Com outra consequência ainda: a fundamentação ética do exercício é suscetível de controlo judicial. Isso deverá acontecer sempre que só ela torne o exercício do direito admissível.

<sup>27</sup> Aliás, há aqui também um seguimento do Código Civil português, que procede semelhantemente.



É ainda muito importante que os direitos de personalidade não se confundam com os meros direitos pessoais. Os direitos pessoais não da personalidade são simplesmente os direitos não patrimoniais. São criados livremente pela ordem jurídica; e como nada os impõe em geral, devem ser considerados típicos.

O oposto é o que sucede nos direitos de personalidade, como categoria específica. Como são imposição da personalidade humana, impõe-se a atipicidade. Donde resulta que tudo o que for imposto pela pessoa ontológica deve encontrar expressão num direito da personalidade que o exprima.

No Código Civil português a solução é expressa. O art. 70/1, sob a epígrafe “Tutela geral da personalidade”, dispõe que “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. E no n.º 2 vai ainda mais longe, e admite que em defesa sejam requeridas “as providências adequadas”. Há pois também uma atipicidade das providências judiciais cabíveis, prolongando a atipicidade das pretensões justificadas pela “defesa da personalidade”. É uma exceção que nunca será demasiado realçar porque, por princípio geral, os direitos absolutos são típicos, para defesa dos destinatários das vinculações que acarretam. Ora, os direitos de personalidade são absolutos e, no entanto, são atípicos. É uma exceção radical, que só se justifica porque a pessoa é o valor primeiro, que se impõe a todos e cujas exigências todos devem conhecer<sup>28</sup>.

À luz da lei brasileira o raciocínio não é tão linear. Mas haverá que chegar à mesma conclusão, por força da consagração constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito. O ser a dignidade da pessoa (leia-se: a pessoa) *fundamento da República* é muito forte. Para que não fique tudo reduzido a uma expressão vazia, é indispensável que a “dignidade da pessoa humana” seja reconhecida efetivamente. Isto implica que as pessoas sejam protegidas contra as ofensas à personalidade; daí, e necessariamente, que possam “requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso”<sup>29</sup>. Os direitos de personalidade são atípicos porque a pessoa se impõe em absoluto, na previsão constitucional da pessoa como fundamento do ordenamento brasileiro.

28 Veja-se o nosso *Direito Civil – Teoria Geral I – Introdução. As Pessoas. Os Bens*, 3.ª ed., Editora Saraiva (São Paulo), 2010, n.º 40 III.

29 Para usar a expressão da lei portuguesa.

## 9 Limites dos Direitos de Personalidade

Há um ponto particularmente sensível na disciplina dos direitos de personalidade no Código Civil, que não podemos deixar de referir.

Dispõe o art. 11: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Interessa-nos sobretudo a frase final: o princípio é o da interdição de limites aos direitos de personalidade. É verdade que a exclusão da limitação voluntária é também regida pela condicionante inicial, “com exceção dos casos previstos em lei”. Esses casos podem ser muitos ou poucos, abrindo-se ao intérprete a difícil tarefa de inventariar os casos previstos em lei.

Algumas dessas limitações admitidas constam logo do mesmo capítulo do Código. Assim, o art. 18 exclui o uso de nome alheio em propaganda comercial “sem autorização”; e o art. 20 proíbe, “salvo se autorizadas”, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra e outros atos, se atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade de outrem, ou se destinarem a fins comerciais<sup>30</sup>. Mas não podemos perder-nos em indagações casuísticas do significado de cada previsão.

Mas, sejam os casos previstos muito ou poucos, numerosos aspetos haverá em que a lei não prevê a possibilidade de o titular estabelecer limitação voluntária. Teremos de concluir que qualquer limitação que se admita será forçosamente nula?

A gravidade da questão reside em, deste modo, serem postos em causa inúmeros atos da vida corrente, que correspondem à normalidade social. Passaram a ser proibidos, pelo facto de não terem sido previstos por lei?

Se alguém aceita ficar fechado à chave em casa por outrem, há cárcere privado?

Se, em atividades de pesquisa, o astronauta é enviado para missão de quatro semanas, pode exigir o seu regresso à terra ao fim de três?

30 Menos claramente, poderia referir-se ainda o art. 13 § único, que admite o ato de disposição do próprio corpo “para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.



Como responde a doutrina? Em geral, a questão nem sequer é afluada. Repe-tem-se apenas as palavras da lei.

Outros aplicam somente às limitações que sejam definitivas ou permanentes.

Outros recorrem à dignidade, que serve para tudo, mas em geral “ressalvados os limites postos no interesse doutras personalidades”<sup>31</sup>.

Outros ainda, como Doneda<sup>32</sup>, discutem se a autorização legal deve constar de lei ordinária.

Supomos que, havendo que respeitar a lei, há que interpretá-la antes de mais.

Nem todas as figuras enquadradas ou enquadráveis nos direitos de personalidade são de nível valorativo idêntico.

Por exemplo, o direito de imagem foi de tal maneira ampliado que acabou por ser banalizado. Muito do que se subordina ao direito de imagem não tem dignidade substantiva de direito de personalidade<sup>33</sup>; conseqüentemente, não deverá ser subordinado ao regime respetivo.

Mas, mesmo em verdadeiros direitos de personalidade, essa não equivalência é sensível. Pelo que os próprios direitos de personalidade reclamam uma gradação no seu regime.

Tal gradação só pode resultar de uma valoração, inquirindo o fundamento ético de cada concreta situação.

Vai-se desde aspetos que assentam no âmago essencial da pessoa, como ser com fins próprios inarredáveis até aspetos valorativamente menos relevantes.

E, por fim, a formações ou manifestações periféricas, cuja própria qualificação como direitos de personalidade é contestável.

31 Perlingieri, ob. cit, com a aprovação por Gustavo Tepedino, *Temas*, 51.

32 48.

33 Exemplificamos com a estranheza que nos causa ver defendido como direito de personalidade a interdição do uso da imagem por jogadores de futebol, quando essa imagem circula com profusão extrema em todos os meios de comunicação.



Mas, de todo o modo, é sempre necessário uma valoração tipo por tipo.

Isto nos levou a fazer a distinção<sup>34</sup> de três zonas ou camadas diferentes nos direitos de personalidade:

- o *núcleo* (ou núcleo duro)
- a *orla*
- a *periferia*

Só o núcleo foi previsto pelo legislador, quando estabeleceu o princípio da inadmissibilidade de restrições voluntárias.

A orla já as admitiria. Mas essas restrições seriam sempre revogáveis. Por exemplo, quem admitisse sujeitar-se a experiência de isolamento a alta profundidade marinha poderia sempre pôr termo unilateralmente à sua participação<sup>35</sup>.

A periferia seria constituída por limitações que não seriam já revogáveis. Numa imagem, podemos comparar à cabeleira dum cometa. Por isso, em relação a estas pode-se até discutir se ainda se integram verdadeiramente no Direito da Pessoa<sup>36</sup>.

Curiosamente, encontramos no Brasil tomadas de posição que vão no sentido distintivo a que nos dirigimos também. Constam dos enunciados do Conselho de Justiça Federal / Superior Tribunal de Justiça<sup>37</sup>.

Assim, na I Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado n.º 4: “O exercício dos direitos de personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

Mais importante ainda é o Enunciado n.º 139, aprovado na III Jornada: “Os direitos de personalidade podem sofrer limitações, ainda que não es-

34 *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I cit., n.º 49 III

35 Ainda se podendo distinguir se com dever de indemnizar os prejuízos causados ou não.

36 Veja-se sobre esta matéria o nosso *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I cit., n.º 49 III, respeitante ao Código Civil português, O art. 81/1 exclui a limitação voluntária quando contrária aos princípios de ordem pública: a nosso ver, deveria antes ter remetido para os bons costumes. O n.º 2 considera que mesmo as limitações admissíveis são sempre revogáveis, mas obriga a indemnizar os prejuízos causados à outra parte.

37 Veja-se Flávio Tartuço, *Manual de Direito Civil*, 4.ª ed., Gen/Método (2014), 2.2.5., págs. 93-94.



pecificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso do direito do seu titular, contrariamente à boa fé objetiva e aos bons costumes”. Aqui vai-se abertamente contra o texto da lei; mas embora se não dê fundamento para tanto, concordamos com o resultado. De todo o modo, o que se marca é a prioridade da pessoa, e essa prioridade leva a distinguir casos conjugando a dignidade da pessoa constitucionalmente consagrada com a autonomia desta. Os direitos atribuídos estão ao serviço da realização pessoa e não contra ela.

É o que resultará de interpretação delicada, que é ónus do intérprete. Só uma visão ontológica da pessoa permite chegar a bom porto.

## 10 Direitos de personalidade de pessoas jurídicas?

Há quem estenda às pessoas jurídicas os direitos de personalidade. E até quem estude em conjunto os direitos de personalidade, quer referidos a pessoas físicas quer a pessoas jurídicas<sup>38</sup>.

Isto representa o máximo de formalização. Às pessoas jurídicas não corresponde uma personalidade ôntica; e muitas vezes não lhes corresponde sequer uma realidade social subjacente ou um substrato realístico. Podem ser meras entidades de conta, pontos de referência contabilísticos.

O problema passa então a ser outro. Passa a ser o da aplicabilidade às pessoas jurídicas de regras dos direitos de personalidade. É problema que o art. 52 do Código Civil brasileiro resolve certamente, ao dispor: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade”.

A própria lei aponta pois para uma aplicação “*no que couber*”. Mas a base da analogia não está na identidade de natureza das duas categorias jurídicas de pessoas, que como vimos é muito distinta, mas simplesmente na semelhança dos seus modos de atuação social – portanto, na funcionalidade que servem.

De fato, com toda a prudência, este é um terreno em que é possível beneficiar de uma extensão de aspetos do regime. Mas isto não transfor-

38 É o caso de Rabindranath Capelo de Sousa, na sua dissertação *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995.

ma os direitos das pessoas jurídicas em direitos de personalidade; apenas permite aplicar-lhes algumas regras singulares destes.

O art. 52 C.C. é ainda mais específico, ao dispor que é aplicável, no que couber, **a proteção** dos direitos de personalidade. Ora, vimos que os direitos de personalidade beneficiam de meios excepcionais de proteção. Há uma atipicidade das providências que podem ser tomadas para defender a pessoa da ameaça a, ou da ofensa de, estes direitos. Esta atipicidade dos meios de proteção beneficia igualmente as pessoas jurídicas?

Não é aplicável. Como vimos, a atipicidade dos meios de proteção dos direitos de personalidade é excepcional, fundada justamente na necessidade de proteção cabal da pessoa. O facto de ser excepcional é já bastante para que não possa beneficiar as pessoas jurídicas. Como concluímos no nosso *Direito Civil – Teoria Geral*<sup>39</sup>, a esses direitos das pessoas jurídicas, obtidos ou não por analogia, aplicar-se-ão as providências gerais de Direito e não as excepcionais, criadas para tutela do Homem – isto é, a Pessoa.

## Abstract

The article discusses the right of the person from its origin to the conceptual notions. The author also studies the implications of the right person in the Civil Law and Bioethics, by completing with the analysis of personal rights.

**Keywords:** Person law. Civil Law

## Referência do artigo

ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa, o sujeito e o direito da pessoa. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 40, p. 13-34, jul./dez. 2014.

<sup>39</sup> Veja-se nesta nossa obra o vol. 1 – *Introdução. As Pessoas. Os Bens*, 3.ª ed., Saraiva, 2010, n.º 142, a posição que tomamos quanto aos direitos inseparáveis da personalidade humana.

# A tutela multinível dos direitos fundamentais\*

## A posição do Tribunal Constitucional Português

### Ana Maria Guerra Martins

Juíza do Tribunal Constitucional Português

Professora Associada com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

### Miguel Prata Roque

Ex-assessor do Gabinete de Juízes do Tribunal Constitucional

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Advogado

## Resumo

O artigo trata da tutela dos direitos fundamentais no contexto do constitucionalismo multinível no Direito Constitucional Português, citando os diferentes níveis de proteção e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O autor aborda também as

vantagens e os riscos da tutela multinível e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Tutela multinível.

## Enquadramento do problema

### 1 Considerações introdutórias

O trabalho tem como escopo averiguar de que modo se posiciona o Tribunal Constitucional Português no contexto da tutela multinível dos direitos fundamentais.

De acordo com a tradição política humanista ocidental, o respeito dos direitos humanos – ou seja, da pessoa humana enquanto tal – constitui um dos principais

\* O presente texto constituiu, com ligeiras alterações, o relatório apresentado pelo Tribunal Constitucional Português na Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Italiano, Português e Espanhol que teve lugar de 16 a 18 de outubro de 2014, em Santiago de Compostela. As opiniões nele expressas vinculam, todavia, somente os seus autores. Artigo escrito em português – de Portugal.

impulsos e um dos núcleos duros da ordem constitucional europeia. Para a cultura política ocidental, não há Constituição nem democracia sem o respeito dos direitos da pessoa humana em si mesma, pelo que a proteção dos direitos fundamentais integra um dos elementos essenciais da identidade europeia.

Para um Estado, como Portugal, que é membro da União Europeia e do Conselho da Europa, assim como das Nações Unidas e das suas Organizações especializadas, o tema da proteção dos direitos fundamentais assume uma enorme importância e apresenta uma grande complexidade. Desde logo, porque só pode ser tratado numa perspetiva multidimensional ou multinível, quer do ponto de vista material<sup>1</sup>, quer na ótica do Direito adjetivo<sup>2</sup>.

Ainda que as declarações de direitos do séc. XVIII tenham visto o Estado como o único garante dos direitos fundamentais, cedo se percebeu que o Estado, nas várias tarefas que desempenha, é suscetível de violar esses direitos, pelo que se tornou claro que a proteção dos direitos fundamentais não podia ficar exclusivamente a cargo do Estado. Daí que, além das fronteiras de cada um dos Estados, tenham surgido, após a Segunda Guerra Mundial, espaços geograficamente mais amplos – o espaço internacional universal, os diversos espaços internacionais regionais<sup>3</sup> e o espaço da União Europeia – que assumem, entre outros objetivos, a proteção dos direitos fundamentais. Estes vários espaços coexistem entre si, influenciam-se mutuamente e vão acabar por contribuir para o reforço dos direitos fundamentais das pessoas.

Neste trabalho, vamos debruçar-nos, essencialmente, sobre os três níveis de proteção de direitos fundamentais em que Portugal está mais fortemente envolvido e que apresentam uma maior efetividade, na medida em que neles se verifica uma tutela jurisdicional efetiva; a saber, o sistema constitucional nacional, o sistema internacional europeu – com especial destaque para a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) – e o sistema da União Europeia.

1 Coexistem no mesmo espaço geográfico vários catálogos de direitos fundamentais.

2 Podem ser convocados vários tribunais para garantir esses direitos.

3 Europeu, americano, africano e árabe.

Antes, contudo, importa enquadrar dogmaticamente a temática da tutela multinível dos direitos fundamentais no contexto mais vasto do constitucionalismo multinível<sup>4</sup> ou do constitucionalismo plural<sup>5</sup>.

## 2 A tutela dos direitos fundamentais no contexto do constitucionalismo multinível

Ainda que não seja este o local próprio para proceder a desenvolvimentos sobre este assunto, sempre diremos que, atualmente, existem centros de imputação do poder político que legislam para além do Estado. Na verdade, certas ações ultrapassam, por definição, o âmbito territorial do mesmo, pelo que só a um nível supranacional ou transnacional se conseguirá atingir uma regulamentação jurídica minimamente satisfatória e eficaz<sup>6</sup>.

Para alguns, a tomada de consciência por parte dos Estados de que, sozinhos, são incapazes de ultrapassar os desafios da globalização conduziu à emergência de um Direito Global<sup>7</sup>, o qual produziu um efeito de “boomerang” (ou “cross-fertilization”<sup>8</sup>), em que, por um lado, os sistemas jurídicos nacionais, influenciam

4 Sobre o conceito de constitucionalismo multinível, cfr., entre muitos outros, INGOLF PERNICE, “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, *European Law Review*, 2002, p. 511 e segs; INGOLF PERNICE / FRANZ C. MAYER, “De la Constitution composée de l’Europe, *Revue Trimestrielle de Droit Européene*, 2000, p. 623 e segs; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa, 2000, p. 303 e segs; IDEM, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra, 2004, p. 119 e segs; IDEM, *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra, 2012, p. 41 e segs; FRANZ C. MAYER / MATTHIAS WENDEL, “Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism – Querelle Allemande or Querelle d’Allemand?”, in MATEJ AVBELJ / JAN KOMÁREK, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012, p. 127 e segs.

5 Sobre a criação e difusão da ideia de constitucionalismo plural, cfr. MATEJ AVBELJ / JAN KOMÁREK, “Introduction”, in MATEJ AVBELJ / JAN KOMÁREK, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012, p. 2 a 9 e ainda MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia*, Cascais, 2006, p. 15 e segs.

6 ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 35.

7 Cfr. MATTHIAS HERDEGEN, “Constitutional Rights and the Diminishing State”, in *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis*, Baden-Baden, 1999, p. 183 a 190; MAESTRO BUELGA, “Globalización y Constitución débil”, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 2001, p. 139; JOSEPH STIGLITZ, *Globalization and its Discontents*, Nova Iorque, 2003, p. 3 a 52; ANNE-MARIE SLAUGHTER, “Sovereignty and power in a networked world order”, *Stanford Journal of International Law*, 2004, p. 284; CHRISTOPH OHLER, *Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Strukturen des deutschen Internationalen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 2005, p. 11 e 12; DANIEL ESTY, “Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law”, *Yale Law Journal*, 2006, p. 1493; ULRICH BECK, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt am Main, 2007, *passim*; WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *Constitutional Court judge’s roundtable: comparative constitutionalism in practice* (Sixth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Santiago, Chile, January 14-16, 2004), *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 5578; SABINO CASSESE, *Il Diritto Globale – Giustizia e Democrazia Oltre lo Stato*, Turim, 2009, p. 5; RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, “El Derecho Administrativo Global: un Derecho principal”, *Revista de Derecho Público-Universidad de el Salvador*, 2010, p. 40; SANZ LARRUGA, *Globalización y Derecho Ambiental*, 2011, in <http://alumnosmdag.blogspot.pt/2011/04/globalizacion-y-derecho-ambiental.html>, p. 10 e 11; COLAÇO ANTUNES, *Ciência Jurídica Administrativa*, Coimbra, 2012, p. 29; MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo – Uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas*, Lisboa, 2014, p. 199 a 208.

8 Cfr. NORMAN DORSEN/MICHEL ROSENFELD/AMDRÁS SAJÓ/SUSANNE BAER, *Comparative Constitutionalism*, St. Paul, Minn., 2003, p. iii; ROMANO ORRÚ, “Uno sguardo esterno sulla giurisprudenza costituzionale portoghese: «lus est ars boni et aequi»: il Tribunale Costituzionale, la comparazione e le sfide della preservazione dello «Stato Costituzionale»”, in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra, 2009, p. 442; PINTO BASTOS (JR.)/CECÍLIA LOIS, *Beyond the Borders of the National Constitution: Cross-Fertilization and Global Constitutionalism*, 2009, in [http://paperroom.ipsa.org/papers/paper\\_2833.pdf](http://paperroom.ipsa.org/papers/paper_2833.pdf), *passim*; MIGUEL PRATA ROQUE, “O Direito Administrativo Europeu – Um motor da convergência dinâmica dos Direitos Administrativos nacionais”, in *Estudos em*

a formação de normas comuns mundiais e regionais, acabando, por outro lado, igualmente por integrar as regras vinculativas globais no seu sistema jurídico<sup>9</sup>.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais, este processo de formação do Direito apresenta vantagens e desvantagens. Se, de um lado, parece conduzir à consolidação de algumas regras e princípios, que constituem parâmetros universais de vinculatividade neste domínio, com vista, antes de mais, a facilitar a liberdade de circulação que caracteriza a sociedade global contemporânea, de outro lado, o risco de as ordens jurídicas nacionais entrarem num efeito “*race-to-the-bottom*” afigura-se real<sup>10</sup>. Ou seja, os Estados podem ser tentados a reduzir o seu nível de proteção dos direitos fundamentais, com vista a aumentarem a competição com os Estados que têm níveis de proteção mais baixos e mais frágeis. Aliás, no que diz respeito aos direitos económicos, sociais e culturais assiste-se a uma tendência de redução da proteção nos Estados cujos níveis eram até aqui mais elevados e cujos processos de decisão eram mais democráticos.

Assim, o Direito Global, que começou por ser um instrumento privilegiado de exportação dos direitos fundamentais da Europa para o resto do Mundo, arrisca-se a tornar-se num meio de redução das condições de vida das populações da maior parte dos Estados democráticos.

Acresce que estes novos centros de imputação do poder político, quando adotam regras jurídicas que se aplicam não só aos Estados como também potencialmente aos cidadãos de cada Estado<sup>11</sup>, acabam por concorrer com o Estado no exercício do poder político.

No domínio da proteção dos direitos fundamentais, após a II Grande Guerra, assistiu-se à emergência de um Direito Global dos Direitos Humanos e de

---

*Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra, 2010, p. 903 a 905; IDEM, *Direito Processual Administrativo Europeu*, Coimbra, 2011, p. 147-150; VLAD PERJU, “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”, *Oxford Handbook of Comparative Law* (org. M. Rosenfeld / A. Sajo), Oxford, 2012, p. 1305 a 1309; CHRISTA RAUTENBACH, “South Africa: Teaching an “Old Dog” New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court”, in *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (org. Tania Groppi/Marie-Claire Ponthoreau), Oxford, 2013, p. 185.

9 JULIANE KOKOTT, “From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models”, in *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis*, Baden-Baden, 1999, p. 74; HANNAH BUXBAUM, “From Empire to Globalization... and Back? A Post-Colonial View of Transjudicialism”, *International Journal of Global Legal Studies*, 2004, p. 184; GÁBOR HALMAI, “The use of foreign law in constitutional interpretation”, in *The migration of constitutional ideas* (org. Sujit Choudry), Cambridge, 2007, p. 1328; ROMANO ORRÚ, “Uno sguardo esterno sulla giurisprudenza costituzionale portoghese...”, cit., p. 470 e 471; CHRISTA RAUTENBACH/LOURENS DE PLESSIS, “In the name of comparative constitutional jurisprudence: The consideration of German precedents by South African Constitutional Court judges”, *German Law Review*, 2013, p. 1539.

10 MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, cit., p. 633 e 634, n.r. 1852.

11 NISHA MUKHERJEE / JONATHAN KRIECKHAUS, “Globalization and Human Being”, *International Political Science Review*, 2011, p. 150 e segs; MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, cit., 858-878.

alguns Direitos Regionais. Com efeito, além da experiência universal protagonizada, sobretudo, pelas Nações Unidas e as suas Agências Especializadas, deparamo-nos com experiências regionais, em primeiro lugar, na Europa e na América e só depois em África e no mundo árabe-islâmico, obra de Organizações Internacionais específicas, como o Conselho da Europa, a Organização de Estados Americanos, a Organização de Unidade Africana, hoje União Africana, e a Liga dos Estados Árabes<sup>12</sup>, embora nem todas tenham atingido o mesmo grau de desenvolvimento<sup>13</sup>.

Desta multiplicação de sistemas de proteção, que constitui parte integrante do constitucionalismo multinível, não decorre necessariamente a unificação ao nível mundial de todos os comandos vinculativos em matéria de direitos fundamentais. Pelo contrário, o imbricado conjunto de valores, princípios e regras em que se funda o constitucionalismo multinível pressupõe a manutenção das regras nacionais, as quais devem ser interpretadas e aplicadas de modo a beneficiarem das experiências dos outros sistemas jurídicos, sejam eles quais forem – global, europeu ou até estrangeiro<sup>14</sup>.

De um ponto de vista do Direito Constitucional nacional estrito, a aplicação direta deste direito constitucional multinível pelos tribunais nacionais depara-se com inúmeras dificuldades<sup>15</sup>, que, como veremos, tendem a atenuar-se devido a vários fatores dos quais destacamos, desde já, por um lado, o “diálogo” e a “cooperação” judiciais, os quais são suscetíveis de gerar um consenso mais alargado<sup>16</sup> e, por outro lado, a coincidência, em muitos casos, dos parâmetros internacionais e nacionais.

12 Só o continente asiático ainda não se dotou de nenhum mecanismo institucional específico destinado a promover e proteger os direitos humanos. Para maiores desenvolvimentos, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra, 2006, p. 103 e segs.

13 Cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, “As garantias jurisdicionais dos direitos humanos no Direito Internacional regional – os mais recentes desenvolvimentos”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Vol. I, Coimbra, 2006, p. 117 e segs; Idem, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, cit., p. 191 e segs.

14 VICKI C. JACKSON/MARK TUSHNET, *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW*, Nova Iorque, 1999, p. v e 144; DAVID FONTANA, “Refined Comparativism in Constitutional Law”, *UCLA Law Review*, 2001, p. 557 a 562; DAVID FONTANA, “The Next Generation of Transnational/Domestic Constitutional Law Scholarship: A Reply to Professor Tushnet”, *Loyola L.A. Law Review*, 2004, p. 449 a 450; ANNA-VERENA BAUER/CHRISTOPH MIKULASCHKE, “Looking Beyond the National Constitution – The Growing Role of Contemporary International Constitutional Law. Reflections on the First Vienna Workshop on International Constitutional Law”, *German Law Journal*, 2005, p. 1110; JAN SMITS, “Comparative Law and its Influence on National Legal Systems”, *Oxford Handbook of Comparative Law*, (org. Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann), Oxford, 2006, p. 486; GÁBOR HALMAL, “The use of foreign law in constitutional interpretation”, cit., p. 1329-1330; HÉLÈNE LAMBERT, “Transnational judicial dialogue, harmonization and the Common European Asylum System”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, p. 520; PINTO BASTOS (JR.)/CECILIA LOIS, *Beyond the Borders of the National Constitution...*, cit., p. 2; CHRISTOPHER WHYTOCK, “Foreign Law in Domestic Courts: Different Uses, Different Implications”, in *Globalizing Justice: Critical Perspectives on Transnational Law and Cross-Border Migration of Legal Norms* (org. Donald W. Jackson / Michael C. Tolley / Mary L. Volcansek), Nova Iorque, 2010, p. 48 a 49; DANIEL RAUCH, “Same Difference: Inter-State Legal Citation and the Supreme Court’s Use of Foreign Law”, *Journal of Politics & Society*, 2011, p. 40.

15 Cfr. ANDREA LOLLINI, “Legal argumentation based on foreign law: an example from case law of South African Constitutional Court”, *Utrecht Law Review*, 2007, p. 64; CHRISTA RAUTENBACH, “South Africa: Teaching an “Old Dog” New Tricks?...”, cit., 187.

16 VICKI C. JACKSON/MARK TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, cit., p. 144.



Vejam, em seguida, cada um dos níveis de proteção dos direitos fundamentais, isoladamente.

## Os diferentes níveis de proteção dos direitos fundamentais em Portugal

### 3 O Direito Constitucional Português

#### 3.1 O amplo catálogo de Direitos Fundamentais

A Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976, revista, por último, em 2005<sup>17</sup>, surge na sequência de um longo período de ditadura, daí que tenha tido uma particular preocupação com a tutela dos direitos fundamentais. Partindo do princípio de que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º), toda a Parte I (artigos 12.º a 79.º) é dedicada aos direitos e deveres fundamentais, que se sobrepõem à organização do poder político e económico do Estado<sup>18</sup>.

O compromisso da CRP com os direitos fundamentais resulta, acima de tudo, do carácter muito amplo do catálogo, o qual tem vindo a ser desenvolvido e ampliado em cada uma das revisões constitucionais<sup>19</sup>, sendo que algumas alterações até foram influenciadas pela CEDH e pela Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), como é o caso do direito a um processo equitativo ou das garantias criminais.

Com efeito, a Constituição Portuguesa reconhece um amplo catálogo tanto de direitos, liberdades e garantias (artigos 24.º a 57.º) como de direitos económicos, sociais e culturais (artigos 58.º a 79.º), cuja principal distinção é de regime (artigo 18.º)<sup>20</sup> e não de estrutura<sup>21</sup>.

17 Lei Constitucional n.º 1/2005. Disponível no website <http://www.parlamento.pt>

18 A este propósito cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 5.ª ed., Coimbra, 2012, p. 159 e segs; PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I, Coimbra, 2010, p. 31 e segs; IDEM, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra, 2007, p. 545 a 574; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 294; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, p. 377-380.

19 A Constituição Portuguesa foi, até ao presente, objeto de sete revisões constitucionais, através das Leis Constitucionais n.ºs 1/1982, 1/1989, 1/1992, 1/1997, 1/2001, 1/2004 e 1/2005. Disponíveis no website <http://www.parlamento.pt>.

20 Sobre o regime do artigo 18.º da CRP, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., p. 406 e segs; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, cit., p. 310 e segs; JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição da República Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 310 e segs; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 437 e segs.

21 Cfr., por todos, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2010, *passim*.



Acrescente-se ainda que o catálogo de direitos fundamentais é aberto, na medida em que não se excluem quaisquer outros direitos constantes da lei ou mesmo das regras aplicáveis de Direito Internacional (artigo 16.º, n.º 1). Note-se, porém, que a extensão do catálogo de direitos constitucionalmente consagrado leva a que, na prática, esta disposição não seja aplicada frequentemente.

### **3.2 A tutela dos Direitos Fundamentais pelos tribunais nacionais, em especial, pelo Tribunal Constitucional**

A amplitude do catálogo constitucional de direitos fundamentais de nada serviria se não se tivessem estabelecido mecanismos processuais que visassem garantir a sua proteção, designadamente, meios jurisdicionais. Por outras palavras, a efetividade dos direitos fundamentais depende, em larga medida, da consagração da possibilidade do seu controlo judicial.

Em Portugal, além de garantias não jurisdicionais dos direitos fundamentais, a Constituição consagra a possibilidade de os tribunais nacionais, quaisquer que eles sejam, procederem a um controlo difuso da constitucionalidade das normas jurídicas (artigo 204.º da CRP), não devendo aplicar normas que considerem contrárias ao disposto na Constituição e aos princípios nela consignados, aí se incluindo, como é óbvio, as normas e os princípios relativos aos direitos fundamentais.

Além disso, cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (artigo 280.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), da CRP), ou seja, a nível interno, a última palavra em matéria de controlo do respeito dos direitos fundamentais cabe ao Tribunal Constitucional.

As pessoas têm, portanto, acesso direto ao Tribunal Constitucional para defesa dos seus direitos, acesso esse que está condicionado ao preenchimento de certos pressupostos e requisitos processuais (cfr. artigos 70.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), e 75.º-A da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional).

Note-se que o recurso de amparo ou queixa constitucional não está consagrado na Constituição Portuguesa, tendo já sido feitas várias tentativas, em revisões constitucionais, para o introduzir, sem sucesso<sup>22</sup>.

### 3.3 A abertura da Constituição Portuguesa aos outros níveis de proteção dos Direitos Fundamentais – o Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos

Além da norma do artigo 16.º, n.º 1, já mencionada, a Constituição Portuguesa revela uma enorme abertura à proteção dos direitos fundamentais por parte de outras ordens jurídicas noutros lugares.

Antes de mais, o artigo 7.º, relativo às relações internacionais, contém implicitamente um princípio de respeito pelo Direito Internacional<sup>23</sup>, referindo expressamente o respeito dos direitos humanos e dos direitos dos povos. Além disso, incorpora na Constituição Portuguesa outros princípios constantes da Carta das Nações Unidas<sup>24</sup>.

Especificamente em relação à União Europeia, o artigo 7.º, n.º 5, consagra a cláusula constitucional de empenhamento na construção e aprofundamento da União Europeia, a qual estabelece o seguinte: “Portugal empenha-se no reforço da identidade europeia e no fortalecimento da ação dos Estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos”.

O n.º 6 do mesmo preceito prevê uma cláusula de atribuição de poderes à União Europeia, nos seguintes termos:

*Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça, e a definição e a execução de uma política externa, de segurança e de defesa comuns, convencionar o exercício em*

22 Para maiores desenvolvimentos sobre o sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, cit., p. 895 e segs; PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, cit., p. 434 a 462; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. VI, 4.ª ed., Coimbra, 2013, p. 240 e segs; JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., p. 701 e segs; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 2006, *passim*, ÍDEM, *Justiça Constitucional*, Vol. II, Coimbra, 2005, *passim*.

23 Cfr., J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, cit., p. 240.

24 Neste sentido, JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., p. 152.



*comum, em cooperação ou pelas instituições da União dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia.*

Acresce que a Constituição Portuguesa regula ainda a receção e a posição hierárquica do Direito Internacional e Europeu dos Direitos Humanos no artigo 8.º.

Para o que ora nos ocupa importa mencionar, especialmente, os n.ºs 2 e 4 desta disposição constitucional, na medida em que regulam a receção do direito internacional convencional, no qual se inclui a CEDH bem como os seus protocolos e a receção do Direito da União Europeia, respetivamente.

Assim, o n.º 2 do artigo 8.º prevê que todas as convenções internacionais, incluindo as relativas a direitos humanos, com especial destaque para a CEDH são vinculativas para Portugal, desde que devidamente ratificadas<sup>25</sup> ou assinadas<sup>26</sup> pelo Chefe de Estado, enquanto estiverem em vigor na ordem jurídica internacional. Tendo em vista evitar conflitos com o Direito Constitucional, o artigo 278.º, n.º 1, da CRP prevê a possibilidade de fiscalização preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado ou acordo internacional, a requerimento do Presidente da República.

Apesar de tudo, os conflitos entre normas constitucionais e normas internacionais convencionais relativas a direitos fundamentais não são impossíveis e a verdade é que não resultam da CRP regras claras para os solucionar. Pelo contrário, tanto a doutrina como as autoridades judiciais têm sustentado posições divergentes relativamente a esta questão.

A maioria defende, no entanto, a prevalência das normas de Direito Internacional convencional, aí se incluindo a CEDH bem como todos os tratados de direitos humanos, sobre o direito ordinário, mas já não sobre a Constituição<sup>27</sup>, na medida em que, como já vimos, por força do artigo 204.º, nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não devem aplicar normas contrárias à Constituição e aos princípios nela consignados, e nos termos do artigo 278.º, n.º 1, é possível o controlo preventivo da constitucionalidade de tratados e acordos internacionais.

25 Artigo 135.º, al. b), da CRP.

26 Artigo 134.º, al. b), da CRP.

27 Neste sentido, JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público I*, 4.ª ed., Lisboa, 2009, p. 155 e 156; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, cit., p. 258 a 260; EDUARDO CORREIA BATISTA, *Direito Internacional Público*, Vol. I, *Conceito e fontes*, Lisboa, 1998, p. 438 a 442.

Há ainda quem defenda a prevalência dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos sobre a própria Constituição, com base na “amizade” da Constituição ao Direito Internacional, expressa no artigo 7.º já citado<sup>28</sup>.

O n.º 4 do artigo 8.º da CRP foi aditado na revisão constitucional de 2004, estabelecendo o seguinte:

*As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.*

Esta alteração teve em vista preparar a ordem jurídica constitucional portuguesa para a entrada em vigor do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (TECE), o qual, recorde-se, incluía um preceito relativo ao primado (artigo I-6.º do TECE). Apesar do fracasso daquele Tratado, o artigo 8.º, n.º 4, manteve-se na CRP, pelo que deve ser interpretado e aplicado tendo em conta o Tratado de Lisboa.

O artigo 8.º, n.º 4, da CRP autonomiza a receção do Direito da União Europeia em relação ao restante Direito Internacional, ao contrário do que sucedia anteriormente<sup>29</sup>.

Do artigo 8.º, n.º 4, da CRP decorre que se a União respeitar as competências que lhe foram atribuídas e se forem respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das instituições da União Europeia são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União Europeia, ou seja, nos termos definidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao primado. Isto significa que, não havendo conflito entre as normas da União Europeia e os princípios constitucionais do Estado de Direito Democrático é a própria Constituição que impõe a prevalência do Direito da União Europeia.

O artigo 8.º, n.º 4, da CRP, “*localiza a regra de colisão entre o direito da União e o direito interno no plano do direito constitucional português, podendo dizer-se que*

28 FAUSTO DE QUADROS, *A proteção da propriedade privada pelo Direito Internacional*, Coimbra, 1998, p. 531.

29 Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 514 e segs.

*a aceitação do primado da ordem jurídica da União resulta de uma “decisão constituinte” do povo português, formalizada numa lei de revisão nos termos constitucionalmente previstos*<sup>30</sup>.

Assim sendo, quer o Direito originário quer o Direito derivado da União Europeia prevalecem sobre todas as normas internas, incluindo as constitucionais, as quais não serão aplicáveis. Esta prevalência não conduz, todavia, à invalidade da norma interna, mas somente à sua não aplicação no caso concreto, tal como resulta da jurisprudência do TJ<sup>31</sup>.

#### **4 O Direito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**

O Direito da CEDH abrange a própria Convenção, que está em vigor desde 3 de setembro de 1953, bem como os seus protocolos<sup>32</sup>, os quais ou acrescentam novos direitos, como é o caso dos protocolos n.ºs 1, 4, 6, 7, 12 e 13, ou introduzem modificações na competência, na estrutura e no funcionamento dos seus órgãos de controlo, como é o caso dos Protocolos n.ºs 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11 e 14<sup>33</sup>.

O objetivo primordial da CEDH é assegurar a proteção dos direitos humanos. O preâmbulo afirma que a manutenção da justiça e da paz repousa sobre um regime verdadeiramente democrático e sobre um comum respeito dos direitos humanos. A salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos humanos são um dos meios para atingir o fim do Conselho da Europa de realização de uma união estreita entre os seus membros.

Portugal aderiu à Convenção, em 9 de novembro de 1976, mas formulou oito reservas, das quais apenas subsistem duas. A primeira refere-se à prisão disciplinar imposta a militares e a reserva foi aposta ao artigo 5.º da CEDH e a segunda diz respeito ao princípio da irretroatividade da lei penal previsto no artigo 7.º da Convenção, devido à norma constitucional de incriminação dos agentes da ex-PIDE-DGS.

30 J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 265.

31 Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 494 e segs.

32 A Convenção e os Protocolos devem ser vistos como um todo.

33 Além destes, já foram aprovados os protocolos n.ºs 15 e 16, encontrando-se em curso a fase da vinculação interna dos Estados-Membros da Convenção.

## 4.1 O caráter restritivo do catálogo de direitos

Ao contrário da Constituição Portuguesa que, como já vimos, consagra um amplo catálogo de direitos fundamentais, o qual abrange tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos económicos, sociais e culturais, a CEDH e os seus protocolos atêm-se, essencialmente, aos primeiros – que, numa terminologia mais internacionalista, se denominam direitos civis e políticos. Na verdade, a maior parte dos direitos económicos, sociais e culturais foram relegados para a Carta Social Europeia, a qual não vai ser estudada nesta sede, pois a sua força jurídica e a sua efetividade estão muito aquém dos outros níveis de proteção aqui desenvolvidos, como é o caso das Constituições estaduais, do Direito da CEDH e do Direito da União Europeia.

Se outras diferenças não fossem descortináveis entre o Direito Constitucional português e o Direito da CEDH, em matéria de proteção dos direitos fundamentais, esta, por si só, já seria bastante para eventualmente levantar problemas aplicativos.

## 4.2 A tutela judicial dos direitos consagrados na CEDH

O sistema da CEDH, embora não seja o único sistema internacional regional de direitos humanos que contem um mecanismo jurisdicional de resolução de conflitos entre os indivíduos e os Estados, é o único em que os primeiros têm acesso direto à jurisdição de um tribunal – o TEDH – para fazer valer os seus direitos.

Com efeito, após estabelecer, no artigo 1.º, que todas as Altas Partes contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I, a Convenção prevê, no artigo 19.º, a criação de um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, com jurisdição permanente, o qual foi, efetivamente, criado em 1959. A sua competência estende-se a todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da CEDH e dos seus protocolos (artigo 32.º da CEDH).

O acesso direto dos indivíduos ao TEDH (artigo 34.º da CEDH) não estava previsto na versão original da CEDH, tendo sido introduzido pelo Protocolo n.º 11<sup>34</sup>. Acresce que as decisões do TEDH são vinculativas para os Estados (artigo 46.º, n.º 1).

34 Sobre o protocolo n.º 11, cfr. FREDERIC SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 9.ª ed., Paris, 2008, p. 631 e segs; JERZY MAKARCZYK, «Le protocole n.º 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales: notes de lecture», in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, 1999, p. 439 e segs; FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, «Perfecciones e imperfecciones en el protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1-XI98)», 1999, *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 135 e segs.



### 4.3 A abertura do sistema da CEDH às Constituições nacionais e ao Direito da União Europeia

O sistema da CEDH é, como não podia deixar de ser, um sistema aberto aos direitos nacionais, em geral, e ao Direito Constitucional dos Estados-Membros da Convenção, em particular.

O TEDH tem sido bastante sensível à diversidade europeia de culturas jurídicas, na medida em que o pluralismo constitui uma das bases da democracia. Desde logo, as autoridades nacionais permanecem livres de escolher as medidas que considerem necessárias e mais adequadas para implementar as obrigações decorrentes da Convenção. Por outro lado, o TEDH desenvolveu a teoria da margem de apreciação dos Estados na aplicação da Convenção, que retirou do carácter subsidiário do sistema europeu de salvaguarda de direitos humanos. Segundo ele, as autoridades nacionais estão melhor colocadas do que os órgãos da Convenção, incluindo ele próprio, para se pronunciarem sobre certos aspetos previstos na Convenção<sup>35</sup>, como, por exemplo, a presença de um perigo público ou a definição de ordem pública ou de moral pública. A margem de apreciação dos Estados não é, todavia, ilimitada, estando sujeita ao controlo do TEDH<sup>36</sup>.

Em suma, é o TEDH que acaba por fixar os limites do poder discricionário dos Estados, baseando-se, muitas vezes, na ideia do «denominador comum dos Direitos nacionais»<sup>37</sup>, a qual reduz a margem de apreciação dos Estados.

Além da abertura aos sistemas jurídicos dos seus Estados membros, a CEDH – ou melhor, a jurisprudência do TEDH – revela ainda alguma abertura ao sistema de direitos fundamentais da União Europeia.

Na verdade, o TEDH, e antes a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, não excluindo, totalmente, a sua competência nas matérias em que os Estados-Membros implementam medidas da União, admite, no entanto, não a exercer, desde que os direitos fundamentais sejam, na União Europeia, objeto de uma proteção equivalente à que teriam no âmbito da CEDH. Quanto aos atos da União Europeia propriamente ditos, o TEDH considera que, não sendo a UE membro da CEDH, os seus atos não podem ser perante ele sindicados. O caso

35 Ac. *Rasmussen*, de 28/11/1984. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int>.

36 Ac. *Groppera*, de 28/03/1990; ac. *Autronic*, de 22/05/1990. Disponíveis em <http://hudoc.echr.coe.int>.

37 Ac. *Marckx*, de 13/06/1979, p. 19; ac. *F. / Suiça*, de 18/12/1987. Disponíveis em <http://hudoc.echr.coe.int>.



paradigmático neste domínio é o caso Bósforo<sup>38</sup>. No fundo, o TEDH procura evitar decisões contraditórias com o TJUE.

Esta situação sofrerá, porventura, alteração quando a União Europeia aderir à CEDH.

## 5 O Direito da União Europeia

### 5.1 A ausência inicial de um catálogo de direitos nos Tratados Institutivos

A versão originária dos Tratados não continha um catálogo de direitos fundamentais, mas, desde cedo, se considerou que, apesar de as Comunidades terem um carácter eminentemente económico e de as suas atribuições serem funcionais, a importância dos poderes conferidos aos seus órgãos tornava possível uma violação dos direitos das pessoas, nomeadamente, de certos direitos económicos e sociais e dos respeitantes à regularidade dos processos judiciais e administrativos pelas próprias Comunidades Europeias.

Assim sendo, após a criação destas, os direitos fundamentais não podiam continuar a perspetivar-se somente por referência aos Estados-Membros, mas tinham de se encarar também no seio dessa nova forma de agregação do poder político em emergência, que eram as Comunidades Europeias.

A preocupação do respeito dos direitos fundamentais por parte das Comunidades retirava-se implicitamente, desde logo, da versão originária do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), quando, no preâmbulo, se afirmavam os ideais de paz e de liberdade, bem como o objetivo de melhoria das condições de vida dos seus povos.

O primeiro órgão comunitário a tomar plena consciência desta problemática, e a tentar solucioná-la, foi, sem dúvida, o Tribunal de Justiça (TJ), que, através de uma jurisprudência elaborada ao longo de décadas, procedeu ao enquadramento da proteção dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Comunitário.

Depois de uma primeira fase, em que o TJ se recusou a aceitar a relevância dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Comunitário<sup>39</sup>, acabou, numa segun-

38 *Ac. Bosphorus*, de 30/5/2005, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int>

39 *Ac. de 4/2/59, Stork*, proc. 1/58, Rec. 1958-59, p. 43 e ss e ac. de 15/7/60, *Comptoirs de Vente de la Rhur*, procs 36 a 38 e 40/59, Rec. 1960, p. 890.



da fase, por os integrar pela via dos princípios gerais de Direito, cujo respeito o Tribunal deve assegurar. A proteção dos direitos fundamentais impôs-se, antes de mais, devido às tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros<sup>40</sup>, pois a transferência de soberania para as Comunidades não podia significar uma diminuição dos direitos dos indivíduos. O quadro de proteção dos direitos fundamentais na Comunidade não ficaria, todavia, completo sem levar em linha de conta a CEDH e os demais instrumentos de Direito Internacional, designadamente, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>41</sup>.

A jurisprudência do TJ foi confirmando ao longo dos anos que a CEDH é o quadro de referência, no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais<sup>42</sup> e, que, por isso, não serão admitidas na Comunidade medidas incompatíveis com o respeito dos direitos humanos reconhecidos e garantidos pela Convenção<sup>43</sup>.

A afirmação da proteção dos direitos fundamentais desloca para o quadro comunitário os direitos, as liberdades e as garantias, bem como os direitos económicos, sociais e culturais, que, à partida, se encontravam protegidos apenas ao nível do Direito interno ou no quadro do Direito Internacional clássico, o que contribuiu para uma certa «humanização» da Comunidade. Os indivíduos não são apenas tidos em conta na sua faceta de agentes económicos (trabalhadores, prestadores de serviços, recetores de serviços), mas também na sua faceta humana<sup>44</sup>.

Deve, contudo, realçar-se que a proteção dos direitos fundamentais no seio das Comunidades não se afigurava suficiente, nem poderia ser equiparada à que existia ao nível do Direito interno dos Estados-Membros.

Após o Tratado de Maastricht o alargamento dos objetivos das Comunidades bem como a criação da União Europeia com objetivos próprios – essencialmente políticos – tornou mais nítido o carácter incompleto da solução em matéria de direitos fundamentais. Por isso, o Tratado de Maastricht consagrou, no articulado do Tratado da União Europeia (TUE), o princípio do respeito dos direitos fundamen-

40 Ac. de 12/11/69, *Stauder*, proc. 29/69, Rec. 1969, p. 419 e ac. de 17/12/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, proc. 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

41 Ac. de 14/5/74, *Nold*, proc. 4/73, Rec. 1974, p. 491 ; ac. de 15/5/86, *Johnston*, proc. 222/84, Col. 1986, p. 1651 e segs; ac. de 13/12/79, *Hauer*, proc. 44/79, Rec. 1979, p. 2727 e segs; ac. de 28/10/75, *Rutili*, proc. 36/75, Rec. 1975, p. 1219.

42 Ac. de 28/10/75, *Rutili*, proc. 36/75, Rec. 1975, p. 1219; ac. de 15/5/86, *Johnston*, proc. 222/84, Rec. 1986, p. 1651 e segs; ac. de 13/12/79, *Hauer*, proc. 44/79, Rec. 1979, p. 2727 e segs.

43 Ac. de 29/5/97, *Kremzow*, proc. C-299/95, Rec. 1997, p. I-2629.

44 Para um estudo mais desenvolvido desta evolução, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 244 e segs, bem como toda a bibliografia aí citada.

tais. Posteriormente, os Tratados de Amesterdão e Nice introduziram algumas alterações no domínio dos direitos fundamentais, sem que, contudo, tivessem consagrado, como muitos reclamavam, um catálogo de direitos da União Europeia<sup>45</sup>.

## 5.2 O reforço da proteção dos Direitos Fundamentais no Tratado de Lisboa

O Tratado de Lisboa (TL)<sup>46</sup> introduziu um conjunto de alterações significativas no domínio da afirmação dos direitos fundamentais por parte da União Europeia<sup>47</sup>, as quais, ainda que se insiram numa linha de continuidade em relação ao que existia anteriormente, também comportam duas inovações de enorme relevo, a saber:

- a) a equiparação do valor jurídico da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) ao dos Tratados operada pelo artigo 6.º, n.º 1, do TUE;
- b) a atribuição de competência à União Europeia para aderir à CEDH prevista no artigo 6.º, n.º 2, do TUE.

É de sublinhar que o TL dotou, finalmente, a União Europeia de um catálogo de direitos fundamentais equivalente ao dos seus Estados-Membros – e, em

45 Para maiores desenvolvimentos, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 249 e segs, bem como toda a bibliografia aí citada.

46 Para uma visão geral do Tratado de Lisboa, cfr., MANUEL LOPES PORTO / GONÇALO ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa – Anotado e comentado*, Coimbra, Almedina, 2012; DIAMOND ASHAGBOR / NICOLA COUNTOURIS / IOANNIS LIANOS, *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, 2012; ANDREA BIONDI / PIET EECKHOUT / STEFANIE RIPLEY, *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012; AAVV, *O Tratado de Lisboa – Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, 2012; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Ensaio sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2011; NUNO PIÇARRA (coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa – Aspectos centrais*, Coimbra, 2011; PAUL CRAIG, *The Lisbon Treaty – Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, 2010; JEAN-CLAUDE PIRIS, *The Lisbon Treaty – A Legal and Political Analysis*, Cambridge, 2010; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2010; RUDOLF STREINZ / CHRISTOPH OHLER / CHRISTOPH HERRMANN, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, 3rd ed., Munique, 2010; E. BROSSET / C. CHEVALLIER-GOVERS / V. EDJAHARIAN / C. SCHNEIDER (dir.), *Le Traité de Lisbonne – Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelles, 2009; STEFAN GRILLER / JACQUES ZILLER, *The Lisbon Treaty, EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Nova York, 2008; FRANÇOIS-XAVIER PRIOULLAUD / DAVID SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne – Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE)*, Paris, 2008; JACQUES ZILLER, *Les nouveaux traités européens: Lisbonne et après*, Paris, 2008; PAUL CRAIG, "The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance", *European Law Review*, 2008, p. 137 e segs; JÖRG PHILIPP TERHECHTE, "Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?", *EuropaRecht*, 2008, p. 143 e segs; ROBERTO BARATTA, "Le principali novità del Trattato di Lisbona", *Diritto de l'Unione Europea*, 2008, p. 21 e segs; MICHAEL DOUGAN, "The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts", *Common Market Law Review*, 2008, p. 617 e segs; ARACELI MANGAS MARTÍN, "Un Tratado No Tan Simple: El Realismo Mágico Del Funcionalismo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008, p. 335 e segs; JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE / FLORENCE CHALTIEL, "Le Traité de Lisbonne: Quel Contenu?", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2007, p. 617 e segs; INGOLF PERNICE (dir.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung? – Kolloquium zum 10. Geburtstag des WHI*, available at the website [www.ecln.net](http://www.ecln.net).

47 JOËL RIDEAU, "La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Perspectives ouvertes par le traité de Lisbonne", *Révue des Affaires Européennes*, 2007-2008, p. 185 e segs.

muitos casos, até mais amplo – assim como criou as condições para a sua adesão à CEDH, desde que preenchidos determinados pressupostos. Com estas inovações contribuiu, sem qualquer sombra de dúvida, para o reforço da tutela dos direitos fundamentais na União Europeia<sup>48</sup>.

A União passou a dispor de um catálogo de direitos fundamentais, o qual pode ser invocado nos tribunais da União Europeia e nos tribunais nacionais, nos termos constantes do artigo 51.º, n.º 1, 1.ª parte, da CDFUE.

OTL traz uma outra novidade importante no domínio da proteção dos direitos fundamentais, na medida em que confere à União Europeia competência para aderir à CEDH. Mas a adesão da União à CEDH não é automática, levantando problemas muito sérios tanto do lado da CEDH como do lado da União Europeia<sup>49 50</sup>.

Enquanto a União não aderir à CEDH, nos termos do artigo 6.º, n.º 3, do TUE, os direitos fundamentais nela reconhecidos serão aplicados no âmbito da ordem jurídica da União pela via dos princípios gerais, tal como sucedia até à entrada em vigor do TL, e ainda na medida em que seja acolhidos pela CDFUE.

Na verdade, o facto de o Tratado conferir poderes à União para aderir à CEDH não significa, só por si, que essa adesão se venha a concretizar efetivamente a breve trecho.

### 5.3 A amplitude do catálogo de direitos na CDFUE e as suas limitações

A sistematização da Carta não obedece à dicotomia clássica de direitos fundamentais – direitos civis e políticos e direitos económicos, sociais e culturais. Pelo contrário, iniciando-se com um preâmbulo, a Carta contém sete títulos que se denominam Dignidade, Liberdade, Igualdade, Solidariedade, Cidadania, Justiça e Disposições Finais<sup>51</sup>.

48 Para maiores desenvolvimentos, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 251 e segs, bem como toda a bibliografia aí citada.

49 Para maiores desenvolvimentos, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 264 e segs, bem como toda a bibliografia aí citada.

50 Sobre as condições de adesão da União à Convenção, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia – Da origem na integração económica ao fundamento na dignidade do ser humano*, Coimbra, 2010, p. 372 a 375; SUSANA SANZ CABALLERO, "Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2011, p. 99 a 128.

51 Para um comentário desenvolvido dos vários preceitos da Carta, cfr. LAURENCE BURGORGUE-LARSEN *et al.*, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Commentaire article par article, Partie II – La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, tomo II, Bruxelas, 2005; HANS D. JARASS, *EU-Grundrechte*, Munique, 2005; JÜRGEN MEYER (org.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der*

Os primeiros seis títulos incluem um catálogo de direitos fundamentais que se pode considerar muito vasto.

A porta de entrada para o sistema de direitos fundamentais da União Europeia é a inviolabilidade da dignidade do ser humano (artigo 1.º), na qual se ancoram todos os outros direitos, incluindo os direitos à vida (artigo 2.º), à integridade física (artigo 3.º), a proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes (artigo 4.º) e a proibição da escravatura e do trabalho forçado (artigo 5.º).

O reconhecimento destes direitos na Carta foi alvo de um amplo consenso, uma vez que eles fazem parte de instrumentos internacionais, designadamente, da CEDH e do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, bem como das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros<sup>52</sup>.

O Título II inclui as liberdades clássicas, como é caso do direito à liberdade e à segurança (artigo 6.º), do respeito da vida privada e familiar (artigo 7.º), do direito de contrair casamento e de constituir família (artigo 9.º), da liberdade de pensamento, de consciência e religião (artigo 10.º), da liberdade de expressão e de informação (artigo 11.º), da liberdade de reunião e de associação (artigo 12.º) e a liberdade das artes e das ciências (artigo 13.º), a par de direitos sociais, como, por exemplo, a liberdade profissional e o direito ao trabalho (artigo 15.º) e o direito à educação (artigo 14.º) e de direitos económicos, como a liberdade de empresa (artigo 16.º) e o direito de propriedade (artigo 17.º) e de direitos de terceira geração, como o direito à proteção de dados pessoais (artigo 8.º). O direito de asilo (artigo 18.º) e a proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição (artigo 19.º) enquadram-se nos direitos dos estrangeiros de que a União deve assegurar o respeito.

A igualdade e a não discriminação, embora consagradas parcelarmente nos Tratados desde a sua versão originária, são, pela primeira vez, equacionadas numa perspetiva global. Reconhece-se a igualdade perante a lei (artigo 20.º), a proibição da discriminação em função da nacionalidade (artigo 21.º, n.º 2) e a proibição da não discriminação em função de quinze categorias suspeitas, nas quais, entre outras, se incluem o sexo, a raça ou origem étnica, a religião ou crença, a deficiência, a idade e a orientação sexual. A igualdade entre homens e mulheres (artigo 23.º)

*Europäischen Union*, Baden-Baden, 2003; GUY BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Témoignage et commentaires*, Paris, 2001; AAVV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001.

52. Especificamente sobre os direitos cívicos e políticos, na versão originária da CDFUE, cfr. PATRICK WACHSMAN, «Droits civils et politiques», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2000, p. 15 e segs.

foi sujeita a um tratamento específico. A Carta reconhece ainda que certas categorias de pessoas possuem problemas particulares que necessitam de uma resposta especial. É o caso das crianças (artigo 24.º), das pessoas idosas (artigo 25.º) e das pessoas com deficiências (artigo 26.º). A inclusão do respeito da diversidade cultural, religiosa e linguística (artigo 22.º) no Título relativo à igualdade (Título III) tem como pressuposto que a concretização da diversidade cultural, religiosa e linguística deve efetuar-se, nomeadamente, através da não discriminação<sup>53</sup>.

O Título IV relativo à solidariedade inclui a maior parte dos direitos sociais reconhecidos na CDFUE<sup>54</sup>: o direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa (artigo 27.º), o direito de negociação e de ação coletiva (artigo 28.º), o direito de acesso aos serviços de emprego (artigo 29.º), a proteção em caso de despedimento sem justa causa (artigo 30.º), as condições de trabalho justas e equitativas (artigo 31.º), a proibição do trabalho infantil e proteção dos jovens no trabalho (artigo 32.º), a proteção da vida familiar e da vida profissional (artigo 33.º), o direito à segurança social e à assistência social (artigo 34.º), a proteção da saúde (artigo 35.º), o acesso a serviços de interesse económico geral (artigo 36.º), mas também inclui os chamados direitos de terceira geração, como é o caso da proteção do ambiente (artigo 37.º) e da defesa do consumidor (artigo 38.º).

A inclusão dos direitos sociais na Carta foi alvo de grande polémica na convenção que a elaborou, reflexo da diferente forma de encarar constitucionalmente estes direitos por parte dos diversos Estados-Membros. Se, no que diz respeito aos direitos civis e políticos, as principais discussões no seio da convenção se situaram ao nível da redação dos preceitos, já no âmbito dos direitos sociais, as divergências estenderam-se à própria consagração destes direitos na Carta<sup>55</sup>.

A inclusão dos direitos sociais na Carta deveu-se, essencialmente, aos franceses, apoiados pelos italianos, belgas, espanhóis e pela maioria dos alemães, com a oposição dos países nórdicos, da Holanda, da Irlanda e do Reino Unido, pois, sobretudo, estes últimos consideravam a afirmação constitucional dos direitos

53 Sobre a igualdade na Carta, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia...*, cit., p. 447 e segs.

54 Especificamente sobre os direitos sociais, na versão originária da Carta, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, "A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os direitos sociais", *Direito e Justiça*, 2001, p. 189 e segs; OLIVER DE SCHUTTER, «La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2000, p. 33 e segs.

55 Sobre as dificuldades de inserção dos direitos sociais na Carta, ver ANA MARIA GUERRA MARTINS, «A Carta dos Direitos Fundamentais...», cit., p. 213 e segs; OLIVER DE SCHUTTER, «La contribution de la Charte des droits fondamentaux...», cit., p. 41 e segs; JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHE, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2000, p. 676 e segs.

sociais como uma causa de rigidez e acreditavam mais na flexibilidade e na negociação entre parceiros sociais do que na legislação centralizada<sup>56</sup>.

Perante estas dificuldades, as negociações na convenção partiram de um mínimo comum a todos os Estados-Membros, tendo posteriormente aditado outros direitos. Foi pois com todas estas reticências que os direitos sociais foram inseridos na Carta. A maior parte deles, como já se referiu, encontra-se no Título IV (artigos 27.º e seguintes) e são direitos dos trabalhadores (artigos 27.º a 33.º) ou relacionados com o trabalho, mas, como também já tivemos oportunidade de sublinhar, podem encontrar-se direitos sociais noutros lugares<sup>57</sup>.

As normas relativas à cidadania previstas no Título V da CDFUE<sup>58</sup> retomam, no essencial, as normas do TCE que sobre ela versavam. O estatuto do cidadão da União abrange o direito de eleger e ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu (artigo 39.º) e nas eleições municipais (artigo 40.º), o direito a uma boa administração (artigo 41.º), o direito de acesso aos documentos (artigo 42.º), o direito de petição ao Provedor de Justiça (artigo 43.º) e ao Parlamento Europeu (artigo 44.º), a liberdade de circulação e de permanência (artigo 45.º) e a proteção diplomática e consular (artigo 46.º).

É de sublinhar que, ao contrário do que se verificava no TCE, a liberdade de circulação e de permanência pode vir a abranger os nacionais de terceiros Estados legalmente residentes no território de um dos Estados-Membros da União (artigo 45.º, n.º 2).

Por último, em matéria de Justiça consagram-se o direito a ação judicial efetiva e a julgamento imparcial (artigo 47.º), a presunção da inocência e os direitos de defesa do arguido (artigo 48.º), os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas (artigo 49.º) e o direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito (artigo 50.º), ou seja, direitos que integram a CEDH ou os seus protocolos.

56 Neste sentido, JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHE, «La Charte des droits fondamentaux...», p. 676 e segs.

57 Note-se que também existem referências a direitos sociais nos capítulos relativos à liberdade – a liberdade sindical, incluindo o direito de constituir sindicatos (artigo 12.º), o direito de acesso à formação profissional e contínua (artigo 14.º, n.º 1), a liberdade profissional e o direito de trabalhar (artigo 15.º) e a liberdade de empresa (artigo 16.º) – e à igualdade – a igualdade entre homens e mulheres, designadamente, nos domínios do emprego, do trabalho e da remuneração (artigo 23.º, n.º 1).

58 Especificamente sobre os direitos de cidadania, na versão originária da Carta, cfr. DENYS SIMON, «Les droits du citoyen de l'Union», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2000, p. 22 e segs.



Não obstante a amplitude deste catálogo de direitos fundamentais, a proteção constante da Carta não se afigura tão ampla quanto à partida se poderia supor, na medida em que se introduziram alguns limites<sup>59</sup>.

Desde logo, devem mencionar-se os limites de atribuição de competências previstos no artigo 6.º, n.º 1, TUE, o qual explicita que “*de forma alguma, o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados*” (par. 2.º) e a declaração n.º 1 da Conferência vem reafirmar que a Carta é juridicamente vinculativa, confirmando os direitos garantidos pela CEDH e resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. A mesma declaração acrescenta ainda que a Carta não alarga, não cria e não modifica as atribuições e competências da União.

Em segundo lugar, a Carta estabelece limites de interpretação, no parágrafo 3.º do artigo 6.º, n.º 1, do TUE, referindo que “*os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII (...) e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições*”. Ou seja, este preceito vincula o intérprete a dois tipos de limites:

- (i) endógenos – as normas constantes dos artigos 51.º a 54.º da Carta;
- (ii) exógenos – as anotações do *Praesidium*.

As disposições do Título VII da Carta que relevam, especialmente, para efeitos de interpretação são o artigo 52.º, n.ºs 3 a 7, e o artigo 53.º (o artigo 51.º e os restantes n.ºs do artigo 52.º referem-se, no essencial, à aplicação e não à interpretação). É de realçar que os n.ºs 4 a 7 do artigo 52.º não constavam da versão originária da Carta, tendo sido introduzidos somente durante a Convenção sobre o Futuro da Europa<sup>60</sup>.

Além destes limites endógenos à interpretação da Carta, existem também limites exógenos. Nos termos do artigo 52.º, n.º 7, as anotações à Carta, inicialmen-

59 Para maiores desenvolvimentos sobre os limites de interpretação e aplicação da Carta, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 253 e segs.

60 Sobre as modificações da CDFUE, cfr. EMILIO PAGANI, “Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali”, *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2008, p. 94 e segs; ORESTE POLLICINO / VINCENZO SCARABBA, “La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona”, *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2008, p. 101 e segs; JULIO VAQUERO CRUZ, “What’s left of the Charter? Reflections on Law and Political Mythology”, *Maastricht Journal of Comparative and International Law*, 2008, p. 65 e segs.



te, elaboradas pelo *Praesidium* da primeira convenção e, posteriormente, revistas e atualizadas pelo *Praesidium* da Convenção sobre o Futuro da Europa, destinam-se a orientar quer os órgãos jurisdicionais da União quer os dos Estados-Membros na interpretação da Carta.

Em nosso entender, não se trata de limitar os poderes do juiz na sua tarefa de interpretação da Carta, o que, de resto, seria incompatível com a independência da função jurisdicional e das magistraturas em geral que faz parte integrante das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, mas antes tornar público qual o entendimento dos autores da Carta sobre os vários preceitos.

Por último, devem referir-se os limites que resultam do estatuto especial de que gozam alguns Estados relativamente à Carta, como é o caso da Polónia e do Reino Unido, por força do protocolo n.º 30<sup>61</sup>, o qual é extensivo à República Checa, com base num acordo político entre este Estado e os restantes Estados-Membros, concluído sob a forma de um protocolo a integrar nos Tratados numa futura revisão dos mesmos. Este acordo constituiu *conditio sine qua non* de ratificação do TL por parte do Presidente checo.

#### 5.4 A tutela dos Direitos Fundamentais pelo Tribunal de Justiça da União Europeia

Antes de mais, deve salientar-se que a União Europeia contém mecanismos adequados para assegurar a tutela dos direitos fundamentais.

Segundo o artigo 19.º, n.º 1, do TUE, o TJUE garante o respeito do Direito na interpretação e na aplicação dos Tratados. Para tal o TJUE é dotado de uma competência muito vasta, que vai desde o controlo preventivo dos projetos de convenções internacionais de que a União é parte ao controlo sucessivo dos atos das outras instituições, órgãos e agências da União, passando pela fiscalização do cumprimento das obrigações dos próprios Estados-Membros. Além disso, o

61 Sobre este protocolo, ver FLORENCE BENOIT ROHMER, "Valeurs et droits fondamentaux", in E. BROSSET et al., *Le Traité de Lisbonne – Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelas, 2009, p. 155 e segs; SILVÈRE LEFEVRE, "Le Royaume-Uni et la Charte des Droits Fondamentaux", in E. BROSSET et al., *Le Traité de Lisbonne...*, cit., p. 165 e segs; ROBERTO BARATTA, "Le principali novità del Trattato di Lisbona", cit., p. 39 e segs; MICHAEL DOUGAN, "The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts", *Common Market Law Review*, 2008, p. 665 e segs; AURÉLIE MORICEAU, "Le Traité de Lisbonne et la Charte des Droits Fondamentaux", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2008, p. 362 e segs; FRANZ C. MAYER, "Schutz vor der Grundrechte-Charta oder durch die Grundrechte-Charta? Anmerkungen zum europäischen Grundrechtsschutz nach dem Vertrag von Lissabon", in INGOLF PERNICE (dir.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung? – Kolloquium zum 10. Geburtstag des WHI*, disponível no sítio [www.ecln.net](http://www.ecln.net), p. 88.



artigo 344.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelece que *“os Estados-membros se comprometem a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação e à aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que estão neles previstos”*.

O TJUE atua, do ponto de vista material, como um verdadeiro tribunal constitucional quando exerce o controlo da constitucionalidade do Direito derivado, quando salvaguarda os princípios do equilíbrio institucional, da subsidiariedade e da proporcionalidade, quando garante a repartição de atribuições entre os Estados-Membros e a União Europeia e quando assegura a proteção dos direitos fundamentais.

Aliás, no que diz respeito aos direitos fundamentais, o âmbito da competência do TJ abrange não só a legislação da União como também a apreciação de medidas estaduais de execução de atos de Direito derivado<sup>62</sup>.

Apesar de ser o TJUE que desempenha o papel mais importante na tutela dos direitos fundamentais ao nível da União, os tribunais nacionais, em geral, e os tribunais constitucionais, em particular, como tribunais comuns do Direito da União Europeia também interpretam e aplicam as normas da União que consagram direitos fundamentais.

## **5.5 A abertura do sistema de direitos da UE às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros nacionais e ao Direito da CEDH**

Tendo em consideração que, no espaço territorial da União Europeia, concorrem três sistemas jurídicos de direitos fundamentais – o Direito da União Europeia, que inclui a CDFUE, a CEDH e as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros – a Carta sentiu necessidade de estabelecer a forma como eles se articulam entre si.

Das disposições finais da Carta resulta, desde logo, implicitamente um princípio geral de abertura ao sistema da CEDH e das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros.

62 Ac. de 25/11/86, *Klensch*, proc. 201 e 202/85, Rec. 1986, p. 3477 e ss e ac. de 13/7/89, *Wachauf*, proc. 5/88, Rec. 1989, p. 2609 e segs.

Assim, o artigo 52.º, n.º 3, da Carta refere que sempre que os direitos contidos na CDFUE coincidam com os da CEDH, o seu sentido e alcance são idênticos. Segundo as anotações à Carta, este número do preceito visa garantir a coerência necessária entre a CEDH e a CDFUE. Por CEDH deve entender-se tanto a Convenção como os seus protocolos e ainda a jurisprudência do TEDH que os aplica. Esta disposição não se opõe, todavia, a que o Direito da União confira uma maior proteção às pessoas. Ou seja, admite-se um princípio de tratamento mais favorável por parte da União Europeia.

Por seu turno, o n.º 4 do artigo 52.º da Carta reproduz o sentido do n.º 3 do preceito, aplicando-o às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, não salvaguardando, todavia, o Direito da União que consagre uma proteção mais ampla, o que pode vir a ter consequências a vários níveis, dos quais se destaca a afirmação do princípio do primado do Direito da União sobre o Direito dos Estados-Membros.

O artigo 52.º, n.º 6, da Carta, vem corroborar que as legislações e práticas nacionais devem ser tidas em conta, tal como precisado na Carta. Esta disposição não traz nada de novo, somente confirma o que consta de diversos preceitos ao longo da Carta.

O artigo 53.º estabelece que as disposições da Carta não devem ser interpretadas no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos pelo Direito Internacional e pelas convenções internacionais de que a União ou todos os Estados-Membros são partes, designadamente a CEDH. Segundo a anotação a este preceito, ele visa preservar o nível de proteção atualmente conferido pelas diversas Ordens Jurídicas no domínio dos direitos fundamentais – a da União Europeia, as dos Estados-Membros e a internacional.

## 6 Algumas conclusões intercalares

Após ter esclarecido o que se deve entender por tutela multinível dos direitos fundamentais bem como ter procedido ao enquadramento da protecção dos direitos fundamentais em Portugal por referência a esses diversos níveis, os quais interagem entre si e, em certos casos, até se intersectam, pensamos estar em condições de extrair algumas conclusões intercalares.



Em primeiro lugar, deve chamar-se a atenção para o facto de os três níveis de proteção de direitos fundamentais analisados conterem particularidades que os distinguem claramente uns dos outros. Desde logo, no que diz respeito aos catálogos de direitos fundamentais de cada um deles, não se verifica uma plena convergência. Pelo contrário, o catálogo de direitos fundamentais constante da CRP ultrapassa largamente o catálogo mais restrito da CEDH e até o da CDFUE, que, sendo bastante amplo, mesmo assim, fica aquém do da Constituição Portuguesa.

Em segundo lugar, no que toca aos mecanismos de controlo dos direitos fundamentais, todos os sistemas incluem controlo jurisdicional, sendo, por vezes, complementares ou subsidiários uns dos outros. Note-se, porém, que a forma como esse controlo é exercido depende dos meios jurisdicionais disponíveis, os quais não coincidem.

Em terceiro lugar, deve notar-se que os sistemas de proteção dos direitos fundamentais apreciados apresentam muitos pontos de convergência, que se manifestam, desde logo, na coincidência de certos direitos constantes dos diversos catálogos e na abertura que cada um deles revela em relação aos outros.

### **As dificuldades associadas à tutela multinível dos direitos fundamentais e a sua superação**

A tutela multinível dos direitos fundamentais não comporta somente vantagens nem se revela fácil torná-la efetiva. Pelo contrário, também se verificam riscos ou perigos que dificultam a sua aplicação prática. Daí que seja necessário proceder à articulação entre os diversos níveis de proteção envolvidos. Ora, essa articulação tem vindo a ser ensaiada, nos últimos tempos, em especial, pela jurisprudência dos tribunais dos vários níveis enquanto últimos garantes dos direitos fundamentais.

## **7 As vantagens da tutela multinível dos Direitos Fundamentais**

Cumpre, antes de mais, notar que a tutela multinível dos direitos fundamentais apresenta vantagens inegáveis.

Em primeiro lugar, a tutela multinível dos direitos fundamentais pode contribuir para ultrapassar eventuais lacunas de proteção que existam em cada um dos níveis.

Em segundo lugar, a tutela multinível dos direitos fundamentais é suscetível de ter como destinatários sujeitos que, nos modelos clássicos, em que o Estado é o único garante dos direitos fundamentais, nunca o seriam, como é o caso das instituições, órgãos e agências da União Europeia.

Em terceiro lugar, a multiplicação das jurisdições proporciona um maior acesso do indivíduo à Justiça, que deixa de estar limitado aos tribunais nacionais, e, em simultâneo, contribui para a emergência de uma ordem comum europeia, no domínio dos direitos fundamentais<sup>63</sup>.

Daqui decorre um reforço da proteção dos direitos fundamentais das pessoas.

## 8 Os riscos da tutela multinível dos Direitos Fundamentais

Como se disse, a tutela multinível dos direitos fundamentais, além das vantagens acabadas de enunciar, comporta igualmente riscos que, com frequência, são muito enfatizados por aqueles que lhe são adversos.

Assim, em primeiro lugar, não há nenhuma garantia de que a multiplicação de catálogos de direitos fundamentais contribua efetivamente para uma melhor proteção das pessoas, na medida em que até pode gerar nelas uma maior incerteza e insegurança.

Em segundo lugar, o facto de existir uma multiplicidade de catálogos de direitos fundamentais, em que o conteúdo de cada um dos direitos pode variar, é suscetível de contribuir para a emergência de conflitos de direitos, cuja solução pode estar dependente de jurisdições de várias ordens jurídicas.

Em terceiro lugar, a pluralidade de jurisdições competentes pode funcionar como um entrave à proteção dos direitos fundamentais, uma vez que, por um lado, é suscetível de encarecer e de prolongar os prazos da aplicação da Justiça e, por outro lado, pode conduzir a decisões contraditórias. Ora, o acesso ao Direito e à Justiça implica, por natureza, que a Justiça deve ser célere e não deve ser cara. As decisões em sentido oposto trarão problemas em termos de confiança e aceitação da justiça.

63 Neste sentido, ANDREAS VOSSKUHL, "Protection of Human Rights in the European Union. Multilevel Cooperation on Human Rights between the European Constitutional Courts", in *Our Common Future*, Hannover/Essen, 2-6 November 2010, disponível em [www.ourcommonfuture.de](http://www.ourcommonfuture.de).



Estes perigos não devem, todavia, entravar ou mesmo impedir a tutela multinível dos direitos fundamentais, pois as vantagens compensam os riscos que lhe estão associados<sup>64</sup>. Devem antes procurar-se formas de articulação entre os diferentes níveis de proteção que, de um lado, potenciem as vantagens e, de outro lado, contribuam para anular os riscos que lhe são inerentes.

## 9 A articulação dos diferentes níveis de proteção de Direitos Fundamentais

A articulação entre os diferentes níveis de proteção deve ser realizada tanto no plano substantivo como no plano do controlo judicial.

### 9.1 No âmbito substantivo

Do ponto de vista substantivo, assiste-se, atualmente, a uma progressiva convergência de direitos, a qual resulta da incorporação de parâmetros muito idênticos quer nos direitos constitucionais nacionais quer nos instrumentos internacionais e ainda no Direito da União Europeia.

Com efeito, o ponto de partida de todos os catálogos de direitos fundamentais é o respeito da dignidade da pessoa humana<sup>65</sup> e da igualdade de direitos de todas as pessoas<sup>66</sup>. A partir daí os vários catálogos de direitos fundamentais desenvolvem uma série de outros direitos que, numa percentagem relativamente elevada, se afiguram coincidentes.

Assim, se compararmos os três catálogos de direitos fundamentais, sobre os quais nos temos vindo a debruçar ao longo deste relatório, facilmente se chega à conclusão que existe um conjunto amplo de direitos que é transversal

<sup>64</sup> Neste sentido, ANDREAS VOSSKUHLE, "Protection of Human Rights in the European Union. Multilevel Cooperation on Human Rights between the European Constitutional Courts", cit.

<sup>65</sup> Sobre a dignidade humana, cfr., *inter alia*, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia...*, cit, p. 500 e segs; J. LUTHER, 'Ragionevolezza e Dignità Umana', in F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional y otros Estudios de Derecho Público*, Madrid, 2008, p. 306 e segs; M. HERDEGEN, 'Art 1 Abs. 1' in: MAUNZ / DÜRIG, *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. 1, Munique, 2007, §§ 30 e segs; L. INGBER, 'De l'égalité à la dignité en Droit: de la forme au contenu', in: *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, 2000, p. 905; F. BORELLA, 'Le concept de dignité de la personne humaine', in P. PEDROT (Dir.), *Ethique, Droit et Dignité de la Personne – Mélanges Christian Bolze*, Paris, 1999, p. 30 e segs; H. HOFMANN, 'Die versprochene Menschenwürde', *Archiv des öffentlichen Recht*, 1993, p. 355 et segs.

<sup>66</sup> Sobre a igualdade como ponto de partida de todos os catálogos de direitos humanos, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia...*, cit, p. 39 e segs, bem como toda a bibliografia aí citada.

a todos eles – o direito à vida, o direito à integridade pessoa, o direito à liberdade e à segurança, etc.

Aliás, a transversalidade de certos direitos no espaço europeu assenta não só numa herança cultural e jurídica comum europeia, mas também na partilha de valores e de princípios por parte de toda a Humanidade e na consequente visão universalista dos direitos humanos<sup>67</sup>.

Além disso, a convergência dos direitos é igualmente o resultado da influência mútua dos vários níveis de proteção dos direitos fundamentais. Nalguns casos, essa influência é, à partida, expressamente assumida, como foi o caso da CDFUE, a qual “importou” direitos da CEDH e das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, noutros casos, embora não se invoquem expressamente outros catálogos, a comparação leva a concluir no sentido afirmativo.

Note-se que a convergência de direitos não significa uma total coincidência dos vários catálogos de direitos e, muito menos, do conteúdo de cada um deles nos diferentes sistemas jurídicos.

Apesar de serem admissíveis eventuais divergências, é possível a coexistência pacífica de catálogos não totalmente coincidentes. Além disso, o facto de um mesmo direito constar de vários catálogos não significa que tenha exatamente o mesmo conteúdo em todos eles.

Daí que se afigure necessário estabelecer regras de articulação entre os vários sistemas.

Mais uma vez, um exemplo ilustrativo do que a acaba de se afirmar advém da CDFUE. Como vimos, o artigo 52.º, n.º 3, da Carta estabelece que sempre que os direitos nela contidos coincidam com os da CEDH, o seu sentido e alcance são idênticos e o artigo 52.º, n.º 4, estabelece o mesmo para as tradições constitucionais dos Estados-Membros.

67 Sobre o universalismo dos direitos humanos, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, “Chapter 18 – Universality and Binding Effect of Human Rights from a Portuguese Perspective”, in RAINER ARNOLD (ed.), *The Universalism of Human Rights*, Dordrecht, 2013, p. 299 e 300; JAVAID REHMAN, *International Human Rights Law*, 2ª ed., Harlow, 2010, p. 8 e 9; HENRY STEINER / PHILIP ALSTON / RYAN GOODMAN, *International Human Rights in Context Law, Politics, Morals – Text and Materials*, 3ª ed., Oxford, 2007, p. 517 e segs; ANTONIO BLANC ALTEMIR, ‘Universalidad, indivisibilidad e interdependência de los derechos humanos a los cinquenta años de la Declaración Universal’, in ANTONIO BLANC ALTEMIR, (ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cinquenta años de la Declaración Universal*, Madrid, 2001, p. 21; GÉRARD COHEN-JONATHAN, ‘De l’universalité des droits de l’homme’, in *Hommage à René-Jean Dupuy – Ouvertures en droit international*, Paris, 2000, p. 25.

## No âmbito judicial

Tendo em consideração que quando se fala de tutela de direitos são tão relevantes os textos que consagram catálogos de direitos fundamentais como a interpretação e a aplicação que deles fazem os vários intervenientes, designadamente, os tribunais, além de divergências muito acentuadas dos textos, torna-se necessário evitar divergências profundas de jurisprudência. Ou seja, a articulação dos vários níveis de proteção de direitos fundamentais deve passar igualmente pela jurisprudência dos tribunais dos diversos sistemas jurídicos.

Atualmente, existem já alguns meios – institucionalizados e informais – que têm em vista obter essa articulação.

De entre as formas institucionalizadas de cooperação judicial deve referir-se o caso do processo das questões prejudiciais previsto no artigo 267.º do TFUE, o qual, ainda que não tenha sido criado para operar exclusivamente em sede de direitos fundamentais, tem desempenhado um papel importante neste domínio.

Além disso, a nossa Constituição estabelece, como vimos, no artigo 8.º, n.º 4, uma regra de prevalência do Direito originário e derivado da União Europeia, desde que respeitados certos requisitos. Porém, esta norma não esclarece qual é o juiz competente para resolver os conflitos de direitos. A prevalência do Direito originário e derivado da União implica, por um lado, que a União tenha respeitado as suas competências e, por outro lado, que os princípios do Estado de Direito Democrático tenham sido igualmente respeitados. Se algum destes requisitos falhar quem é o último árbitro da constitucionalidade nestes casos – o Tribunal Constitucional (e os Tribunais nacionais em geral) ou o Tribunal de Justiça?

Este é um problema que, no estágio atual de evolução do Direito da União, não tem uma resposta unívoca. Tudo depende da ótica em que nos colocarmos.

Se procurarmos resolver a questão na perspetiva da CRP, o Tribunal Constitucional português tem de ser o último guardião dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, assim como é a ele que lhe compete aferir se os poderes que o Estado português transferiu para a União Europeia foram ultrapassados. Se, ao invés, nos colocarmos na ótica do Direito da União Europeia, o Tribunal de Justiça é, de acordo com o artigo 19.º do TUE, o último guardião do Direito da União Europeia, pelo que se deverá considerar competente para



aferir se a União Europeia violou os princípios do Estado de Direito Democrático, uma vez que ela também se fundamenta neles assim como está particularmente vocacionado para apreciar se as instituições da União exerceram ou não os seus poderes adequadamente.

Do exposto resulta que, não obstante o facto de a nossa Constituição tentar responder à magna questão dos conflitos de direitos provenientes da ordem jurídica constitucional e da ordem jurídica da União Europeia, com a cláusula constitucional relativa ao princípio do primado do Direito da União sobre o Direito interno, o facto de as relações entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais se fundamentarem num princípio de cooperação e não num princípio hierárquico, levará, em Portugal, tal como já sucedeu em outros Estados-Membros, ao diálogo com o Tribunal de Justiça, através da suscitação de questões prejudiciais com base no artigo 267.º do TFUE<sup>68</sup>.

Uma outra situação em que vai ser necessário criar mecanismos institucionalizados de cooperação judicial prende-se com a adesão da União à CEDH. Na verdade, passará a haver dois tribunais – o TEDH e o TJUE – que potencialmente serão competentes para apreciar as violações de direitos fundamentais. Aliás, nas negociações da adesão já se equacionaram algumas hipóteses<sup>69</sup>.

Deve, no entanto, sublinhar-se que nem sempre a cooperação judicial assume mecanismos institucionalizados, como os que acabamos de mencionar. Pelo contrário, surge até mais frequentemente na forma de um “diálogo judicial” informal, a saber:

- a) O diálogo direto entre tribunais, o qual pressupõe que os tribunais constitucionais nacionais entre si e com os tribunais internacionais bem como com o TJUE estabeleçam procedimentos formais de cooperação, como, por exemplo, a criação de redes judiciais, encarregadas da troca de informação, da organização de colóquios e conferências, da publicação de livros sobre proteção dos direitos fundamentais, etc<sup>70</sup>;

68 Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão, ver, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 516 e segs.

69 Sobre os trabalhos preparatórios da adesão da UE à CEDH, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, “A Portuguese Perspective of the Accession on the European Union to the European Convention of Human Rights”, in LIJOPOULOS-STRANGAS / PEREIRA DA SILVA / POTACS (eds), *The Accession of the European Union to the ECHR*, Baden-Baden, 2013, p. 219 e segs.

70 Cfr. JULIANE KOKOTT, “From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models”, cit., p. 74; DUTHEILLET DE LAMOTHE, “Constitutional court judge’s roundtable: comparative constitutionalism in practice”, *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 555-556; AUSTEN PARRISH, “Storm in a teacup: The U.S. Supreme Court’s use of foreign law”, *University of Illinois Law Review*, 2007, p. 675; ROMANO ORRÚ, “Uno sguardo esterno sulla giurisprudenza costituzionale portoghese: «lus est

- b) O diálogo indireto entre os tribunais, o qual se revela a partir da análise da jurisprudência dos outros tribunais, sejam eles tribunais constitucionais nacionais, o TEDH ou o TJUE. Este diálogo parte da consulta das bases de dados públicas<sup>71</sup>;
- c) O diálogo através da receção da doutrina estrangeira, a qual é citada nas decisões dos vários tribunais constitucionais<sup>72</sup> e europeus.

O incremento dos meios tecnológicos de comunicação à distância<sup>73</sup>, assim como o uso do inglês<sup>74</sup>, como língua franca, contribuíram para o acesso dos tribunais a fontes de normatividade externas. Em consequência, a aceitação de um conjunto de normas globalmente vinculativas tem vindo a aumentar no domínio da proteção dos direitos fundamentais. Essas regras abrangem um núcleo duro de parâmetros constitucionais comuns que vinculam todos os Estados e comunidades políticas, independentemente das especificidades culturais e antropológicas de cada um deles<sup>75</sup>.

ars boni et aequi...”, cit., p. 467-469; DAVID LAW/WEN-CHEN CHANG, “The limits of global judicial dialogue”, *Washington Law Review*, 2011, p. 535-538; ANNE MEUTWESE/MARNIX SNEL, “Constitutional Dialogue: An Overview”, *Utrecht Law Review*, 2013, p. 131.

- 71 Cfr. ALEC STONE, *The Birth of Judicial Politics in France – The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford, 1992, p. 7 e 8; JULIANE KOKOTT, “From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models”, cit., p. 74; NEIL WALKER, *The migrations of constitutional ideas and the migration of the constitutional idea: the EU case*, EUI Working Paper Law n.º 2005/04, p. 3; JUAN COLOMBO CAMPBELL, “Constitutional court judge’s roundtable: comparative constitutionalism in practice”, *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 544; DUTHELLET DE LAMOTHE, “Constitutional court judge’s roundtable...”, cit., 553-555; HÉLÈNE LAMBERT, “Transnational judicial dialogue, harmonization and the Common European Asylum System”, cit., p. 520; ROMANO ORRÚ, “Uno sguardo esterno sulla giurisprudenza costituzionale portoghese: «Ius est ars boni et aequi...”, cit., p. 457-458 and 464-465); PINTO BASTOS (JR.)/CECLIA LOIS, *Beyond the Borders of the National Constitution*, cit., p. 5; TERESA VIOLANTE, *A adjudicação constitucional e o Direito Comparado, in Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo – Um Conjunto de Perspetivas*, Coimbra, 2011, p. 338; DAVID LAW/WEN-CHEN CHANG, “The rise of Comparative Constitutional Law: Thoughts on substance and method”, p. 526; ANNE MEUTWESE/MARNIX SNEL, “Constitutional Dialogue: An Overview”, cit., p. 130-131.
- 72 Cfr. IDDO PORAT, *The use of foreign law in Israeli constitutional adjudication*, in <http://www.clb.ac.il/uploads/Porat%20-%20Foreign%20Law%20-%20May%204.pdf>, Telaviv University, 2011, p. 3; DAVID LAW/MILA VERSTEEG, “The rise of Comparative Constitutional Law: Thoughts on substance and method”, cit., p. 1166 e 1167; ANNE MEUTWESE/MARNIX SNEL, cit., 123-124). No que diz respeito ao Tribunal Constitucional Português, cfr., por todos, ROMANO ORRÚ, “Uno sguardo esterno sulla giurisprudenza costituzionale portoghese: «Ius est ars boni et aequi...”, cit., p. 462.
- 73 JULIANE KOKOTT, “From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models”, cit., p. 74; GÁBOR HALMAI, “The use of foreign law in constitutional interpretation”, cit., p. 1328-1329; RAN HIRSCHL, “The rise of Comparative Constitutional Law: Thoughts on substance and method”, *Indian Journal of Constitutional Law*, 2008, p. 11; HÉLÈNE LAMBERT/RAZA HUSAIN, “The British judiciary and the search for reciprocal relations with its continental partners”, in *The Limits of Transnational Law* (org. Guy Goodwin-Gill/Hélène Lambert), Cambridge, 2010, p. 142; DAVID LAW/WEN-CHEN CHANG, “The limits of global judicial dialogue”, cit., p. 526; DAVID LAW/MILA VERSTEEG, “The limits of global judicial dialogue”, cit., p. 1183; VLAD PERJU, “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”, cit., p. 1305.
- 74 HÉLÈNE LAMBERT “Transnational judicial dialogue, harmonization and the Common European Asylum System”, cit., p. 531; PAUL TIEDEMANN, “The use of foreign asylum jurisprudence in the German administrative courts”, in *The Limits of Transnational Law* (org. Guy Goodwin-Gill/Hélène Lambert), Cambridge, 2010, p. 67; HÉLÈNE LAMBERT/RAZA HUSAIN, “The British judiciary and the search for reciprocal relations with its continental partners”, cit., p. 141; DAVID LAW/MILA VERSTEEG “The limits of global judicial dialogue”, cit., p. 1183.
- 75 Considerando que está em formação o conceito de “universal commonly recognized values”, cfr. ROLANDO QUADRI, “La tutela penale degli interessi stranieri e internazionali”, in *Scritti Giuridici*, 1988, p. 58; DIEZ SANCHEZ, *El Derecho Penal Internacional (Ambito espacial de la Ley Penal)*, Editorial Colex, 1990, p. 174; VICKI C. JACKSON, “Comparative constitutional federalism and transnational judicial discourse”, cit., p. 91-92; GÁBOR HALMAI, “The use of foreign law in constitutional interpretation”, cit., p. 1329; AUSTEN PARRISH, “Storm in a teacup: The U.S. Supreme Court’s use of foreign law”, cit., p. 642 a 644; PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, cit., p. 488; RAN HIRSCHL, “The rise of Comparative Constitutional Law: Thoughts on substance and method”, cit., p. 12; GEORG NOLTE, *Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung*, in «VVDStRL», 67 (2008),

Em suma, a tutela dos direitos humanos frente a todos os entes – públicos ou privados – e poderes – nacionais e internacionais (universais ou regionais) – que potencialmente têm capacidade para os condicionar, restringir e violar, bem como para os implementar e efetivar, na atualidade, só se conseguirá realizar através da interação e da influência mútua dos diversos sistemas de proteção, a qual opera numa base horizontal e não numa base hierárquica.

Assim sendo, o constitucionalismo multinível maximiza a proteção dos direitos fundamentais, na medida em que permite um diálogo constante e permanente do Direito Internacional dos Direitos Humanos com os direitos nacionais e com o Direito da União Europeia (especialmente após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o qual conferiu caráter vinculativo à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e vice-versa.

## A Jurisprudência do Tribunal Constitucional Português

### 10 A evolução da Jurisprudência Constitucional no domínio da tutela multinível dos Direitos Fundamentais

Face à postura amigável do texto constitucional português relativamente à aceitação do constitucionalismo multinível, seria expectável que os tribunais portugueses e, em especial, o Tribunal Constitucional, também se revelassem favoráveis à tomada em consideração e à aplicação de fontes internacionais de normatividade e, em especial, da jurisprudência consolidada nos tribunais europeus e internacionais. Acresce ainda que a ordem jurídica portuguesa sempre foi extremamente permeável à influência internacional, por força da sua histórica tradição de relação com outros Povos e culturas, fruto da sua posição geoestratégica e do movimento das Descobertas marítimas.

Porém, o Tribunal Constitucional depara com uma dificuldade que se prende com o sistema português de fiscalização da constitucionalidade, o qual não se revela tão “amigo” da tutela multinível dos direitos fundamentais como seria de prever.

137-139; PEDRO CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado*, Coimbra, 2010, p. 242 a 246; DAVID LAW/WEN-CHEN CHANG, “The limits of global judicial dialogue”, cit., p. 525-526; JOHN BELL, “The Relevance of Foreign Examples to Legal Development”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2011, p. 458-459; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra, 2013, p. 182 a 191; SAM HALABI, “Constitutional Borrowing as Jurisprudential and Political Doctrine in *Shri DK Basu v. State of West Bengal*”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 2013, p. 13 a 15.

Com efeito, como já se disse, não existe em Portugal recurso de amparo ou queixa constitucional. Pelo contrário, o sistema português de fiscalização da constitucionalidade das normas prevê um sistema de controlo difuso por parte de todos os tribunais com recurso para o Tribunal Constitucional, o qual apenas pode apreciar a constitucionalidade das normas aplicadas ou desaplicadas por inconstitucionalidade e não das decisões judiciais. Assim sendo, nos processos de fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade, a norma surge ao Tribunal Constitucional como um dado. No fundo, é nos tribunais comuns que a questão da aplicação ou não de fontes de normatividade internacionais e europeias se joga.

Em consequência, a participação do Tribunal Constitucional Português na articulação dos diversos níveis de tutela dos direitos fundamentais tem vindo a ocorrer, essencialmente, num plano informal, através do diálogo judicial, e não tanto no plano da cooperação institucionalizada, como tem vindo a acontecer com outros tribunais constitucionais, designadamente o espanhol e o italiano.

Convém sublinhar que mesmo esse diálogo judicial não foi evidente desde o início.

Na verdade, a jurisprudência constitucional tem vindo a evoluir muito lentamente de uma mera tomada em consideração de fontes internacionais e europeias, enquanto instrumento de reforço das opções constituintes nacionais, para uma aplicação autónoma de parâmetros de constitucionalidade de fonte externa.

Esta evolução é particularmente visível, nos últimos anos, na medida em que o Tribunal Constitucional acaba por ter de reconhecer a influência de condicionantes exógenas das próprias soluções normativas nacionais. Nesse sentido, a globalização jurídica, a crise económico-financeira internacional de 2008 e as respetivas medidas de austeridade, associadas ao seu combate, motivaram uma maior consciencialização de que as imposições internacionais (em especial, de fonte europeia) acabam por assumir uma influência decisiva. Senão diretamente – enquanto fonte de normatividade constitucional –, pelo menos enquanto elemento decisivo de interpretação atualista e sistemática do próprio texto constitucional.

## 10.1 De uma fase inicial de (quase) negação

Numa fase inicial, o Tribunal Constitucional raramente invocava fontes internacionais ou europeias. Pelo contrário, na medida em que o texto constitucional de 1976 (posteriormente revisto em 1982) incorporava um desígnio explícito de democratização da sociedade portuguesa – anteriormente sujeita a um longo período de ditadura – e de intervenção do Estado na economia, com vista à redistribuição da riqueza e à correção das assimetrias sociais, através da garantia de prestações públicas aos cidadãos (ex: sistema nacional de educação, serviço nacional de saúde, sistema público de segurança social, etc.), a jurisprudência constitucional tende a omitir referências aos mais elementares textos de Direito Internacional e Europeu. Isto porque a extensão do texto constitucional e a preocupação em consagrar, de modo explícito, inúmeros direitos fundamentais, tornou dispensável a invocação de direitos constantes de textos internacionais.

Durante esse período, era mesmo usual proceder-se a uma análise relativamente longa das soluções consagradas em ordenamentos jurídicos estrangeiros – através do método típico do Direito Comparado –, sem que se procedesse à correspondente análise do Direito Internacional aplicável a cada situação concreta. Por exemplo, no Acórdão n.º 423/87<sup>76</sup>, o Tribunal Constitucional abordou o problema da fixação do ensino de religião e moral como disciplina obrigatória no sistema público de educação, tendo-se limitado a proceder a uma análise comparatista com as soluções ordenadas noutros ordenamentos jurídicos estrangeiros. Porém, em momento algum, fez apelo a considerações ou parâmetros normativos de índole internacional, como a CEDH ou o PIDCP. Só muito mais tarde, já em 2014, no Acórdão n.º 544/2014<sup>77</sup>, apreciando um problema de exercício da liberdade de crença e de culto religioso no local de trabalho, uma composição renovada do Tribunal Constitucional viria a invocar inúmeros textos internacionais para melhor configurar o conceito constitucional nacional de “*liberdade religiosa*” (ex: Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação baseadas na Religião ou na Crença, o artigo 2.º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas e, já no quadro do Conselho da Europa, o artigo 9.º da CEDH, os artigos 7.º e 8.º da Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1 de fevereiro de 1995, e, no

76 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870423.html>.

77 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140544.html>.

âmbito da União Europeia, o artigo 10.º da CDFUE). E esta nova preocupação com a invocação de fontes internacionais de normatividade constitucional retira-se igualmente do Acórdão n.º 578/2014<sup>78</sup> relativo a tema próximo.

Um outro exemplo dessa prevalência comparatista – em que o coletivo de juízes se limitava a estudar as soluções normativas de ordenamentos jurídicos estrangeiros – é o do Acórdão n.º 25/84<sup>79</sup>, que, a propósito da apreciação da constitucionalidade da norma do Código Penal que descriminalizava, parcialmente, a interrupção voluntária da gravidez, o Tribunal levou a cabo uma análise exaustiva, no plano do Direito Comparado, mas praticamente omissa quanto à referência ou análise de fontes jurídicas internacionais (com exceção de uma referência, esparsa, à Declaração Universal dos Direitos das Crianças).

Ainda assim, apesar desta renitência evidenciada durante o período inicial, permaneceu vigente a cláusula constitucional de interpretação da Constituição à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 16.º, n.º 2, da Constituição), que foi incluída no texto constitucional, logo na sua versão originária, de 1976.

Nessa fase, o primeiro acórdão a fazer uma referência expressa a uma fonte de Direito Internacional – neste caso, à Declaração Universal dos Direitos do Homem – foi o Acórdão n.º 14/84, que, apreciando uma questão relativa ao direito de arrendamento, se debruçou sobre a configuração que aquele texto internacional concedia ao direito de propriedade<sup>80</sup>. Porém, só com a adesão de Portugal às Comunidades Europeias, em 1986, se passou a notar uma abertura mínima ao Direito Internacional e Europeu, potenciada pela natural curiosidade sobre um novo sistema jurídico.

O Tribunal Constitucional português nunca assumiu, contudo, a execução direta do Direito Internacional e Europeu, enquanto fonte autónoma de normatividade constitucional, antes tendo optado por utilizá-los apenas como um instrumento de reforço argumentativo das próprias soluções consagradas na Constituição portuguesa<sup>81</sup>. Nesta linha de entendimento, várias decisões passam a conter um

78 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140578.html>.

79 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html>.

80 Cfr. <http://w3.tribunalconstitucional.pt/AcordaosV22/pesquisaacordao.mvc/Details/7690>.

81 Bem exemplar deste entendimento interpretativo é o já referido Acórdão n.º 14/84, que expressamente afirmou a autossuficiência do texto constitucional face à Declaração Universal dos Direitos do Homem: «(...) o artigo 17.º da Declaração, respeitante ao direito de propriedade, não implica qualquer mudança na interpretação até agora feita do artigo 62.º da Constituição, e quando aquele afirma, no seu n.º 2, que «ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade», isso nada adianta à questão, pois se há alguma coisa que não se pode dizer da solução dada à extinção da colónia é que ela seja arbitrária».

breve resumo sobre a proteção internacional dos direitos fundamentais em discussão perante o Tribunal Constitucional, evidenciando um estudo cada vez mais atento e uma preocupação crescente com as soluções decorrente do Direito Internacional e do Direito Europeu.

## 10.2 A uma fase posterior de progressiva abertura

A abertura às influências provenientes de fontes não nacionais de normatividade constitucional poderia sido influenciada pela alteração, em 1989, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (por força da Lei n.º 85/89, de 7 de setembro).

Com efeito, a partir dessa data, a própria lei passou a encarregar o Tribunal Constitucional do controlo da compatibilidade entre normas de atos legislativos adotados pelo legislador português e os parâmetros de normatividade resultantes de convenções internacionais que vinculem o Estado português (artigo 70.º, n.º 1, *al. i*), da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional). Isto significa que as normas dos atos legislativos portugueses passam a poder ser julgadas nulas, quando contrariem disposições imperativas constantes de convenções internacionais às quais o Estado português se tenha vinculado.

Esta abertura do sistema de fiscalização português ao controlo multinível poderia ter potenciado a tomada em consideração das fontes internacionais e europeias na jurisprudência do Tribunal, mas o facto é que aquela alteração foi introduzida com outro fim – o de resolver uma divergência entre a 1.ª e a 2.ª secção quanto ao conhecimento da inconstitucionalidade indirecta.

Apesar disso, a preocupação dos juízes do Tribunal Constitucional com os aspetos relacionados com a função paramétrica, de nível constitucional, do Direito Europeu e do Direito Internacional acabou por se ir manifestando paulatinamente. De certo modo, a invocação de fontes externas de normatividade constitucional surge como prova da consistência das decisões do Tribunal, visto que se convoca jurisprudência internacional e europeia para justificar e reforçar os juízos formulados a propósito de situações que apenas convocam, diretamente, as normas e princípios constitucionais portugueses<sup>82</sup>.

82 Como nota MARTIN SHAPIRO, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago, 1980, p. 1, o conhecimento sociológico comum diz-nos que quando duas pessoas não conseguem chegar a um acordo sobre um determinado assunto, a única forma de resolver a questão é recorrer a uma terceira pessoa. O Direito Constitucional Comparado atua aqui



Durante este período transitório passou a ser comum a inclusão de citações não só de jurisprudência internacional, europeia e estrangeira, mas também de obras e opiniões doutrinárias de professores e investigadores estrangeiros<sup>83</sup>. Foi, no entanto, necessária cerca de uma década e meia após a criação do Tribunal Constitucional para que este “tomasse a sério” as fontes de normatividade internacional e europeia.

A primeira decisão que revela esta nova preocupação corresponde ao Acórdão n.º 352/98<sup>84</sup> que, a propósito da possibilidade de rejeição imediata de recurso penal, em função da sua manifesta improcedência, não deixou de analisar a jurisprudência do TEDH sobre as garantias de defesa dos arguidos. Apesar de reafirmar a autossuficiência do texto constitucional português, aquela decisão passa em revista a jurisprudência do TEDH e evidencia um particular à vontade no tratamento das soluções acolhidas pela CEDH. Mais tarde, na mesma linha, pode ainda identificar-se o Acórdão n.º 12/2005<sup>85</sup>, que adota a mesma postura, a propósito do problema da fixação de indemnização civil, a suportar pelo Estado, por aplicação de prisão preventiva ilegal, fundada em erro grosseiro. Por último, no Acórdão n.º 589/2006, em que se colocava uma questão de segredo de Justiça e de acesso aos autos, para efeitos de impugnação jurisdicional de prisão preventiva decretada, o Tribunal Constitucional voltou a ter em devida conta a CEDH e a jurisprudência do TEDH, com vista a melhor delinear o seu juízo de constitucionalidade.

Em suma, apesar de continuarem a não constituir um parâmetro autónomo de decisão<sup>86</sup>, o Direito Internacional e o Direito Europeu começaram a surgir como auxiliares do juiz constitucional, que a eles recorre para comprovar a bondade dos juízos por si formulados.

---

como essa terceira pessoa. No mesmo sentido, JOHN BELL, “The Relevance of Foreign Examples to Legal Development”, cit., p. 460.

83 Contrariamente ao que fazem outros tribunais estrangeiros, como, por exemplo, o Supremo Tribunal Americano e os tribunais ingleses (cfr. HÉLÈNE LAMBERT, “Transnational judicial dialogue, harmonization and the Common European Asylum System”, cit., p. 531) –, o Tribunal Constitucional Português cita, essencialmente, doutrina francesa, alemã, italiana e espanhola.

84 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980352.html>.

85 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050012.html>.

86 Com efeito, a jurisprudência portuguesa, nesta fase, persistiu em afirmar a autossuficiência do texto constitucional e a admitir, apenas subsidiariamente, o contributo de fontes internacionais para densificação dos conceitos constitucionais nacionais. Nesse sentido, ver os Acórdãos n.º 12/2005 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050012.html>) e n.º 682/2006 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060682.html>).



### 10.3 A caminho da total aceitação da tutela multinível?

Por força de fatores quer “endógenos”, quer “exógenos”, que veremos adiante (cfr. *infra* n.ºs 10.4. e 10.5.), o Tribunal Constitucional começou a encarar o recurso ao estudo do Direito Internacional e do Direito Europeu como se de uma “obrigação” argumentativa se tratasse. Sempre que se afigure relevante, a jurisprudência constitucional procede à enunciação e análise da jurisprudência internacional, europeia e estrangeira conexa. Este fenómeno torna-se ainda mais visível a partir da composição do Tribunal, que entrou em funções no ano de 2007.

Assim, logo em 2007, o Acórdão n.º 416/2007<sup>87</sup>, afirmou – ainda que “*ad latere*”, enquanto argumento subsidiário e adicional – que o Tribunal Constitucional estaria vinculado às fontes internacionais e europeias, designadamente, para efeitos de determinação do conceito de expropriação legítima. Daí em diante, passou a ser usual a referência às exigências decorrentes da DUDH e da jurisprudência do TEDH. Disso foram exemplo:

i) O Acórdão n.º 70/2008<sup>88</sup>, que, procurando resolver uma divergência jurisprudencial entre as próprias secções não especializadas do Tribunal Constitucional, optou pela não inconstitucionalidade da destruição de escutas telefónicas decretadas como irrelevantes, invocando em seu favor a jurisprudência do TEDH sobre a matéria – em especial, os Acórdãos “*Huvig*”, de 24 de abril de 1990 (considerando n.º 34), *Kruslin*, da mesma data (considerando n.º 35), “*Valenzuela Contreras*”, de 30 de julho de 1998 (considerandos n.ºs 46, IV, e 59), e “*Prado Bugallo*”, de 18 de fevereiro de 2003 (considerando n.º 30).

ii) O Acórdão n.º 101/2009<sup>89</sup>, que apreciou a constitucionalidade de normas relativas à procriação medicamente assistida, recorreu ao estudo do Direito Comparado, bem como da Declaração Universal sobre o Genoma Humano, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção de Oviedo), e, ainda, o respetivo Protocolo Adicional sobre Clonagem Humana;

iii) O Acórdão n.º 121/2010<sup>90</sup>, que apreciou a constitucionalidade da norma do Código Civil que passou a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, para tanto recorrendo ao estudo do Direito Comparado, da DUDH e da CDFUE. Neste Acórdão o Tribunal proferiu mesmo uma afirmação que alguns consideraram muito ousada, qual seja a de que a DUDH só deve ser tida em conta quando conduz a uma maior proteção das pessoas;

87 Cfr. [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070416.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070416.html).

88 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080070.html>.

89 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>.

90 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>.

iv) Os Acórdãos n.º 216/2010<sup>91</sup>, n.º 548/2011<sup>92</sup> e n.º 41/2012<sup>93</sup>, que apreciaram a opção legislativa de vedação às pessoas coletivas privadas (e, em especial, às empresas) do acesso a apoio judiciário, em caso de insuficiência económica, invocaram a DUDH com vista a justificar o direito de acesso aos tribunais com fundamento na dignidade humana bem como o artigo 6.º da CEDH;

v) O Acórdão n.º 281/2011<sup>94</sup>, sobre as garantias de imparcialidade e a participação, em sede de recurso, de juízes que tenham intervindo em sede de julgamento, o Tribunal chega ao ponto de citar os Acórdãos *"Saraiva de Carvalho v. Portugal"*, *"Procola v. Luxembourg"*, *"Hauschildt v. Denmark"*, *"Morel v. France"* and *"Warsicka v. Polónia"*, do TEDH, em abono da sua posição;

vi) O Acórdão n.º 527/2011<sup>95</sup>, sobre o dever de notificação ao arguido das contra-alegações do Ministério Público, cita o Acórdão *"Feliciano Bichão v. Portugal"* do TEDH;

vii) O Acórdão n.º 340/2013<sup>96</sup>, sobre a proibição de autoincriminação ou *"nemo tenetur se ipsum accusare"*, cita expressamente os Acórdãos *"Funke v. France"*, *"J.B. v. Suisse"*, *"Shannon v. United Kingdom"* and *"Saunders v. United Kingdom"*, do TEDH, enquanto fundamento do juízo proferido;

viii) O Acórdão n.º 544/2014<sup>97</sup>, sobre a liberdade religiosa no âmbito do exercício profissional, no respetivo local de trabalho, além da abundante referência já mencionada a fontes internacionais e europeias, ainda explícita e pondera os Acórdãos *"X v. Reino Unido"*, *"Tuomo Konttinen v. Finlândia"*, *"Associação Litúrgica Judaica Cha`are Shalom ve Tsedek v. França"* e *"Francesco Sessa v. Itália"*, todos do TEDH.

Aliás, esta última decisão afigura-se como verdadeiramente paradigmática de uma nova abordagem do Tribunal Constitucional português sobre a metódica argumentativa própria do constitucionalismo multinível. Através do referido Acórdão n.º 544/2014, o Tribunal procede a uma análise exaustiva das inúmeras fontes internacionais e europeia da liberdade religiosa, robustecendo o conceito normativo nacional com as experiências decorrentes dessa consagração internacional. O grau de minúcia na identificação e compreensão dos textos internacionais relevantes evidencia um novo julgador, bem munido das ferramentas indispensáveis

91 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100216.html>.

92 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110548.html>.

93 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120041.html>.

94 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110281.html>.

95 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110527.html>.

96 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130340.html>.

97 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140544.html>.

a uma compreensão global e mundividente do Direito, que já não se cinge aos territórios e aos instrumentos jurídicos nacionais.

Conforme melhor se demonstrará *infra* (cfr. n.ºs 10.4. e 10.4.), esse reforço da dimensão internacional e europeia deu-se, não só pela circunstância de o coletivo ter passado a incluir diversos juristas de mérito especializados nessas áreas jus-científicas, como pela influência das instituições europeias (Comissão Europeia, BCE) e internacionais (FMI) na definição do Programa de Assistência Económico-Financeira, que se seguiu à gravíssima crise internacional de 2008 e que obrigou o Estado português a solicitar auxílio internacional para obter o necessário refinanciamento da sua dívida pública.

Assim, na medida em que a Constituição portuguesa foi pensada para uma situação de normalidade económico-social – e não para uma situação de grave e excepcional de crise conjuntural –, surgiram inúmeros conflitos entre a interpretação que alguns agentes políticos, económicos e sociais faziam das obrigações internacionais a que o Estado português estava vinculado e a aplicação literal e descontextualizada do texto constitucional. Como tal, o Direito e a jurisprudência internacional e europeia passaram a ser convocados para garantir uma interpretação atualista do texto constitucional, assim se contextualizando as soluções plasmadas na Constituição portuguesa formal, com as exigências decorrentes de uma noção material de Constituição.

Emblemáticos desta tensão foram, precisamente, os quatro “acórdãos orçamentais”; isto é, aquelas decisões que apreciaram a constitucionalidade de várias medidas restritivas, adotadas por força do programa de austeridade, que foram incluídas nos sucessivos orçamentos de 2011 a 2014 (respetivamente, Acórdãos n.º 396/2011<sup>98</sup>, n.º 353/2012<sup>99</sup>, n.º 187/2013<sup>100</sup> e n.º 413/2014<sup>101</sup>). Em todas estas decisões, se ponderaram as vinculações internacionais do Estado português ao cumprimento do Pacto de Estabilidade e Crescimento, bem como as implicações decorrentes do Programa de Assistência Económico-Financeira celebrado com a Comissão Europeia, o BCE e o FMI. Através deles, procurou-se um equilíbrio entre a garantia dos direitos e dos princípios fundamentais consagrados na Constituição portuguesa e a exigência de respeito das obrigações internacionais decorrentes do Direito Internacional e do Direito Europeu.

98 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>.

99 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>.

100 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>.

101 Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>.

Contudo, atenta a delicadeza desse equilíbrio, o potencial de conflito e de divergência entre a jurisprudência nacional e internacional torna-se, neste domínio, bem mais elevado. Um caso que importa ponderar a este propósito é o do Acórdão “*Conceição Mateus c/ Portugal*”<sup>102</sup> do TEDH. Este Acórdão considerou que a suspensão de pagamento do subsídio de férias e do subsídio de Natal – que havia sido declarada inconstitucional pelo Acórdão n.º 353/2012 – não era contrário à CEDH, pelo que recusou atribuir uma compensação pecuniária aos queixosos, assim ilibando o Estado português. A verdade é que, em bom rigor, não se pode afirmar que estejamos aqui perante verdadeiras decisões jurisprudenciais contraditórias, mas antes perante uma divergência de catálogos de direitos fundamentais que remete os juízes dos dois tribunais para parâmetros diversos. Enquanto o juiz europeu apreciou a questão do ponto de vista do artigo 1.º, n.º 1, do Protocolo n.º 1, ou seja, do direito de propriedade, o juiz constitucional português utilizou outros parâmetros que a Constituição lhe oferece.

Aliás, a confirmação de que o juiz constitucional português se considera vinculado ao Direito Internacional e ao Direito Europeu resulta evidente de uma das suas decisões mais recentes em matéria de aplicação de medidas legislativas de austeridade – isto é, o Acórdão n.º 574/2014<sup>103</sup>. Neste Acórdão, o Tribunal Constitucional apreciou várias medidas de conteúdo orçamental, como, por exemplo, os cortes de salários de funcionários públicos e de pensões de reformados, tendo reiterado o seu compromisso com o Direito Internacional e com o Direito Europeu, os quais foram utilizados para reforçar o seu juízo de inconstitucionalidade<sup>104</sup>. Ali se demonstrou que os princípios constitucionais consagrados na Lei Fundamental portuguesa não divergem dos princípios gerais igualmente reconhecidos pela comunidade internacional e europeia e que cabe ao legislador, no cumprimento das suas obrigações internacionais e europeias, adotar as medidas que sejam compatíveis e admissíveis face à Constituição nacional. Assim sendo, recusou-se

102Cfr. <http://hudoc.echr.coe.int>.

103Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140574.html>.

104Nesse sentido, ver a seguinte passagem do Acórdão n.º 574/2014: «**12. Independentemente de dúvidas quanto à vinculatividade destas recomendações – adotadas no âmbito do procedimento por défice excessivo –, a verdade é que elas não impõem a Portugal medidas concretas e determinadas para controlo da despesa pública e para redução do défice, antes se limitando a enunciar os objetivos ou metas, que, esses sim, devem ser obrigatoriamente cumpridos, por força das normas indubitavelmente vinculativas da União Europeia, quais sejam as de direito originário e de direito derivado acima citadas (no entanto, algumas medidas concretas podem resultar das decisões de execução do Conselho no quadro do PAEF). Dito por outras palavras, a vinculatividade do Direito da União Europeia neste domínio não abrange os meios que os Estados-membros utilizam para atingir os objetivos ou metas que lhes são impostos.**»

*Assim sendo, o facto de se admitir que as normas adotadas e a adotar pelo legislador nacional com vista a prosseguir os objetivos acima referidos se devem conformar com as prescrições da União Europeia não tem consequências do ponto de vista da aplicação das normas constitucionais. Pelo contrário, num sistema constitucional multinível, no qual interagem várias ordens jurídicas, as normas legislativas internas devem necessariamente conformar-se com a Constituição [competindo ao Tribunal Constitucional, de acordo com a CRP, administrar a justiça em matérias jurídico-constitucionais (cfr. artigo 221.º da CRP)]. Aliás, o próprio direito da União Europeia estabelece que a União respeita a identidade nacional dos seus Estados-membros, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles (cfr. artigo 4.º, n.º 2, do TUE).*»

qualquer tensão ou conflito entre o parâmetro de validade constitucional de gènesis nacional e os idênticos parâmetros internacionais e europeus<sup>105</sup>.

Porventura, este Acórdão constitui uma das mais impressionantes demonstrações de compatibilização e de interpenetração entre o Direito Constitucional nacional e os parâmetros normativos decorrentes de fontes internacionais e europeias. Fica, assim, demonstrada, à evidência a consciencialização do Tribunal Constitucional português quanto à urgência na compreensão e na aplicação de um método integrado típico do constitucionalismo multinível.

## 10.4 As razões da evolução

### 10.4.1 Endógenas

A evolução da jurisprudência constitucional portuguesa acabada de enunciar não é produto do acaso. Pelo contrário, são várias as circunstâncias que têm vindo a contribuir para o reforço da atenção do Tribunal Constitucional português sobre as implicações do constitucionalismo multinível. Do ponto de vista da própria dinâmica interna do Tribunal, importa frisar a progressiva designação de membros provenientes de áreas de especialização em Direito Internacional e Direito Europeu. Entre 2003 e 2007, a Vice-Presidência do Tribunal Constitucional foi exercida por um anterior Juiz do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (1995-2003) e Professor Universitário especializado nas áreas do Direito Internacional (Público e Privado) e do Direito da União Europeia – Rui Moura Ramos – o qual viria a exercer a função de Presidente do Tribunal Constitucional entre 2007 e 2012. Entre 2003 e 2012 dois outros juízes – Maria Helena Brito e Gil Galvão – recrutados, na sua qualidade de juristas de mérito, revelavam uma particular sensibilidade para as questões internacionais e europeias, devido às funções que tinham exercido anteriormente à sua designação como juízes do Tribunal Constitucional.

Este movimento de crescente integração de especialistas nessas áreas reforçou-se com a designação de outras duas juízas – professoras universitárias espe-

<sup>105</sup> E mais se disse, nesse acórdão: «Sublinhe-se, por último, que neste domínio não há sequer divergência entre o Direito da União Europeia e o Direito Constitucional Português. Efetivamente, os princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança, que têm servido de parâmetro ao Tribunal Constitucional para aferir da constitucionalidade das normas nacionais relativas a matérias conexas com as que se apreciam nos presentes autos, fazem parte do núcleo duro do Estado de direito, integrando o património jurídico comum europeu, a que a União também está vinculada».



cializadas nas áreas de Direito Internacional e Direito Europeu: Ana Guerra Martins (2007-...) e Maria José Rangel de Mesquita (2012-...).

Além disso, a própria formação dos juízes provenientes das magistraturas começou a revelar uma maior influência dos estudos de Direito Internacional e Europeu. Com efeito, o Centro de Estudos Judiciários passou a integrar nos seus programas de formação ações e palestras várias sobre Direito Internacional e Direito Europeu, tendo chegado mesmo a incluí-los como tema obrigatório nos exames de acesso à magistratura. Acresce ainda a consagração progressiva, a partir de 1986, nos programas curriculares das principais Faculdades de Direito portuguesas não só de disciplinas de Direito Internacional (Público e Privado), como também de Direito das Comunidades Europeias, atualmente, Direito da União Europeia.

Daqui decorre que os juízes de carreira, provenientes dos tribunais judiciais e administrativos/tributários, gozam, hoje, de um conhecimento bem mais exaustivo sobre as especificidades de disciplinas como Direito Internacional, Direito da União Europeia e Direito Comparado do que era habitual, há algumas décadas atrás.

#### **10.4.2 Exógenas**

Além destas razões que têm, essencialmente, a ver com a formação dos juízes que compõem o Tribunal, verificam-se, igualmente, causas externas que condicionam a mudança de paradigma argumentativo das decisões.

No caso português, a grave crise financeira internacional de 2008 traduziu-se na necessidade de adesão a um Programa de Assistência Económica Financeira, em 2011, que permitiu o acesso a uma linha de financiamento público do Estado português, mas, em contrapartida, implicou a vinculação internacional a um conjunto de deveres de resultado, designadamente, em matéria de equilíbrio orçamental das contas públicas. Assim, desde 2011, tiveram de ser adotadas, no ordenamento jurídico português, inúmeras medidas restritivas de direitos fundamentais, exigidas por uma política de austeridade orçamental, que acabaram por ser objeto de reiterada fiscalização do Tribunal Constitucional, a pedido de outros titulares de órgãos de soberania dotados de legitimidade processual ativa para o efeito. Todas as leis do orçamento, desde 2011 a 2014, deram lugar a outras tantas decisões de inconstitucionalidade (respetivamente, os Acórdãos n.º 396/2011, n.º 353/2012, n.º 187/2013 e n.º 413/2014).

Ora, uma das principais questões em discussão, nessa sede, residia precisamente numa (pretensa) tensão entre o cumprimento das obrigações internacionais do Estado português e o respeito pelos imperativos constitucionais consagrados na Lei Fundamental. Assim sendo, o estudo e a análise do Direito Internacional, do Direito Europeu e das suas relações recíprocas com as fontes internas de constitucionalidade tornaram-se um ponto crucial da metódica constitucional prosseguida pelo Tribunal Constitucional.

Acrescente-se ainda que a progressiva globalização das situações jurídicas e a incapacidade dos Estados nacionais para resolverem satisfatoriamente, por si só, situações transnacionais, que envolvem pontos de contacto com diversos ordenamentos jurídicos, contribuíram igualmente para o reforço de um constitucionalismo multinível, que logre garantir, de modo adequado, as pretensões dos indivíduos e das empresas. De certo modo, o acesso imediato a uma informação globalizada denuncia a identidade de problemas jurídicos entre os vários ordenamentos jurídicos nacionais e tem convocado, cada vez mais, o Tribunal Constitucional português para um dedicado estudo de matriz comparatista. Por esta via, a jurisprudência constitucional não se furta a um verdadeiro *“benchmarking”* entre as soluções vigentes noutros ordenamentos jurídicos, deles extraíndo os melhores critérios para a solução dos casos concretos que é convocado a decidir.

## 11 Síntese conclusiva

Terminado o relatório, importa proceder a uma breve síntese conclusiva:

1. A tutela dos direitos fundamentais num Estado – como é o caso de Portugal – que é membro da União Europeia, do Conselho da Europa e das Nações Unidas tem obrigatoriamente de ser equacionada numa perspetiva multinível, uma vez que a proteção dos direitos fundamentais convoca não só a ordem jurídica constitucional nacional como também a ordem jurídica da União Europeia, o Direito da CEDH e até o Direito Internacional universal.
2. Ora, esta multiplicação dos sistemas de tutela dos direitos fundamentais, que constitui parte integrante do constitucionalismo plural ou multinível, não deve conduzir, todavia, a uma redução dos níveis de protecção, especialmente no que diz respeito aos direitos sociais.



3. A Constituição Portuguesa revela uma enorme abertura ao constitucionalismo multinível e à tutela multinível de direitos fundamentais que lhe está associada, o que não impede que quer do ponto de vista do conteúdo dos direitos quer da garantia dos mesmos se venham a verificar dificuldades de articulação entre os diversos níveis de proteção dos direitos fundamentais.
4. Essas dificuldades têm vindo a ser progressivamente minimizadas, por um lado, através do esforço realizado no sentido da convergência de direitos e, por outro lado, através da criação de meios de cooperação judicial institucionalizados ou informais que têm como objetivo primordial evitar a contradição de decisões judiciais.
5. O Tribunal Constitucional Português, não obstante as particularidades do sistema de fiscalização da constitucionalidade serem bastante adversas a uma participação institucionalizada na tutela multinível dos direitos fundamentais, tem acompanhado esta tendência.
6. A prová-lo está a jurisprudência, sobretudo, da última década, a qual passou a levar, cada vez mais, em linha de conta o Direito Internacional universal, o Direito Europeu dos Direitos Humanos e o Direito da União Europeia.
7. Note-se, porém, que, para o Tribunal Constitucional, as normas e os princípios destas áreas jurídicas não operam como parâmetro de constitucionalidade num plano equivalente ao das normas e princípios que integram a CRP.
8. Aliás, no estágio atual de evolução do Direito, dificilmente se encararia uma tal possibilidade, na medida em que isso implicaria aceitar uma relação de hierarquia entre as ordens jurídicas mencionadas assim como entre os respetivos Tribunais.
9. Ora, atualmente, a tutela multinível dos direitos fundamentais é dominada por relações de cooperação e pelo diálogo judicial, no qual o Tribunal Constitucional Português participa ativamente, como se prova pela sua inclusão em vários *fora* internacionais.

## Abstract

The article deals with the protection of fundamental rights in the context of multilevel constitutionalism in the Portuguese Constitutional Law, citing the different levels of protection and the European Convention on Human Rights. The

author also discusses the advantages and risks of multilevel protection and the jurisprudence of the Constitutional Court Portuguese.

**Keywords:** Fundamental rights. Multilevel protection.



**Referência do artigo**

MARTINS, Ana Maria Guerra. ROQUE, Miguel Prata. A tutela multinível dos direitos fundamentais. A posição do Tribunal Constitucional Português. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 40, p. 35-80, jul./dez. 2014.

# Para uma conceção personalista da administração pública e do Direito Administrativo

**Paulo Otero**

Prof. Catedrático da Faculdade de Direito  
da Universidade de Lisboa

## §1º Conceção personalista de prossecução do interesse público

**1.1** A prossecução do interesse público e a satisfação das necessidades coletivas pela Administração Pública pode fazer-se, atendendo ao seu relacionamento com as posições jurídicas dos administrados, à luz de três diferentes cenários:

- i) Primeiro cenário – prevalência absoluta do interesse público, justificando a sua prossecução o sacrifício de quaisquer posições jurídicas subjetivas: trata-se de uma conceção de matriz totalitária, em que o propósito de atingir um fim de natureza transpersonalista legitima a utilização de quaisquer meios;
- ii) Segundo cenário – deverá sempre tentar-se a harmonização entre a prossecução do interesse público e o respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos administrados: trata-se agora de uma conceção compromissória, acolhida, numa primeira análise, pelo artigo 266º, nº 1, da Constituição Portuguesa de 1976;
- iii) Terceiro cenário – prevalência absoluta do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana sobre qualquer prossecução do interesse público: o artigo 266º, nº 1, da Constituição não pode ser interpretado fora do contexto sistemático do artigo 1º que baseia a República na dignidade da pessoa humana.

Neste último cenário se alicerça uma conceção personalista da Administração Pública: o respeito pelo núcleo essencial da dignidade humana é um valor que nunca pode ceder perante a prossecução do interesse público pela Administração Pública.

Mais: a prossecução do interesse público encontra na dignidade da pessoa humana o seu fundamento e o seu limite de relevância constitucional – à luz de uma conceção personalista, toda a prossecução do interesse público pela Administração Pública é baseada, usando a linguagem do artigo 1º da Constituição, na dignidade da pessoa humana.

**1.2** A conceção personalista, fazendo da pessoa humana “(...) o princípio, o sujeito e o fim de todas as instituições sociais”, tal como faz deslocar do Estado para a pessoa a essência do fenómeno constitucional, também provoca um descentrar da ideia de prossecução do interesse público para a pessoa humana e a sua dignidade o propósito central do bem comum e do agir da Administração Pública – a conceção personalista perfilha uma construção antropocêntrica do poder, fazendo da dignidade humana o “ponto de Arquimedes do Estado constitucional”..

Trata-se de uma conceção que acolhe, numa verdadeira síntese reveladora da centralidade da pessoa humana e da sua dignidade, a tradição axiológica judaico-cristã e os contributos de Pico della Mirandola, Kant e do pensamento existencialista: a conceção personalista é um ponto de chegada de uma longa tradição de valorização da pessoa humana, enquanto realidade viva, concreta e irrepetível, dotada de uma dignidade sagrada e inviolável – a conceção personalista surge como resultado de um processo histórico, como expressão de uma marcha da humanidade em busca da sua própria humanidade.

É na pessoa humana, em cada ser humano vivo e concreto, que a Administração Pública encontra, enquanto instituição social e jurídica, o sujeito e o fim da sua atividade: é em função da pessoa humana e da sua dignidade inalienável que o bem comum ou interesse público existe e deve ser prosseguido, pois o ser humano, vivendo em sociedade, tem de conviver e relacionar-se com a comunidade em que se insere – o bem comum ou interesse público nunca pode deixar de comportar uma componente antropocêntrica ou, em alternativa, esta componente tem de se fazer sentir na operatividade aplicativa do conceito de bem comum ou interesse público.

Não há, nem pode existir, bem comum ou interesse público contra a dignidade humana: se o interesse público é o fundamento, o critério e o limite da atuação administrativa, o respeito pela dignidade humana é o parâmetro de relevância jurídica do interesse público ou bem comum.



E a funcionalização da Administração Pública ao serviço da pessoa humana e da sua dignidade, subordinando-lhe a própria prossecução do interesse público, torna-se fonte aferidora da legalidade e da boa administração: a garantia e a proteção da dignidade humana não postulam apenas respeito pela juridicidade, exigem também eficiência da gestão administrativa.

**1.3** O Tribunal Constitucional alemão, em decisão de 15 de fevereiro de 2006, a propósito da Lei de Segurança Aérea (decisão *Luftsicherheitsgesetz*), veio considerar inconstitucional, em nome do direito à vida e do princípio da dignidade humana de passageiros e tripulantes, a norma que permitia as forças armadas abaterem um avião que, sequestrado por terroristas, e sob sua coação, fosse usado contra alvos civis ou militares, numa situação paralela ao que sucedeu, nos EUA, em 11 de setembro de 2001.

Uma tal declaração de inconstitucionalidade, fazendo prevalecer a dignidade humana sobre o interesse público em remover uma ameaça terrorista, numa postura kantiana em que os reféns do avião não podem ser reconduzidos pelo legislador a meros objetos, até porque não se colocaram voluntariamente numa situação de perigo, consagra a adoção de uma concepção personalista ao nível do próprio Direito Administrativo militar – trata-se, sublinhe-se, à luz do entendimento do Tribunal Constitucional alemão, de uma imposição constitucional decorrente do direito fundamental à vida e do princípio da dignidade humana.

Ora, se, numa ponderação de valores ou harmonização de bens tutelados pela Constituição, até as forças armadas, num cenário de ataque terrorista, não podem estar habilitadas pelo legislador, em nome do interesse público da segurança nacional, a adotar uma conduta violadora do núcleo essencial da dignidade humana, por maioria de razão, a Administração Pública civil, em cenários de normalidade constitucional, inexistindo qualquer situação de estado de necessidade administrativa, nunca poderá fazer prevalecer a prossecução do interesse público sobre o núcleo essencial da dignidade humana.

Aqui reside a essência da concepção personalista e dos efeitos limitativos da dignidade humana sobre a prossecução do interesse público pela Administração Pública.

**1.4** Também o Tribunal Constitucional português, nos termos do seu Acórdão nº 187/2013, de 5 de abril de 2013, a propósito da adoção de medidas

orçamentais impondo uma contribuição social sobre subsídios de doença e desemprego, num cenário de verdadeiro estado de emergência financeira, veio afirmar, expressamente, que “não pode deixar de reconhecer-se que haverá sempre de ressalvar, ainda que em situação de emergência económica, o núcleo essencial da existência mínima”, num contexto argumentativo em que a garantia do direito a uma sobrevivência minimamente condigna ou a um mínimo de sobrevivência traduz uma emanação nuclear da dignidade da pessoa humana.

Significa isto o acolhimento de uma conceção personalista, defensora da prevalência absoluta do núcleo essencial da dignidade humana sobre o interesse público excecional que se encontra subjacente a uma situação de emergência económica ou financeira.

Uma vez mais, se assim sucede numa situação de excecionalidade, por maioria de razão, em cenários de normalidade, nunca a Administração Pública poderá encontrar-se habilitada a transigir, em nome da prossecução do interesse público, na salvaguarda do núcleo essencial da dignidade humana.

**1.5** A subordinação da prossecução do interesse público pela Administração Pública ao respeito pelo núcleo essencial da dignidade da pessoa humana impõe um conjunto de corolários na articulação entre as duas realidades ao nível da ação administrativa:

- i) A dignidade humana mostra-se passível de contribuir para uma densificação positiva do conteúdo dos próprios interesses públicos cuja prossecução se encontra, por lei, a cargo da Administração Pública:
  - A garantia da dignidade humana envolve a criação de deveres ou de tarefas fundamentais para a Administração: o dever de respeitar, o dever de proteger, o dever de remover os obstáculos, o dever de defesa e o dever de ressarcir os danos resultantes de omissão do dever de guarda;
  - A defesa da liberdade individual e coletiva, tal como o funcionamento da justiça e a garantia efetiva de direitos de participação política, exigem o desenvolvimento de uma inerente atividade administrativa;

- Razões que decorrem da segurança da vida em sociedade, envolvendo a proteção de pessoas e de bens, habilitam uma atividade administrativa de natureza policial;
  - A necessidade de garantia de uma existência humana condigna a todas as pessoas singulares justifica uma atividade administrativa prescricional: o bem-estar social, económico, cultural e ambiental constitui fim de atuação administrativa;
- ii) Nunca existem razões de interesse público que justifiquem ou habilitem que o ser humano seja tratado com indignidade pela Administração Pública, antes esta se encontra vinculada a uma obrigação universal de respeito, garantia e proteção da dignidade de cada pessoa humana: o pleno desenvolvimento da pessoa humana é o propósito finalístico da atuação administrativa;
- iii) Os direitos fundamentais (pessoais e sociais) e as liberdades inerentes ao núcleo essencial da dignidade humana são insuscetíveis de ceder perante qualquer interesse público protagonizado pela Administração Pública:
- O artigo 19º, nº 6, da Constituição diz-nos que existem direitos fundamentais que, nem em estado de necessidade constitucional, podem ser sacrificados;
  - Não se mostra admissível a existência de cláusulas gerais habilitantes da prossecução do interesse público que, sem uma concreta finalidade decorrente ainda de posições jurídicas subjetivas alicerçadas na dignidade humana, interfiram na esfera dos direitos fundamentais dotados de estreita conexão com a dignidade humana;
- iv) A dignidade humana, postulando um espaço privado ou reservado de cada pessoa, individualmente considerada, ou integrada numa família ou numa comunidade, pode envolver duas diferentes situações de intervenção administrativa:
- A existência de espaços imunes a qualquer intervenção pública (v.g., reserva da vida privada ou reserva da vida familiar), criando zonas de

exclusão administrativa, inexistindo interesse público que justifique ou habilite uma intervenção válida;

- A existência de espaços de uma intervenção administrativa limitada, suscetível apenas de alicerçar um interesse público de intervenção subsidiária, podendo (ou não) carecer de prévia decisão judicial habilitante;
- V) A dignidade de cada ser humano só pode sofrer limitações administrativas decorrentes de uma concorrencial ponderação alicerçada na dignidade de outro ser humano: só a dignidade humana limita ou condiciona a dignidade humana;
- VI) Envolvendo a dignidade humana sempre uma prevalência do ser sobre o ter e das pessoas sobre as coisas, não há prossecução do interesse público que faça prevalecer a valorização administrativa de bens patrimoniais privados sobre bens de natureza pessoal;
- VII) O respeito pela dignidade humana constitui critério teleológico de interpretação e adequação da prossecução do interesse público em termos gerais e concretos;
- VIII) Haverá mesmo, em nome da garantia da dignidade humana, uma obrigação de o decisor administrativo tomar sempre em consideração, face a qualquer decisão tomada, os respetivos efeitos ou resultados, efetivos ou previsíveis, face à dignidade humana: as consequências de uma conduta servem sempre, à luz de uma teleologia de orientação decisória fundada no respeito pela dignidade humana, para a criação de um dever administrativo de revisão ou reformulação de decisões lesivas ou passíveis de gerar perigos à dignidade humana.

**1.6** O personalismo administrativo, fazendo resultar da cláusula constitucional da dignidade humana um efeito limitativo sobre a prossecução do interesse público, sem embargo de alicerçar posições jusfundamentais a favor dos administrados, vincula a Administração Pública na sua atuação, tal como obriga o legislador ao intervir na esfera disciplinadora do poder administrativo ou o poder judicial no seu controlo do agir administrativo ou das normas legislativas.



## §2º Dignidade humana e personalismo administrativo

**2.1.** A estreita ligação entre o princípio da dignidade humana e o personalismo aplicado à conduta administrativa, enquanto concepção limitativa ou subordinante da prossecução do interesse público, mostra-se passível de gerar múltiplos efeitos:

- i) Todas as pessoas têm um direito absoluto e inalienável ao respeito da sua dignidade pela Administração Pública;
- i) A Administração Pública tem um especial dever de proteção da dignidade de quem não tem ainda, de quem já não tem ou de quem nunca teve consciência da sua própria existência ou dignidade e ainda de quem a pode ver ameaçada:
  - Quanto mais débil é a consciência da dignidade ou o risco de perigo para a dignidade, maior deverá ser sempre a obrigação administrativa de respeito e proteção;
  - A vida humana já concebida e ainda não nascida, os recém-nascidos, os doentes mentais, aqueles que se encontram em estado vegetativo e os delinquentes à guarda do Estado gozam de um direito reforçado à proteção da sua dignidade;
- iii) Não existem posições jurídicas adquiridas contra a dignidade da pessoa humana, nem pretensões juridicamente tuteláveis, salvo situações de concorrência ou conflito de duas ou mais pretensões alicerçadas na dignidade humana de diferentes sujeitos;
- iv) A ideia de um “Direito Penal do inimigo”, expressão de um modelo securitário que nos transforma em presumíveis terroristas e raptos, colocando o “inimigo” e o “suspeito de ser inimigo” à margem da legalidade, numa espécie de proscrito ou excluído do Estado de juridicidade, é totalmente incompatível com o respeito pela dignidade humana: até o maior dos criminosos nunca deixa de ter dignidade e o direito fundamental ao respeito pela sua dignidade, encontrando-se a Administração Pública vinculada a respeitar, garantir e proteger essa dignidade – ninguém pode ser privado da sua dignidade;



- v) Numa sociedade de vigilância total, próxima de um modelo orwelliano, servindo-se da técnica para conduzir a uma quase absolutização da segurança face à liberdade, o respeito pela dignidade humana nunca poderá conduzir a uma “dessubjetivação do indivíduo”: o respeito pela dignidade humana impede que a Administração Pública degrade a pessoa de sujeito em mero objeto ou a reconduza a simples meio ou instrumento ao serviço de quaisquer interesses – o ser humano é sempre um fim em si mesmo;
- vi) As violações (por ação ou omissão) da dignidade humana pela Administração Pública nunca podem assumir relevância positiva, alicerçar precedentes ou servir de fundamento para a tutela da confiança;
- vii) Todas as violações do núcleo essencial da dignidade humana geram atos feridos de inexistência jurídica: trata-se de uma inexistência por natureza, verificando-se que tais atos jamais se consolidam na ordem jurídica e nunca lhes podem ser reconhecidos efeitos de facto neles fundados;
- viii) O ressarcimento de danos decorrentes da violação administrativa da dignidade de uma pessoa viva e concreta é imprescritível.

**2.2** A vinculatividade do princípio da dignidade humana, inserido num contexto de personalismo administrativo, não poderá levar, no entanto, a uma paralisia ou a um temor de agir por parte da Administração Pública perante a necessidade de prossecução de interesses públicos vitais para a coletividade: não será possível, numa desproporcional e unidimensional ponderação da dignidade humana, privar as estruturas administrativas de eficácia de ação inerente à prossecução do bem comum da coletividade.

Se o respeito pela dignidade humana fundamenta e limita a prossecução do interesse público, a verdade é que não anula ou exclui essa prossecução, até porque a dignidade humana, se é fonte primeira de direitos fundamentais, também é alicerce primário de deveres fundamentais: não há direitos fundamentais sem deveres fundamentais.

E, em relação a ambos, direitos e deveres decorrentes da dignidade humana, a Administração Pública encontra-se vinculada a respeitar, sucedendo que, por vezes, o respeito pelos deveres fundamentais decorrentes da dignidade hu-

mana, servindo de base a correlativos direitos fundamentais de terceiros, impõem o agir administrativo, tutelando a liberdade, a segurança e a propriedade ameaçadas – pense-se, por exemplo, em desordeiros que ameaçam a liberdade e a segurança de quem se encontra (legítima e pacificamente) a manifestar ou, num outro exemplo, em grupos de marginais que tentam furtar, roubar ou danificar a propriedade alheia.

O respeito pela dignidade humana de uns não pode impedir que a Administração Pública satisfaça a garantia da dignidade humana de outros que, numa conduta ilícita de terceiros, se encontram a ser alvo de uma agressão ou ameaça de tentativa de agressão.

**2.3** Como garantir, em tais cenários de necessidade de atuação administrativa, a indispensável subordinação do interesse público ao respeito pela dignidade humana?

Por outras palavras: como justificar que a Administração Pública possa agir adotando condutas que, em termos objetivos, prosseguindo o interesse público, comportam condicionamentos ou restrições à dignidade humana?

- i) Há, em primeiro lugar, que ter presente a função da reserva de lei no habilitar da atuação administrativa:
  - A reserva de lei traduz um “instrumento de proteção preventiva” da dignidade humana: a Administração Pública encontra aqui uma definição da linha de fronteira entre o que pode, o que deve e o que não pode ou não deve fazer;
  - Simultaneamente, a reserva de lei revela-se sempre como área de ponderação entre a dignidade humana e o interesse público, à luz de um critério definido pelo legislador, que se impõe à Administração Pública;
- ii) Em segundo lugar, num Estado de Direito democrático, a lei, expressão de um poder político legitimado democraticamente, goza de uma presunção de constitucionalidade face à Administração Pública: a ponderação feita pelo legislador, ao abrigo da reserva de lei, entre a dignidade da pessoa humana e a prossecução do interesse público só em situações excecionais poderá ser afastada pelas estruturas decisórias administrativas – poder-se-á aqui falar num princípio *in dubio pro dignitate secundum legem*;

iii) Independentemente da função sistémica da reserva de lei na habilitação do agir administrativo e da presunção de validade que as leis de um Estado de Direito democrático encerram para a Administração Pública, haverá ainda, em terceiro lugar, a diferenciar duas situações radicalmente distintas:

- Aquela em que os particulares se colocaram voluntariamente numa situação de perigo, suscetível em si ou por si de levantar riscos a uma lesão da sua dignidade (v.g., a participação numa manifestação não autorizada, a prática de ilícitos criminais, contraordenacionais ou disciplinares);
- Aquela em que os particulares, sem qualquer vontade ou intenção, se encontram numa situação de perigo ou expostos (involuntariamente) a um risco.

Na primeira hipótese, ao invés desta última, a prevalência da dignidade humana sobre a prossecução do interesse público encontra-se relativizada: o próprio particular se expôs, voluntariamente, ao perigo ou ao risco de sofrer uma intervenção administrativa que, habilitada por lei e respeitado o princípio da proporcionalidade, interfira com a sua dignidade (v.g., coação policial, detenção, suspensão preventiva), sem nunca, todavia, poder justificar uma lesão do seu núcleo sagrado (v.g., nunca permite sujeitar a tortura ou a sevícias);

iv) Haverá, em quarto lugar, que atender se, à luz do entendimento em concreto do decisor administrativo, existia (ou se era expectável que, face às circunstâncias reais, pensasse existir) uma situação de estado de necessidade ou, em alternativa, de legítima defesa de terceiros que, em nome de um interesse público imperioso e urgente, objetiva ou subjetivamente configurado, justificava, segundo as exigências do princípio da proporcionalidade, uma intervenção administrativa lesiva da dignidade humana – a teoria do erro sobre os pressupostos e a justificação decorrente da desculpabilidade da conduta do decisor administrativo podem complementar o cenário traçado.

### §3º Personalismo administrativo, direitos e deveres fundamentais

**3.1** Uma concepção personalista da Administração Pública, sendo fundada no respeito e garantia da dignidade humana, não é um mero espaço de direitos fundamentais inserido num projeto egoísta de sociedade, antes traduz, até por força da própria dignidade humana, uma fonte de deveres fundamentais (v. *supra*, nº 2.2.): a existência de direitos fundamentais decorrentes da dignidade humana faz sempre surgir uma correlativa série de deveres fundamentais, igualmente alicerçados na dignidade humana – na sugestiva expressão de Mahatma Gandhi, “o Gange dos direitos desce do Himalaia dos deveres”.

Por essa via, se os direitos fundamentais decorrentes da dignidade humana justificam uma determinada conduta administrativa, não se pode excluir que a tutela dos deveres fundamentais resultantes da dignidade humana possa impor uma diferente postura à Administração Pública: haverá então que ponderar, à luz dos critérios decisórios provenientes da reserva de lei, sem embargo da vinculatividade direta de certas normas constitucionais, a conduta administrativa mais conforme ao respeito e garantia da dignidade humana das pessoas envolvidas.

**3.2** O personalismo administrativo, envolvendo uma especial vinculação da Administração Pública aos direitos e deveres fundamentais, enquanto decorrência da relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, permite extrair um conjunto de corolários vinculativos da conduta administrativa:

- i) Os direitos e deveres fundamentais podem ser, simultaneamente, fundamento e limites da intervenção administrativa: iluminam o exercício da discricionariedade, impõem obrigações de agir e também proibições, além de servirem de critérios de resolução de antinomias normativas;
- ii) A vinculação constitucional da Administração Pública à aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias, nos termos do artigo 18º, nº 1, da Lei Fundamental, envolve diversos detalhes:
  - Uma vez que os direitos fundamentais têm sempre em si, enquanto outra face, deveres fundamentais, a aplicabilidade direta dos direitos envolve, igualmente, aplicabilidade direta dos inerentes deveres;

- A aplicabilidade direta dos direitos, liberdade e garantias do título II da Parte I da Constituição alargar-se, por força do seu artigo 17º, aos direitos que tenham natureza análoga;
  - Essa aplicabilidade direta funciona na ausência de lei e contra lei expressa, desde que se encontre em causa o núcleo essencial de proteção do direito lesado pelo legislador;
- iii) A vinculação da Administração aos direitos e deveres fundamentais, alargando o campo material das suas tarefas e complexificando a sua conduta decisória concreta, permite recortar diversas dimensões de vinculatividade administrativa:
- Os direitos fundamentais como instrumentos de defesa: limitando a atuação interventiva e lesiva do Poder sobre a esfera privada, a Administração Pública deverá remover todos os obstáculos que dificultem ou impeçam a eficácia ou o exercício de direitos que funcionam como espaços de liberdade da pessoa face ao Poder;
  - Os direitos fundamentais como mandatos de proteção: prevenindo os perigos, evitando riscos, a Administração Pública deverá, respeitando os princípios da necessidade e da separação de poderes, adotar condutas positivas que resguardem os direitos fundamentais de condutas omissivas ou ativas lesivas e, em termos complementares, promovam a sua implementação;
  - Os direitos fundamentais como obrigações prestacionais: produzindo bens e prestando serviços, a Administração Pública, por via direta ou indireta, deverá prover à satisfação material de posições jurídicas subjetivas fundamentais, pelo menos à luz de um mínimo existencial que garanta condições de vida condignas;
  - Os direitos fundamentais como vinculação procedimental: tão importante quanto o conteúdo da decisão é, por vezes, o processo que conduz à produção da decisão, desenvolvendo-se, deste modo, a par de posições jurídicas substantivas, posições jurídicas adjetivas ou procedimentais, que, vinculando a Administração na sua atuação, conferem aos particulares direitos de intervenção no procedimento decisório e,

em caso de frustração, permitem até invalidar judicialmente a decisão administrativa (v. *infra*, §4º.);

- Os direitos fundamentais como problema organizacional: se, por um lado, a satisfação de certos direitos de participação envolve a criação de estruturas administrativas aptas ao seu acolhimento (v.g., a participação dos alunos ou dos encarregados de educação na gestão democrática das escolas), a realização plena de outros direitos fundamentais exige a existência de estruturas administrativas dotadas de certas características (v.g., a liberdade de ensino ao nível da designada liberdade de cátedra exige autonomia das universidades);
- iv) As normas sobre direitos (e deveres) fundamentais têm uma capacidade genética geradora de outros novos direitos (e deveres), segundo uma ótica substantiva ou processual, em termos implícitos ou explícitos, sem prejuízo da necessária consideração dos seguintes fatores:
- A proteção de terceiros, passíveis de ficar lesados pela criação interpretativa de novos direitos, pois o acréscimo de faculdades para uns é sempre suscetível de gerar a contração ou o retrair de faculdades já existentes para outros;
  - O respeito pela reserva de lei, pois ao legislador compete, em primeiro lugar no âmbito dessa reserva, a definição do quadro normativo de proteção de eventuais conflitos entre pretensões opostas, incluindo o equilíbrio entre bens, interesses e valores igualmente tutelados pela Constituição, sem embargo de, em último lugar, competir a intervenção decisória definitiva ao poder judicial;
  - A intervenção administrativa geradora da criação de novos direitos, por efeito interpretativo de normas constitucionais dotadas de aplicabilidade direta, encontra-se excluída do âmbito da reserva de lei e, ainda aqui, em tais setores fora da reserva, se a matéria foi objeto de intervenção legislativa dentro do quadro constitucional vigente, deve presumir-se que a lei definiu as normas de proteção devidas e suficientes;
- v) Valorização de uma conduta administrativa alicerçada no princípio geral da justiça, enquanto decorrência indispensável de uma concepção persona-

lista, envolvendo uma preocupação decisória orientada para os resultados concretos dos efeitos da atuação administrativa, assumindo aqui particular importância, segundo essa postura teleológica, a garantia de três princípios vinculativos da ação administrativa;

- Proibição do excesso ou necessidade;
  - Tutela da confiança ou proteção da confiança;
  - Igualdade ou proibição do arbítrio;
- vi) Uma concepção personalista não pode tomar como definitiva a postura de prevalência absoluta do princípio da legalidade sobre o princípio da igualdade no agir administrativo, uma vez que ambos os princípios possuem um acolhimento constitucional equiordenado, registando-se que a igualdade poderá até encontrar-se, comparativamente à legalidade, numa relação de maior proximidade em relação à dignidade humana:
- O princípio da igualdade pode fundamentar diretamente pretensões individuais que, apesar de carecerem de base legal, vinculem o decisor administrativo a uma conduta positiva;
  - Perante situações jurídicas fundadas em condutas administrativas ilegais, desde que consolidadas na ordem jurídica, e amparadas pela tutela da confiança, o princípio da igualdade poderá alicerçar pretensões fundadas na ilegalidade;
- vii) O respeito pelos direitos fundamentais postula um princípio geral de subsidiariedade da Administração face à sociedade civil, devendo o legislador motivar-se por essa vinculação, alicerçando uma regra de *in dubio pro libertate* que, vinculando a interpretação administrativa da legalidade, condiciona qualquer habilitação do agir administrativo sem base legal expressa;
- viii) A inserção dos direitos no contexto da dignidade da pessoa humana determina que, encontrando-se em causa a prossecução do interesse público em colisão face a diferentes posições jurídicas subjetivas tituladas por pessoas singulares, a Administração Pública deverá sempre conferir pre-

ferência à solução que se mostre mais próxima ou mais indispensável à garantia do núcleo essencial da dignidade humana;

- ix) A ingerência administrativa de conteúdo restritivo ou lesivo de direitos fundamentais encontra-se sempre vinculada a respeitar os seguintes limites:
- Precedência de lei habilitante;
  - Salvaguarda do núcleo ou conteúdo essencial do direito;
  - Ponderação do princípio da proporcionalidade;
  - Observância das garantias procedimentais;
- x) A violação do conteúdo essencial de um direito fundamental gera uma conduta administrativa nula.

**3.3** A vinculação administrativa aos direitos e deveres fundamentais nunca pode fazer esquecer, no entanto, que a satisfação de todos os direitos tem custos financeiros públicos: “não há direitos fundamentais gratuitos, direitos fundamentais de borla”.

Deste modo, o número e o grau de satisfação dos direitos fundamentais pela Administração Pública encontra-se sempre dependente dos meios financeiros ao seu dispor. E se os impostos surgem como um preço a pagar pela vivência numa sociedade de direitos fundamentais, expressando uma cidadania ativa, responsável e humanamente solidária, segundo os postulados de um “Estado fiscal”, há que tomar em ponderação, além dos interesses do Estado na satisfação de imperativos financeiros (v.g., responsabilidades internacionais decorrentes de empréstimos e redução do défice orçamental), os interesses daqueles que suportam os encargos públicos.

Regista-se, neste último sentido, uma dependência do nível prestacional de satisfação dos direitos fundamentais da reserva do financeira e economicamente possível, numa valorização política e decisória do Direito Orçamental na temática da implementação administrativa dos direitos fundamentais.



Essa reserva do possível, em termos financeiros e económicos, permite visualizar todos os direitos fundamentais cuja satisfação envolve custos financeiros como compromissos da comunidade que, em cada momento histórico, se encontram dependentes da concretização política do legislador, segundo os encargos que os membros da sociedade se encontram dispostos a assumir para garantir um determinado nível prestacional.

## **§4º Direitos fundamentais e “cidadania administrativa”**

**4.1** Se inicialmente reconduzido à categoria de mero súbdito, depois de administrado e, já no século XX, de particular, a verdade é que a conceção personalista da Administração Pública nunca pode deixar de tomar o destinatário normal das decisões administrativas como cidadão, falando-se em cidadania administrativa, isto por quatro principais razões:

- O vocábulo cidadão convoca, em termos históricos, as ideias de liberdade e de igualdade, apelando também a formas de participação da pessoa humana como sujeito pleno de direitos diante do poder administrativo: a cidadania administrativa sublinha a ideia de maioridade da pessoa perante o poder, residindo no cidadão a fonte política legitimadora da Administração Pública;
- Revela a superação do conceito de administrado, enquanto realidade oitocentista ligada a uma posição jurídica de subordinação face ao poder administrativo: cidadão administrativo é aquele que tem direitos de participação democrática na gestão organizativa e no procedimento decisório da Administração Pública;
- Corresponde a um exposto conceito constitucional acolhido ao nível dos princípios fundamentais da Administração Pública e do seu controlo pelo Provedor de Justiça, reafirmado no âmbito da participação na formação das decisões administrativas e na satisfação do direito à informação e de acesso aos arquivos e registos administrativos, traduzindo a cidadania administrativa uma forma de “aprofundamento da democracia participativa” inerente ao Estado de Direito democrático;

- Por último, essa valorização da cidadania como instrumento de centralidade do ser humano é expressamente acolhida no preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, justificando todo um extenso elenco de direitos fundamentais decorrentes da cidadania europeia e projetáveis na atuação administrativa da União Europeia e dos seus Estados-membros.

A cidadania administrativa torna-se elemento central de uma concepção administrativa personalista que, centrada na dignidade da pessoa humana, valoriza o ser humano como razão de ser da existência e funcionamento da Administração Pública.

Permitirá mesmo a ideia de cidadania administrativa, numa postura progressivamente limitativa de ideia de subordinação das pessoas perante o agir administrativo, começar a edificar um modelo de Administração paritária: a autoridade unilateral e vertical, excluindo qualquer intervenção dos particulares no procedimento decisório administrativo, tende a ser substituída, em amplas áreas do agir da Administração Pública, por mecanismos de participação e colaboração entre autoridades administrativas e particulares – um rígido relacionamento vertical tenderá, neste âmbito, a produzir uma tendência horizontalizadora.

**4.2** Depois de uma dissociação histórica e política entre o ser humano como sujeito de Direito Constitucional, elevado aqui, desde as revoluções liberais, à categoria de cidadão, e como sujeito de Direito Administrativo, qualificado agora como mero administrado, numa posição jurídica de subordinação face à Administração Pública e excluído de qualquer intervenção participativa, eis que a ideia de cidadania administrativa, recentrando o ser humano no âmago do Direito Administrativo, lhe devolve o estatuto de participante político ativo e legitimador da organização e da atividade administrativas.

Não deixa de ser curioso que, nos quadros típicos liberais, o primado do parlamento e da lei envolvam, sob influência do modelo herdado do *ancien regime*, uma Administração Pública subordinada e executiva da lei, sem necessidade de qualquer legitimação política suplementar: o cidadão já participou na designação dos seus representantes junto do parlamento, razão pela qual a lei é expressão da vontade geral, sem necessidade de, enquanto administrado, democratizar a Administração Pública – a burocracia de um modelo administrativo centralizado,

ao contrário da democracia resultante de uma descentralização administrativa, pode bem significar um reforço da vinculatividade da lei e da manutenção da democracia legislativa.

Hoje, em sentido radicalmente diferente, a necessidade de reforço da participação dos cidadãos na organização dos serviços administrativos e no processo de decisão administrativa, conduzindo a uma “democratização da democracia”, até por se sentir uma genérica insuficiência da democracia representativa e do tradicional papel legitimador da lei como expressão da vontade geral, conduz a uma reformulação de todo o modelo organizativo e funcional da Administração Pública nas modernas sociedades pluralistas: o reforço da democracia participativa é um imperativo constitucional, traduzindo essa participação uma contribuição do cidadão para a configuração da sociedade, num modelo procedimental de diálogo em cooperação decisória ou mesmo codecisão administrativa.

Neste domínio, o desenvolvimento de uma cidadania administrativa, fazendo esbater uma Administração autoritária e vertical herdada do período pré-liberal e renovada pelo modelo napoleónico, a favor de uma Administração participada e do consentimento, permite dizer que se vive já uma fase de transição para um modelo de Administração paritária.

**4.3** Envolvendo a cidadania administrativa uma exigência de reforço da democratização da Administração Pública, sabendo-se que se mostra insuficiente a simples eleição do parlamento, apesar de ser o órgão gerador da lei e perante o qual são politicamente responsáveis os titulares do poder executivo, pode bem dizer-se que a cidadania administrativa determina uma democracia administrativa.

E a democracia administrativa torna-se o modelo administrativo que, expressando uma conceção personalista, melhor garante a dignificação da pessoa humana: a Administração Pública será, neste contexto, um elemento integrante de uma democracia humana.

Tudo se resume, por conseguinte, na resposta à seguinte interrogação: como pode a cidadania administrativa gerar uma democracia administrativa?

- i) Em primeiro lugar, a democracia administrativa nunca pode deixar de ter presentes diversas manifestações históricas de cidadania administrativa que, integrando aquilo que se pode designar como uma sua “pré-história”,

ainda hoje desempenham papel relevante: o direito de petição, o direito de queixa, o direito de ação popular, o direito de eleger (e de se candidatar e, se for o caso, de ser eleito) titular de órgãos administrativos;

- ii) Em segundo lugar, conferindo uma preferência aos procedimentos administrativos negociais e de concertação, visando gerar o consenso decisório entre quem decide e o destinatário da decisão, isto face aos tradicionais procedimentos autoritários e unilaterais de decisão que, em vez de tentar convencer e persuadir, procuram impor e ameaçar:
  - Salvo situações de impossibilidade, urgência ou inconveniência, a Administração Pública só poderá utilizar procedimentos autoritários depois de esgotadas as vias negociais (v.g., antes de expropriar unilateralmente um bem, deverá tentar negociar e alcançar um acordo com o seu titular) – o exercício da autoridade obedece a uma regra de subsidiariedade em relação ao consenso;
  - A concertação social deve ser a primeira opção procedimental de decisão administrativa em matérias económicas e sociais, só em caso de esgotada, gorada ou impossibilitada se justifica a decisão unilateral nos domínios da concertação de interesses envolvendo parceiros sociais;
  - Desde que se mostrem juridicamente possíveis e convenientes, as formas bilaterais de decisão, envolvendo a Administração Pública e os particulares, têm preferência sobre as formas unilaterais, sabendo-se que, dentro destas últimas, aquelas que assentam numa prévia concertação com o destinatário gozam de preferência face a todas as restantes sem essa concertação;
- III) Em terceiro lugar, conferindo um amplo direito de participação a todos os interessados, seja exercido em termos individuais ou coletivos (v.g., grupos e associações de interessados), o qual se mostra suscetível de incidir em diversas áreas:
  - Na organização e gestão de serviços administrativos (v.g., estruturas administrativas colegiais integrantes de representantes da sociedade civil, sindicatos da função pública);

- No âmbito de procedimentos relativos a decisões que lhes dizem respeito (v.g., audiência prévia, consulta pública, negociação, apreciação pública de regulamentos, referendos locais);
  - Na privatização da titularidade ou da gestão de bens de produção públicos, envolvendo um processo de chamamento de agentes económicos privados a participar na produção de bens ou na prestação de serviços;
  - Na celebração de contratos públicos com agentes económicos privados, numa política de abertura da Administração Pública a processos de codecisão com os particulares ao nível das formas jurídicas de atuação administrativa;
- IV) Em quarto lugar, satisfazendo o direito dos cidadãos a ser informados: a informação é pressuposto e condicionante da participação, garantindo transparência do agir administrativo e um modelo de Administração tendencialmente aberta, vinculando as estruturas administrativas ao dever de informar e de permitir o acesso aos arquivos e registos, sem embargos dos limites constitucionais e legais;
- IV) Em quinto lugar, numa sociedade aberta e plural, os mecanismos formais de intervenção participativa na vida administrativa nunca podem fazer esquecer a existência de processos ou mecanismos informais, tal como sucede, por exemplo, nas seguintes hipóteses:
- A promoção de campanhas junto dos meios de comunicação social, na blogosfera e através de manifestações, visando sempre pressionar a Administração Pública;
  - A realização de inquéritos ou sondagens objeto de divulgação, ajudando a formar uma opinião pública num determinado sentido decisório;
  - A criação de associações, comissões e abaixo-assinados.

**4.4.** Não pode deixar de se sublinhar, atendendo ao exposto, o perigo de uma certa neocorporativização administrativa ou, até mesmo, o risco de uma captura do decisor administrativo pelos grupos de interesses que mais meios participativos são passíveis de mobilizar: uma Administração participativa e



consertada nunca pode deixar de ponderar, além do interesse público subjacente ao bem comum da coletividade, também os interesses daqueles que não têm voz participativa ou reivindicativa, nem dela fazem um uso tão eficaz – os princípios da igualdade, da imparcialidade e da prossecução do interesse da coletividade nunca podem deixar de estar presentes e subjacentes à relevância da cidadania administrativa.

A Administração Pública, sem prejuízo da importância conferida à cidadania administrativa, nunca pode esquecer que é portadora de prossecução de interesses gerais da coletividade que, satisfazendo também a dignidade humana, não podem ser afastados, esquecidos ou marginalizados perante mecanismos procedimentais de participação e concertação: a dimensão substantiva do agir administrativo e a garantia de efetividade de direitos subjetivos substantivos ou materiais dos cidadãos nunca podem deixar de ser tidos como a razão justificativa dos mecanismos procedimentais e dos direitos procedimentais dos cidadãos – uma inversão dos fatores, fazendo a essencialidade dos fins sucumbir à instrumentalidade dos meios, fará colapsar a Administração Pública e a cidadania administrativa.

**4.5** Uma nota final sobre o conceito de cidadão administrativo: quem integra este conceito?

Urge esclarecer que o conceito constitucional de cidadão não é coincidente com o conceito administrativo de cidadania: em termos constitucionais, cidadão é aquele que, por ser nacional de um Estado, tem um especial vínculo jurídico relativamente a esse Estado; em termos administrativos, cidadão é todo aquele que, sendo ou não nacional desse Estado, se relaciona ou pretende relacionar com a Administração Pública, sendo destinatário das suas decisões (concretas ou normativas) ou se coloca em posição de ser destinatário de tais decisões.

Em Portugal, o conceito de cidadão administrativo revela-se passível de integrar:

- I) Todos os nacionais (pessoas singulares ou coletivas);
- II) Os estrangeiros e os apátridas que, por qualquer razão, entrem em contacto com a Administração Pública portuguesa;

- III) Estruturas não personalizadas (nacionais ou estrangeiras) que se relacionem com a Administração Pública (v.g., famílias, organizações de moradores, herança jacente, associações sem personalidade jurídica e comissões especiais).

## §5º Excurso: a crítica ao personalismo – as concepções antipersonalistas

**5.1** O personalismo, enquanto concepção centrada na valorização e prevalência axiológica da pessoa humana e da sua dignidade, independentemente da sua incidência no âmbito da Administração Pública e do Direito Administrativo, tem sido alvo de críticas provenientes de dois setores assumidamente antipersonalistas:

- Os defensores de um modelo de matriz totalitária;
- Os adeptos de um tradicionalismo jusnaturalista de base tomista.

Observemos as críticas e tentemos a sua refutação.

**5.2** Os defensores de um modelo de matriz totalitária filiam-se numa interpretação hegeliana que faz encontrar no Estado o local de realização da liberdade: é no Estado que “o indivíduo tem e saboreia a sua liberdade”. O Estado é a referência central, sendo nele que o homem tem a sua essência e a quem tudo deve: o Estado possui “um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever”, sabendo-se que “o Estado é a vontade divina como espírito presente ou atual que se desenvolve na formação e organização de um mundo”.

Compreende-se, neste contexto axiológico, que a prossecução do interesse público do Estado pela sua Administração Pública se configure como um imperativo subordinante da pessoa humana e da sua dignidade:

- Todas as instituições públicas expressam a vontade do Estado, encontram-se ao serviço do Estado e dos interesses públicos da coletividade por ele protagonizados – o Estado “deve-se reforçar, reforçar-se sempre, reforçar-se sem cessar”;
- Nunca confere um valor autónomo à pessoa humana, antes surge dissolvida na prossecução transpersonalista do interesse coletivo ou



interesse público da coletividade – “a coroação de todo o espírito de abnegação reside no sacrifício da própria vida individual em prol da existência coletiva”;

- A pessoa humana surge como mero instrumento ou meio ao serviço da prossecução dos fins do Estado – “o indivíduo não existe senão no Estado e subordinado às necessidades do Estado”;
- Os próprios direitos da pessoa traduzem dádivas ou graças do Estado, expressão de autovinculação sempre disponível pela superveniência de um interesse público da coletividade – o Estado é sempre instrumento de repressão e nunca de tutela da liberdade.

Não se mostra particularmente difícil demonstrar que a concepção personalista, deslocando o centro de referência do Estado para a pessoa humana e a sua dignidade, inverte todos os grandes dogmas da concepção totalitária – não há aqui refutação possível, existem apenas posturas axiológicas contrárias.

**5.3** Já as críticas dirigidas à concepção personalista pelos tradicionalistas adeptos de um jusnaturalismo de base tomista, partindo de um alicerce axiológico comum e fundado no pensamento judaico-cristão que se encontra subjacente aos “amigos da Cidade Católica”, centram-se em três principais aspetos:

- O personalismo, absolutizando a pessoa e a sua autodeterminação, confere à liberdade de cada pessoa o exercício de uma atividade autocriadora – o homem autoconstrói-se, “constituindo assim um seu mundo no exercício da sua liberdade”, transformado num “ser sem essência que se automodela” e que carece de uma fundamentação metafísica como pessoa –, num reconhecimento perverso do direito ao livre desenvolvimento da personalidade cujo único limite é a imaginação do próprio homem, verificando-se que “não está sujeito nem ao natural, nem ao sobrenatural, não havendo ontologia que o explique”: o personalismo é “uma forma radical de liberalismo” e de individualismo;
- O personalismo, cindindo indivíduo e pessoa, “destrói a primazia do bem comum e, por isso, prescinde da natureza social do homem”,



desvalorizando a sociedade, nunca aceitando que “a subordinação da pessoa à sociedade fundamenta-se na natureza da própria pessoa, sendo condição necessária, não para o seu aniquilamento, mas antes para a sua plenitude”: o “personalismo acaba destruindo o conceito de sociedade e, por fim, o de bem comum”;

- O personalismo, desvitalizando o Estado, capturado por “um grupo de homens que buscam incessantemente os seus interesses individuais e saciar os seus desejos”; converte o Estado de direito em Estado de desejo.

O que dizer de tais críticas ao personalismo?

**5.4** As críticas dirigidas pelos tradicionalistas à concepção personalista, pensadas sobretudo em função do pensamento de Maritain, mostram-se descentradas face ao modelo de personalismo defendido:

- A absolutização da dignidade humana a que se procede, localizada naquilo que se designa como o seu núcleo essencial, nunca pode fazer esquecer que a dignidade é fonte de direitos e de deveres fundamentais, servindo também de fundamento a restrições e a limitações a direitos fundamentais, tal como cria vinculações verticais, horizontais e autorreferenciais: não há liberdade contra a dignidade humana, nem dignidade humana sem liberdade;
- A limitação da liberdade pela vinculação de cada ser humano ao respeito pela dignidade, criando-lhe um conjunto de deveres perante si próprio (e diante de terceiros), determina que o personalismo nunca represente uma forma de liberalismo ou de individualismo: “os verdadeiros direitos do homem são, sobretudo, exercício de deveres”;
- A essencialidade dos deveres de cada ser humano perante si e perante os demais, expressão da sua própria vivência em sociedade, além de alicerçar um dever fundamental de solidariedade que faz de cada um de nós guarda do seu irmão – incluindo das gerações futuras –, alicerça uma noção de bem comum cuja tutela foi delegada no Estado, vinculada teleologicamente ao serviço da pessoa humana e da sua dignidade:



não há prossecução legítima do bem comum que envolva a violação ou o desrespeito pelo núcleo essencial da dignidade humana;

- O personalismo não desvitaliza o Estado do direito, condiciona-o e reorienta-o ao serviço da centralidade da pessoa humana e da sua dignidade, nunca permitindo que a “lei do desejo” se substitua à “lei do dever” na dignificação do ser humano: a dignidade humana heterovincula o Estado, situando-se num plano suprapositivo, alicerçada na natureza única, irrepetível e sagrada de cada ser humano criado à imagem e semelhança de Deus.

Num tal contexto axiológico, afirmando-se a prevalência de uma concepção personalista centrada na dignidade da pessoa humana, a Administração Pública e o Direito Administrativo – assim como todas as restantes instituições públicas e os demais ramos do ordenamento jurídico – encontram-se ao serviço da pessoa humana e da sua dignidade: a prossecução do interesse público, expressão do bem comum da comunidade, integra a dimensão social da dignidade humana, enquanto fonte de direitos e deveres fundamentais, nunca se encontrando habilitada essa prossecução a derrogar o núcleo essencial da dignidade de cada pessoa.

Direitos das pessoas jurídicas, obtidos ou não por analogia, aplicar-se-ão as providências gerais de Direito e não as excepcionais, criadas para tutela do Homem – isto é, a Pessoa.

#### Referência do artigo

OTERO, Paulo. Para uma concepção personalista da administração pública e do Direito Administrativo. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 19, n. 40, p. 81-106, jul./dez. 2014.



# A educação informal no Brasil e as neurociências sob a ótica da Constituição da República de 1988: Primeiros vislumbres associativos

## Damião Alexandre Tavares Oliveira

Juiz de Direito na 1ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova/MG; Professor na Faculdade de Direito Dinâmica do Vale do Piranga, em Ponte Nova/MG; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de Caratinga/MG; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera; Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal, em convênio com a ESMAPE/RECIFE.

## Maria Aparecida Avelar

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Caratinga/MG. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de Caratinga/MG. Estudante de Farmácia na Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga, em Ponte Nova/MG.

## Resumo

Neste artigo, analisam-se algumas hipóteses de intersecção entre o direito fundamental à educação, a educação informal e as contribuições neurocientíficas preliminares no processo de aprendizagem no Brasil, sob uma perspectiva multidisciplinar.

**Palavras-chave:** Direito à educação. Educação informal. Neurociências.

## Introdução

A pessoa humana (e suas relações) é o principal “objeto” de investigação da Ciência Jurídica. Porém, numa perspectiva multidisciplinar o ser humano (individual ou coletivamente considerado) também é relevante para inúmeras outras disciplinas científicas, tais como: filosofia, psicologia, sociologia e antropologia.

Neste cenário se inserem, igualmente, as ciências médicas e biológicas, em geral, e particularmente as Neurociências, mesmo porque o foco de suas pesquisas é o Sistema Nervoso (SN) humano.

Incluem-se no SN o encéfalo e o cérebro, constituintes fundamentais, segundo as Neurociências, para a vida digna das pessoas, em todo seu desenvolvimento.

Como a evolução do ser humano passa pelo cérebro e pela aprendizagem, formal ou informal, assim como o direito à educação encontra guarida na Constituição da República de 1988 (CR/88), revela-se importante repensar o processo cognitivo dos seres humanos numa perspectiva multidisciplinar, tudo com o escopo de potencializar a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88), o que é sempre relevante para o aperfeiçoamento de um Estado Social de Direito calcado no desenvolvimento de seu elemento humano: o povo.

Nesse cenário objetiva-se investigar, de forma preliminar, as possíveis associações entre o Direito e as Neurociências no Brasil, no que tange ao processo de aprendizagem, especificamente no âmbito da informalidade educacional.

Para tanto, utilizam-se os métodos dedutivo e indutivo, bem como a pesquisa por meio da literatura médica e jurídica disponíveis no presente estado da arte das ciências envolvidas.

## 1 O direito à educação na Constituição da República de 1988 (CR/88)

No ordenamento jurídico constitucional brasileiro a educação está prevista no art. 6º, *caput*, da CR/88, como o primeiro dos direitos fundamentais sociais<sup>1</sup>, desdobrando-se geograficamente na Carta Magna o seu tratamento para os arts. 205/214. O primeiro deles, aliás, assevera que a educação, “direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Ora bem, segundo se extrai do texto constitucional e da doutrina brasileira estes são os objetivos da educação, “verdadeiras condições de possibilidade [...]” e

<sup>1</sup> A propósito do tratamento da educação como direito fundamental, entre outros, cfr. MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1928, mencionando o seguinte julgado do STF: (STF – RE 594.018-AgrR. Rel. Min. Eros Grau, j. 23-06-09, 2ª T., DJE, de 7-8-09).



princípios que “devem ser analisados em conjunto, na medida em que compõem a *constituição cultural*, cujas normas incorporam e resguardam a nossa individualidade histórica, vale dizer, aquilo que somos, que temos sido e que pretendemos continuar a ser”<sup>2</sup>.

Nessa linha, não há dúvida que o direito à educação está associado ao princípio da dignidade da pessoa humana; sem educação não existe pessoa digna. Todavia, a educação deve ser entendida como um processo constante que passa pela aprendizagem. Lógico que este processo envolve o encéfalo humano; justamente por isso as Neurociências que têm como objeto de pesquisa o encéfalo podem contribuir na construção da pessoa.

## 2 As Neurociências e seu papel na aprendizagem

As Neurociências detém a função de investigar o encéfalo, que faz parte do Sistema Nervoso (SN) humano. Costuma ser definida como a disciplina que “*estudia el desarrollo, estructura, función, farmacología y patología del sistema nervioso*”<sup>3</sup>. Parece claro que o estudo desse desenvolvimento do SN encontra-se atrelado ao processo de aprendizagem. Tanto que se poderia indagar: como uma pessoa acéfala desenvolver-se-ia, ou aprenderia algo? Daí o papel do cérebro para o processo educacional do ser humano.

Aprendizagem para as Neurociências, em geral, é considerada como um processo que realiza “*un organismo con la experiencia y con el que se modifica permanentemente su conducta*”; nessa visão, encontra-se “*íntimamente asociado a los procesos de memoria*”<sup>4</sup>. Esta, por sua vez, contém o substrato cerebral.

Logo, se a aprendizagem encontra esteio na memória e esta está contida no cérebro, objeto de estudo das Neurociências, não há como negar o papel de importância desta ciência para o desenvolvimento sadio e digno da pessoa, finalidade também do Direito.

2 Cfr. VARGAS, Denise. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 691. Cfr., ainda, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1549-1550.

3 Cfr. MORA, Francisco; SANGUINETTI, Ana María. *Diccionario de Neuociencia*. Alianza Editorial S.A., Madrid, 2004, p. 173.

4 Idem, p. 35.

### 3 Formalidade *versus* informalidade

A educação é um processo que não ocorre apenas nas escolas ou nas redes oficiais e regulares de ensino. De fato, se refletirmos bem, a todo instante, desde o nascimento até o passamento, estamos aprendendo algo novo, retendo informações diversas, pelos mais variados meios, sozinhos ou com ajuda de terceiros. Daí provém, normalmente, um dos elementos da cultura de um povo.

Importante acrescentar que no interregno entre o nascimento e a entrada em uma instituição governamental ou particular de ensino formal, por volta dos 6 (seis) anos de idade, já se aprendeu a falar, a comunicar-se, a identificar o próprio sexo (menino ou menina), detém-se certa consciência de sua individualidade, do convívio com o outro, ainda que mais restrito ao seio familiar. Tem-se ideia de posse, de algumas regras sociais, como no convívio em festividades de aniversário infantis, entre outras datas comemorativas.

Quiçá, nesse período, aproveitando-se as *janelas de oportunidade temporal*, mencionadas pelas Neurociências, já se tenha tido o primeiro contato com algum instrumento musical ou esporte, de modo a irromper a luz certo talento, que posteriormente será desenvolvido e lapidado ao longo da vida.

Por sua vez, a criança, nessa época, pode ter oportunidade de fazer contato com línguas estrangeiras e dali em diante, por meio de um mecanismo de aprendizagem cerebral descrito pelas Neurociências, venha a se tornar um futuro profissional de sucesso, como tradutor, professor ou diplomata.

Nessa linha, em face dos variados contextos propícios à aprendizagem, da área educacional advém a dicotomia formalidade e informalidade, tanto que a esse respeito afirma-se que:

O processo educacional também pode ser caracterizado pela formalidade e pela informalidade. Informalmente o processo educacional ocorre no cotidiano das pessoas e nas relações humanas; essa ação cotidiana e informal refere-se à troca de experiência e à manutenção de valores da sociedade ou de um grupo dentro da sociedade. A educação informal pode ser identificada como aqueles processos e ações que ocorrem no cotidiano e nas inter-relações das pessoas e grupos; é prenhe da ideologia ou dos valores do senso comum; dos valores preservados pela sociedade em que se insere. As relações cotidianas ocorrem de maneira informal e nelas



se manifestam ações educacionais, muitas vezes não intencionadas, mas sempre carregadas dos valores<sup>5</sup>.

Esse processo de aprendizagem informal, aglutinado ao formal, certamente molda a personalidade e, principalmente, o cérebro humano, gradualmente, no transcurso de toda sua existência. Daí se pinça o conceito de plasticidade cerebral.

O que sobrealça frisar é que se divagarmos, sem dúvida, a educação informal consome muito mais tempo de nossas vidas do que a formal, apesar de ambas serem importantes para nossa formação. Mesmo porque, aquela ocorre, não apenas no ambiente escolar, mas no seio familiar, nos eventos sociais, nas igrejas, nas escolas de música, clubes sociais, enfim, nas mais variadas ambiências. Ao revés, a educação formal é mais limitada no tempo de formação do estudante e no espaço escolar.

Nesse ponto, podemos acrescentar, de acordo com Carneiro que, embora sendo um processo, a “educação não pode ser confundida com sistema escolar, nem com a instituição escolar”. Ou seja: “a escola é apenas um dos espaços – ou instituição – em que acontece uma parte do processo educativo. Outros espaços podem ser mencionados como: família, local de trabalho, círculo de amizades, veículos de comunicação de massa”<sup>6</sup>.

Com efeito, seria necessário à sociedade, e ao maior número de pessoas, adquirirem algum conhecimento mínimo sobre o funcionamento do cérebro, especialmente para saber tratar a criança e o *alter idem*<sup>7</sup> com o devido respeito e não tolher oportunidades aos seus pares. Donde a importância de uma divulgação responsável das informações e pesquisas sobre o cérebro para a sociedade, a fim de instruí-la com a melhor qualidade científica possível.

O papel de formação permanente dos pais, dos familiares e das pessoas em geral é de suma importância nesse contexto.

Mas onde o Direito se imiscui nesse cenário?

5 Cfr. CARNEIRO, Neri de Paula. *Educação e Educação Escolar*. Brasil Escola. Disponível em: <<http://meuartigo.brasilestcola.com/filosofia/educacao-educacao-escolar.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

6 Cfr. CARNEIRO, Neri de Paula. *Educação e Educação Escolar*... 2013.

7 Cfr. CARRILHO, Fernanda. *Dicionário de Latim Jurídico*. 2. ed. Coimbra: Almedina, junho, 2010, p. 49: “Alter idem – Outro igual a mim”.



*A priori*, simplesmente exercendo a sua função primordial: regulando adequadamente o convívio social, com base em um ordenamento jurídico-constitucional que seja adequado e aberto à introdução de novos conceitos, incluindo a preservação e proteção do cérebro humano em todo o seu processo educacional, seja formal ou não.

Tanto esses processos são relevantes que a educação formal e a informal já são mencionada por alguns constitucionalistas brasileiros ao sustentarem que:

[...] para a Carta de 1988, a educação qualifica-se como o processo formal, regular ou escolar. Eis a regra. Todavia, há momentos em que se abre espaço à educação informal. Assim, há dois regimes jurídicos de educação na Constituição vigente: um formal, estatuído no Capítulo III, do Título VIII, e um informal, que fica de fora do regime escolar normatizado no referido capítulo. Como exemplo desse último, destacam-se a educação ambiental (art. 225, VI), a eliminação do analfabetismo e a universalização da escola fundamental (art. 60 do ADCT). Decerto que o Texto Maior não poderia ficar limitado ao regime jurídico da educação formal, porque a escolarização é um tipo de educação, e não o único<sup>8</sup>.

Então, *assim como* o Direito, ou melhor, *com* o Direito, as Neurociências podem contribuir sobremaneira na promoção de uma *educação informal* de qualidade, que também é uma obrigação da família e da sociedade, nos termos do art. 227, *caput* da CR/88. Mais ainda: ao lado da educação formal, aquela deve ser assegurada à criança, ao adolescente e ao jovem, nos termos daquele dispositivo, com *absoluta prioridade*. Nessa linha, o art. 229 da CR/88 complementa que os pais têm o dever de assistir, criar e *educar* os filhos menores. Eis a exceção; ou seria uma regra complementar? Vale a reflexão.

Na outra ponta desse processo informal, estão os idosos igualmente protegidos pelo art. 230, da CR/88, que deverão ser amparados por aquelas mesmas entidades, no intuito de assegurar-lhes a participação na comunidade, defendendo-lhes a dignidade e a vida. Então, se permanecem integrados à sociedade, ou mesmo que estejam nos seus respectivos lares, continuam sendo “educados informalmente”, o que é mesmo necessário, pois participar de uma comunidade global em constante mutação, sem aquisição de novos conhecimentos, seria praticamente negar-lhes bem-estar e uma qualidade de vida salutar; não é por-

8 Cfr. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10 ed. rev. atual. e reformulada até a Emenda Constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1451-1452.



que se tornaram idosos que deixam de frequentar bancos, instituições públicas, ambientes sociais e religiosos. Aprender, nesse caso, ainda que informalmente, continua sendo imprescindível, não importando a idade.

#### **4 Algumas reflexões sobre a associação entre Neurociências e educação informal**

Então, se as Neurociências, ou qualquer outra ciência, têm algo de positivo a oferecer às crianças, adolescentes, jovens e idosos, é dever daquelas entidades e do Estado, seja por meio do Direito, seja pelas Neurociências, assegurá-la.

Um caso exemplificativo da aplicação das Neurociências à *educação informal* seriam os videogames, os denominados *neurojogos*. Nesse campo, as Neurociências, apesar da preocupação dos pais e professores sobre a influência das novas tecnologias no funcionamento do cérebro e desempenho neuropsicológico das crianças, assevera-se que se deve “separar o joio do trigo” porquanto o formato “é em princípio neutro: o conteúdo é que importa”. Portanto, a análise deve ser feita casuisticamente, distinguindo-se entre “uso e sobreuso”. Afinal, analogamente, “comer é necessário e bom; comer demais pode causar dependência e obesidade”. Idêntico raciocínio pode ser aplicado aos denominados *neurojogos*<sup>9</sup>.

Aliás, a literatura neurocientífica já vem apresentando os efeitos de videogames na aprendizagem. Nesse passo é que se realizou um estudo na Universidade de *Rochester* para determinar os impactos dos videogames de ação sobre os mecanismos de aprendizagem e, segundo divulgado, os resultados foram “surpreendentes” porque, em suma, pode-se constatar que os jogadores regulares teriam “maior agilidade de raciocínio e conseguem tomar decisões mais rapidamente”. Além disso: “os usuários de videogames de ação não treinam apenas a visão: aprendem as melhores estratégias para tomar decisões com rapidez e eficiência”. O estudo em questão, por fim, concluiu que “a pessoa aprende estratégias cognitivas, ou seja, aprende a aprender”<sup>10</sup>.

Experimentos desse tipo, assegura alguma literatura neurocientífica, trazem indicativos e sugestões relevantes: “primeiro, as novas tecnologias de comunicação e entretenimento não são necessariamente boas ou más: é preciso estudar

9 Cfr. LENT, Roberto. *Videogames, Neurojogos*. In: *Sobre Neurônios, Cérebros e Pessoas*. Ed. Atheneu: São Paulo, 2011, p. 238-243.

10 Cfr. LENT, Roberto. *Videogames, Neurojogos...*, p. 238-243.

o seu efeito nas capacidades cognitivas dos usuários. Em segundo lugar, se as novas tecnologias podem ter efeitos positivos, por que não usá-las nos processos formais e informais de educação?"; "Videojogos poderiam ser criados com a intenção de educar, e não apenas entreter. Além disso, poderiam apresentar conteúdos com menos tendência à agressividade e à violência e mais voltados para os benefícios da solidariedade e da vida social integrada"<sup>11</sup>.

Relevante esta última sugestão não só para o direito à educação (seja formal ou informal) formativa de qualidade sob o aspecto individual ou de determinada categoria de estudantes, mas principalmente porque se poderia, por meio desse direcionamento à solidariedade e vida social integrada, prestar um contributo mais amplo para o próprio desenvolvimento da democracia e de um Estado fortificado pelo desenvolvimento dos cérebros de seu povo, sem discriminações relativas à idade, sexo e origem.

Ainda nesse campo, porém refletindo acerca de uma *sequencia didática* de jogos e brincadeiras infantis, assinala Almeida que apesar de "o jogo [ser] fundamental na formação da criança", sejam eles "jogos motores, jogos cognitivos e jogos afetivos", apenas "após os três anos, é que a criança consegue ir se sensibilizando para o jogo. Antes, isto é impossível". Prega que os pais devem ser participativos nessas atividades e que "no jogo, tanto em casa como na escola, muito mais importante que perder ou ganhar é participar"<sup>12</sup>.

Por outro lado, Lent descreve um trabalho, publicado na revista *Science*, em 2010, visando a responder, dentre outras questões, se a alfabetização melhora o funcionamento do cérebro. E em caso positivo, se o efeito seria maior em crianças ou em adultos. Discorre, então, que a conclusão dos trabalhos se orientou nas seguintes direções: 1ª) "O aprendizado da leitura também modifica o cérebro adulto, especializando nessa tarefa toda uma rede de áreas do córtex cerebral. Sempre há tempo para aprender!"; 2ª) "as diferenças encontradas ocorrem devido à leitura, e não aos aspectos culturais e sociais que a escola imprime nos indivíduos"; 3ª) "A alfabetização, desse modo, em certo sentido, 'melhora' o funcionamento do cérebro, pois especializa a rede de áreas visuais e linguísticas, habilitando-as a compreender o significado dos símbolos da escrita"; 4ª) "O cérebro dos alfabetizados se adapta, mesmo tardiamente, a processar a escrita, recrutando maiores

11 Cfr. LENT, Roberto. *Videojogos, Neurojogos...*, p. 238-243.

12 Cfr. ALMEIDA, Geraldo Peçanha de. *Neurociência e sequencia didática para a educação infantil*. Rio de Janeiro: Walk Editora, 2012, p. 131-132.



extensões de áreas corticais. Essa habilidade favorece a vida social e a interação entre os indivíduos<sup>13</sup>.

E para esse modelo não se tem disponível apenas o formato eletrônico, mas também meios mais adequados às dificuldades econômicas de países em desenvolvimento. Basta verificar, estudar e aperfeiçoar os meios físicos já existentes, como revistas contendo palavras-cruzadas, jogos para memória, não só de crianças, mas também de idosos, o incentivo a jogos como dama e xadrez nos lares e nas escolas (ou em outras áreas públicas e privadas), entre outros tantos, a depender da criatividade dos educadores informais (tais como pais e filhos), e pesquisadores na concepção dessas hipóteses e tecnologias das mais variadas espécies. Com isso, estar-se-ia apenas cumprindo os postulados jurídicos daqueles dispositivos constitucionais educacionais salientados.

## Considerações finais

Portanto, num primeiro vislumbre, inegável e salutar a associação entre as Neurociências e o Direito para promoção da educação informal; aquelas ofertando os meios para um processo de aprendizagem cerebral mais eficiente (para a formação pessoal e educacional mais digna); este, oferecendo o arcabouço jurídico (especialmente jurídico constitucional) para orientar a sociedade e os neuropesquisadores e corrigir eventuais discrepâncias de rumo em caso de ofensa a dignidade do cérebro e da pessoa humana.

É assim que essa tessitura científica (se bem utilizada) servirá aos anseios de um Estado de Direito mais humano.

## Abstract

This paper analyzes several hypotheses of intersection between the fundamental right to education, informal education and preliminary neuroscientific contributions to the learning process in Brazil, from a multidisciplinary perspective.

**Keywords:** Right to education. Informal education. Neurosciences.

<sup>13</sup> Cfr. LENT, Roberto. *Nosso Grande Paradoxo*. In: *Sobre Neurônios, Cérebros e Pessoas*. São Paulo, ed. Atheneu, 2011, p. 159-163.

## Referências

ALMEIDA, Geraldo Peçanha de. **Neurociência e sequencia didática para a educação infantil**. Rio de Janeiro: Walk Editora, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 10 ed. rev. atual. e reformulada até a Emenda Constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNEIRO, Neri de Paula. **Educação e Educação Escolar**. Brasil Escola. Disponível em: <<http://meuartigo.brasilecola.com/filosofia/educacao-educacao-escolar.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

CARRILHO, Fernanda. **Dicionário de Latim Jurídico**. 2. ed. Coimbra: Almedina, junho, 2010.

LENT, Roberto. **Videojogos, Neurojogos**. In: Sobre Neurônios, Cérebros e Pessoas. ed. Atheneu: São Paulo, 2011.

\_\_\_\_\_. **Nosso Grande Paradoxo**. In: Sobre Neurônios, Cérebros e Pessoas. São Paulo, ed. Atheneu, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORA, Francisco; SANGUINETTI, Ana María. **Diccionario de Neuociencia**. Alianza Editorial S.A., Madrid, 2004.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VARGAS, Denise. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

### Referência do artigo

OLIVEIRA, Damião Alexandre Tavares. AVELAR, Maria Aparecida.. A educação informal no Brasil e as neurociências sob a ótica da Constituição da República de 1988: Primeiros vislumbres associativos. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 19, n. 40, p. 107-116, jul./dez. 2014.

# Breve análise acerca da distribuição do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil

## Ednara Pontes de Avelar Didier Uchôa

Mestre em Direitos Sociais, subárea de Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP; especialista em Direito do Consumidor pela PUC/SP e em Direito Empresarial pela FGV/RJ. Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Oficiala de Justiça do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

## Resumo

O presente estudo faz uma breve análise acerca da distribuição do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil. Inicialmente analisa-se o conceito de prova. Para em seguida estudar o ônus da prova no Código de Processo Civil de 1973. Passa-se para o estudo das modificações trazidas pelo Novo Có-

digo de Processo Civil no âmbito do ônus da prova. Por fim, faz-se um estudo da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.

**Palavras-chave:** Processo civil. Prova. Ônus da prova. Novo Código de Processo Civil.

## Introdução

Com a evolução da sociedade surgiram relações jurídicas muito mais complexas, que passaram a exigir diversos mecanismos capazes de bem regê-las. Dentre as modificações ocorridas está a necessidade de uma postura mais ativa do juiz ao conduzir o processo. Outra consequência dessas novas relações é o princípio da cooperação, que exige que as partes, mesmo em lados opostos, ajam de forma leal, de modo a colaborar com a boa solução da lide.

A Teoria Geral da Prova também precisou se adequar à nova realidade social, e dentre as mudanças necessárias está aquela relacionada à distribuição do ônus da prova. É preciso trazer alternativas à teoria clássica, que impõe a regra geral que prevê que cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor.

Atento a essa realidade o Novo Código de Processo Civil previu a possibilidade de o juiz, no caso concreto, distribuir de forma diversa o ônus da prova. Essa previsão se coaduna com o pós-positivismo e o Estado constitucional atual. O presente trabalho propõe um paralelo entre o sistema atual da distribuição do ônus probatório e o proposto pelo Novo Código de Processo Civil.

## 1 Noção de prova

A ideia de prova é comum não apenas ao Direito, é termo utilizado com bastante frequência em outras ciências, bem como pelos leigos, no dia a dia. Como bem ensina Daniel Amorim Assumpção Neves “o termo ‘prova’ é plurissignificante dentro e fora do mundo do direito em geral, e do processo em particular.”<sup>1</sup> Por sua vez, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira destacam que a Teoria Geral da Prova é “dos assuntos da *dogmática processual*, aquele que exige do aplicador e do estudioso maior volume de noções de outras áreas de conhecimento.” E ressaltam que a interdisciplinariedade, quando se trata de prova, não é apenas um desejo acadêmico, mas requisito para a boa e correta aplicação das regras do direito probatório.<sup>2</sup>

No presente estudo vamos nos ater ao sentido jurídico da palavra *prova*. Vale ressaltar, mais uma vez, os ensinamentos de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, segundo os autores três são as acepções jurídicas da prova:

a) às vezes, é utilizado para designar o *ato de provar*, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que aquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental; c) por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.<sup>3</sup>

1 Manual de Direito Processual Civil. 2ª ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Método, 2010, p. 377.

2 Curso de Direito Processual Civil. Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada. 2ª ed. rev. at. e ampl. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 23.

3 Curso de Direito Processual Civil. Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada. 2ª ed. rev. at. e ampl. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 44.



Existem autores que conceituam a prova das mais diversas maneiras, conforme os ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Há doutrinadores que preferem conceituar a prova como sendo os meios ou elementos que contribuem para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinados fatos. Outros entendem a prova como a própria convicção sobre os fatos alegados em juízo. Há ainda os que preferem conceituar a prova como um conjunto de atividades de verificação e demonstração, que tem como objetivo chegar à verdade relativa às alegações de fatos que sejam relevantes para o julgamento.<sup>4</sup>

Importante frisar a classificação da prova em sentido objetivo e em sentido subjetivo. A primeira acepção é utilizada para designar a atividade probatória ou o meio com que ela se desenvolve. Já no sentido subjetivo o termo prova é utilizado para designar a convicção que a atividade probatória gerou no julgador.<sup>5</sup>

Notamos, pelos diversos conceitos trazidos acima, que a atividade probatória é muito importante no transcurso da relação processual. É através da atividade probatória que as partes, seja o autor ou o réu, buscam formar no processo a convicção do julgador e obter o resultado desejado.

## 2 O ônus da prova no Código de Processo Civil vigente

Primeiramente é importante destacar que o ônus da prova é um encargo atribuído à parte e não uma obrigação. Ou seja, caso o responsável não deseje trazer ao processo quaisquer provas, ele é livre para isso. No entanto, deverá suportar as consequências de não haver se desincumbido de tal ônus.

O ônus da prova é dividido em subjetivo e objetivo. O primeiro é dirigido às partes, e por essa razão diz-se que é uma regra de conduta. De modo a indicar quais os fatos que a cada parte incumbe provar. O segundo, por sua vez, é regra dirigida ao juiz, sendo, portanto, uma regra de julgamento. Assim, indica como o juiz deve julgar, orientando como ele deverá decidir no caso de não encontrar prova dos fatos, e determina qual das partes deverá suportar a ausência ou deficiência do conjunto probatória. Nas palavras de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Bra-

4 Manual de Direito Processual Civil, cit., p. 378.

5 Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada, cit., p. 45.



ga e Rafael Oliveira: “Diz-se, em síntese, que o ônus objetivo é regra de julgamento a ser aplicada pelo magistrado, em caso de insuficiência das provas produzidas – o último refúgio para evitar no *non liquet*.<sup>6</sup>

A doutrina, contudo, questiona a utilidade da distinção entre ônus subjetivo e objetivo da prova, tendo em vista que uma vez produzida a prova nos autos, pouco importa se quem a trouxe foi o autor, o réu, ou o próprio magistrado. Assim, não importa uma análise subjetiva da prova, ou seja, não é relevante saber quem produziu a prova no curso da instrução processual. Uma vez presente nos autos, e produzida dentro da legalidade e de forma objetiva, o juiz deverá observá-la. Assim, uma vez produzida, a prova passa a fazer parte do processo, conforme o princípio da aquisição processual ou da comunicação das provas. Por outro lado, se a prova produzida não foi completa, o juiz deverá se ater ao aspecto objetivo e verificar quem deverá suportar os prejuízos de tal incompletude.<sup>7</sup>

Notamos, destarte, que o ônus da prova determina quem assume os riscos da não produção da prova nos autos. Mais uma vez, nas palavras de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira: “O sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza.” De modo que as regras de distribuição do ônus da prova só necessitam ser aplicadas quando não foram produzidas as provas necessárias para a completa elucidação dos fatos.<sup>8</sup>

E como se dá a distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil vigente? É o que passamos a analisar.

### 3 A distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil de 1973

Como regra geral cabe a cada uma das partes provar aquilo que alega. De maneira mais específica, estabelece o artigo 333 do CPC:

O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que dis-

6 Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada, cit., p. 73.

7 Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada, cit., p. 73., ps. 73 e 74.

8 Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada, cit., p. 75.



tribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Percebe-se que o CPC adotou a distribuição estática do ônus da prova. Dessa forma, a distribuição é feita de forma prévia e abstrata, devendo o autor provar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

É importante destacar que caso o autor e o réu nada provem nos autos, quem suportará os efeitos negativos da inexistência de quaisquer provas no processo é o autor. Como bem ensina Daniel Amorim Assumpção Neves:

O ônus da prova carreado ao réu pelo art. 333, II, do CPC, só passa a ser exigido no caso concreto na hipótese de o autor ter se desincumbido de seu ônus probatório, porque só passa a ter interesse na decisão do juiz a existência ou não de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do autor, após se convencer da existência do fato constitutivo do autor. Significa dizer que, se nenhuma das partes se desincumbir de seu ônus no caso concreto e o juiz tiver que decidir com fundamento na regra do ônus da prova, o pedido do autor será julgado improcedente.<sup>9</sup>

Assim, percebemos que a distribuição do ônus da prova no processo civil pátrio é feita de forma prévia e abstrata, sendo, portanto, estática. Ademais, concluímos que ao autor cabe provar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor. Vimos também que se nada restar provado nos autos a ação há de ser declarada improcedente, sendo o autor quem suporta inexistência de provas no processo.

Lembramos ainda que existe a possibilidade de modificação na distribuição do ônus da prova, desde que seja feito de forma convencional pelas partes e não recaia sobre direito indisponível da parte ou torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, é o que se extrai do parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil.

E como está prevista a distribuição do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil? Houve alguma modificação nessa área? É o que passamos a estudar.

<sup>9</sup> Manual de Direito Processual Civil, cit., p. 388.

## 4 A distribuição do ônus da prova no projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil

Como vimos acima o Código de Processo Civil vigente adotou a teoria estática do ônus da prova, também denominada teoria clássica. Assim, o legislador repartiu de forma antecipada e abstrata o ônus probatório, pouco importando se a parte terá ou não dificuldade para se desincumbir do encargo.

Ocorre que a teoria clássica de distribuição do ônus da prova já não se coaduna com a concepção do chamado pós-positivismo que caracteriza o Estado constitucional atual. Onde se exige do juiz uma postura mais ativa, de modo que cabe a ele compreender as particularidades dos casos concretos e encontrar, a partir da análise da norma geral e abstrata e dos princípios que permeiam o sistema normativo, uma solução para o caso concreto que esteja de acordo com as disposições e princípios constitucionais, bem como com os direitos fundamentais.<sup>10</sup>

Nesse cenário atual foi preciso pensar uma teoria que beneficiasse mais a efetividade da Justiça, levando-se sempre em consideração as características do caso concreto. Também destacando a postura mais ativa do juiz. Cada vez mais se fala no princípio da cooperação, onde as partes deverão colaborar para a boa solução da lide. Em conformidade com essa realidade, surgiu, na Argentina, a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório. Por essa teoria, a carga de provar incumbe a quem, pelas circunstâncias do caso – materiais e processuais –, se encontre em melhores condições de fazê-lo, sem que tenha relevância quem figura como autor ou réu<sup>11</sup>.

Atento a essa nova realidade o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, previu em seu artigo 373 o seguinte:

Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode

10 Fredie Didier Junior, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 3. ed., Salvador: Juspodivm, 2007, v. 1, p. 65.

11 João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, São Paulo: Método, 2005, p. 189.



gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Cabe trazer à baila a redação original dos dispositivos que tratavam da distribuição do ônus da prova no Projeto do Novo Código de Processo Civil:

Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. § 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Art. 263. É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Parágrafo único. O juiz não poderá inverter o ônus da prova nas hipóteses deste artigo

Com efeito, entendemos que a redação original era melhor que aquela que prevaleceu após as modificações. Conforme visto acima, a referida redação dispunha que, conforme as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderia, fundamentadamente, distribuir de modo diverso o ônus da prova, desde que fosse observado o contraditório. Ao fazer essa modificação o juiz deveria impor o ônus da prova à parte que melhores condições tinha de fazê-lo.

O artigo dizia ainda que o juiz deveria dar oportunidade à parte de se desincumbir do ônus. Por sua vez, a redação que prevaleceu no Novo Código de Processo Civil, acrescentou que tais peculiaridades, que autorizam a modificação da distribuição do ônus probatório, devem estar relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo proba-

tório conforme a regra geral, ou ainda à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Ressalvou, ademais, que a modificação não pode gerar encargo impossível ou excessivamente difícil.

Acreditamos, data vênia, que não havia necessidade de dizer que se a modificação gerar um encargo impossível ou excessivamente difícil não deverá ser feita. Ora, se o juiz modificará o encargo probatório justamente para facilitar a prova, é óbvio, que ele não poderá fazê-lo justamente para deixar o encargo impossível ou excessivamente difícil. No nosso ponto de vista, a primeira redação era mais simples e clara.

Ademais, a redação que foi sancionada não falou na necessidade de se observar o contraditório quando o juiz entender pela modificação da distribuição do ônus probatório. O que vemos como um erro, defendemos sim a necessidade do contraditório sempre que o juiz decidir sobre a matéria. É preciso, conforme os ditames do princípio do contraditório, assegurar a todas as partes tanto a participação na decisão (audiência, comunicação, ciência), como a possibilidade de influenciá-la.<sup>12</sup>

Ambas as redações determinaram que as partes podem, por convenção, modificar a distribuição do ônus da prova, desde que não recaia sobre direito indisponível da parte, nem torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Essa convenção pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Dessa forma, acreditamos que a redação original dos artigos que dispunham sobre o ônus da prova era melhor do que a redação que acabou por prevalecer, pois era uma redação mais simples, e abordava a matéria de maneira clara. Apesar de defendermos a primeira redação, reconhecemos o progresso feito na redação atual. Estava na hora de ser positivada a possibilidade de modificação, pelo juiz, da distribuição do ônus da prova. O que se coaduna com o princípio da cooperação, como também com o princípio da eficiência. Apenas diante de uma prova bem produzida é possível chegar o mais próximo possível dos fatos e da boa aplicação das regras e princípios jurídicos.

12 Nas palavras de Fredie Didier Jr.: "O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão." *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, cit., p. 57.



## 5 A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor e a *ratio* do Novo Código de Processo Civil

O nosso ordenamento jurídico, já atento às dificuldades existentes na produção da prova por parte do consumidor, previu – no Código de Defesa do Consumidor – a possibilidade de inversão do ônus da prova, quando o consumidor for hipossuficiente ou quando suas alegações forem verossímeis (art. 6º, inc. VIII), bem como nas ações relacionadas à publicidade (art. 38). A Lei 8.078/90, através da inversão do ônus da prova, buscou facilitar a defesa do consumidor. O modelo tradicional já não se adequava às sociedades de massa; a teoria clássica de distribuição do ônus da prova acabaria por obstar o acesso à ordem jurídica efetiva e justa.

Entendemos que a inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento, a ser aplicada, portanto, pelo juiz no momento do julgamento. Contudo, nada impede que o juiz, no despacho saneador, alerte as partes quanto à possibilidade de inversão do ônus probatório.<sup>13</sup> Destacamos que o julgador não está obrigado a alertar as partes de tal possibilidade, ele pode fazê-lo apenas por zelo, mas, caso não o faça, as partes não poderão alegar que foram pegas de surpresa com a inversão.

O artigo 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que o juiz pode inverter o ônus da prova desde que as alegações do consumidor sejam verossímeis ou que ele seja hipossuficiente. Defendemos que tais requisitos são alternativos e não cumulativos. Em outras palavras, basta que esteja presente uma das opções para que possa haver a inversão do ônus probatório.

Ressaltamos que o Código de Defesa do Consumidor previu de forma um pouco diversa a inversão do ônus da prova em seu art. 38. Nesse caso a inversão se dá *ope legis* e não *ope judicis*, como a do art. 6º, inc. VIII, do mesmo Código. Ou seja, quando a matéria discutida no processo for relativa à publicidade, a inversão ocorrerá de forma automática, não estando na esfera de discricionariedade do juiz. Essa diferenciação está em completa consonância com o parágrafo único do art. 36 do CDC, que impõe ao fornecedor o dever de manter em seu poder os dados fáticos, técnicos e científicos que embasam a mensagem publicitária.<sup>14</sup> Ora, se é o fornecedor quem possui todos esses dados, como impor ao consumi-

13 Nesse sentido José Geraldo Brito Filomeno. Dos Direitos Básicos do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10 ed. São Paulo: Forense, 2011. cap. 3, p. 158.

14 Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin. Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10 ed. São Paulo: Forense, 2011. cap. 5, p. 372.

dor o ônus probatório? Isso tornaria impossível a prova dos fatos. Dessa forma, a obrigatoriedade da inversão do ônus da prova na publicidade está em completa harmonia com os princípios do microsistema do consumidor.

Destarte, percebemos que o Código de Defesa do Consumidor previu a inversão do ônus da prova buscando facilitar a defesa do consumidor, e permitir o acesso a uma ordem jurídica mais justa e efetiva. Entendemos que foi essa mesma *ratio* que levou o legislador do Novo Código de Processo Civil a prever a carga dinâmica de distribuição do ônus da prova, ou seja, o que se almeja com essa regra jurídica é garantir a todos o acesso a uma ordem jurídica mais efetiva e justa.

## 6 Conclusão

O Código de Processo Civil vigente prevê a teoria clássica de distribuição do ônus prova, também chamada de teoria estática, uma vez que o ônus da prova é prévia e abstratamente distribuído, pouco importando se para uma parte é excessivamente penoso ou difícil produzir a prova. Independente da dificuldade, se a parte que suporta o ônus probatório não se desincumbir do mesmo, restará prejudicada.

Por sua vez o Novo Código de Processo Civil, atento à realidade atual do Estado constitucional, onde se exige uma postura mais ativa do julgador, que deverá buscar a melhor solução da lide (a mais célere, eficaz e justa possível), bem como uma cooperação entre as partes, previu em seu bojo a teoria dinâmica do ônus da prova. Essa teoria possibilita que o juiz, diante do caso concreto, desde que presentes alguns requisitos, modifique a regra geral de distribuição do ônus da prova.

A mudança vem em boa hora, pois, permite que se deixe para aquele que possui melhores condições o encargo de produzir a prova dos fatos. Tal distribuição, a nosso ver, é trará mais igualdade à relação processual, e permitirá uma maior eficiência na aplicação do Direito ao caso concreto.



## Abstract

This study makes a brief analysis on the distribution of the burden of proof in the Bill of the New Code of Civil Procedure. Initially it analyzes the proof. Then goes to the study of the burden of proof in the current Code of Civil Procedure. Passes to study the changes proposed by the bill of the

New Code of Civil Procedure about the burden of proof. Finally, it makes a study of shift of the burden of proof in the Code of Consumer Protection.

**Keywords:** Civil procedure. Proof. Burden of proof. New Code of Civil Procedure

## Referências

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10 ed. São Paulo: Forense, 2011. cap. 5, p. 259-510.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos Direitos Básicos do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10 ed. São Paulo: Forense, 2011. cap. 3, p. 145-177.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual**. Civil. 2. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

### Referência do artigo

UCHÔA, Ednara Pontes de Avelar Didier. Breve análise acerca da distribuição do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 40, p. 117-128, jul./dez. 2014.





# A interpretação jurídica da corretagem no âmbito da Construção Civil

**Felipe Enes Duarte**

Advogado.

## Resumo

O artigo aborda os aspectos mais polêmicos envolvendo a responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem no âmbito dos negócios imobiliários, focando a jurisprudência hodierna e a interpretação da legislação aplicá-

el à espécie, com destaque à aplicação dos princípios do Código de Defesa do Consumidor.

**Palavras-chave:** Corretagem. Construção civil. Direito Imobiliário.

Em 24 de fevereiro de 2015, a 3ª turma do STJ emitiu importante juízo a respeito de matéria altamente controversa no âmbito do direito imobiliário brasileiro. A questão é tão relevante que ganhou destaque da mídia especializada<sup>1</sup>.

Sob a relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, a 3ª turma abordou a responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem na compra e venda de imóvel. Referido julgamento ganhou a seguinte ementa:

DIREITO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CONTRATO VERBAL DE CORRETAGEM. COMISSÃO. CABIMENTO. OBRIGAÇÃO DO COMITENTE. CONTRATAÇÃO DO CORRETOR PELO COMPRADOR.

1. Contrato de corretagem é aquele por meio do qual alguém se obriga a obter para outro um ou mais negócios de acordo com as instruções recebidas.
2. A obrigação de pagar a comissão de corretagem é daquele que efetivamente contrata o corretor.
3. É o comitente que busca o auxílio do corretor, visando à aproximação com outrem cuja pretensão, naquele momento, esteja em conformidade com seus interesses, seja como comprador ou como vendedor.
4. Recurso especial desprovido.<sup>2</sup>

Uma das mais belas características do Direito e dos reflexos das decisões judiciais é o modo como se relacionam com os fatos sociais e como influenciam comportamentos. Não poderia ser diferente com a decisão ora em comento, principalmente por partir da Corte responsável pela uniformização da jurisprudência pátria.

A questão da corretagem tem nascedouro complexo no **CC**, principalmente quando são analisados os termos do artigo 724 do CC<sup>3</sup>. A remuneração do corretor tem representado verdadeira “pedra no sapato” do Judiciário, uma vez que as demandas que objetivam a repetição de indébito de referida remuneração abarrotam os escaninhos e arquivos digitais do órgão jurisdicional, mormente quando são permeadas por relação de consumo.

De plano, é obrigatório levar em consideração que o artigo 724 do Código Civil, em que pese não trazer alento à celeuma jurídica que se aborda, é elogiosamente preciso ao privilegiar a liberdade de contratação e a primazia da realidade negocial. O artigo prioriza três pilares, todos muito próximos da Doutrina Civilista da Maria Helena Diniz:

- a) a inexistência de previsão legal sobre a responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem (intervenção estatal);
- b) a inexistência de avença entre comprador e vendedor (economia de livre mercado), e;
- c) a natureza da negociação e os usos locais (primazia da realidade).

De modo a manter o raciocínio conciso, consideraremos o prestígio da lei à avença particular, e sob o prisma deste prestígio passaremos a analisar disposições do Código de Defesa do Consumidor e confrontar o produto dessa análise com a realidade da decisão destacada nesta pequena exposição.

O Código de Defesa do Consumidor estatui, em seu artigo 31<sup>4</sup>, o direito à informação. Trata-se de preceito importantíssimo às relações de consumo e que concede segurança imprescindível ao Consumidor quando da realização dos atos de sua vida civil que se direcionem ao consumo. O direito à informação obriga o fornecedor de produtos ou serviços a agir de forma transparente frente aos consumidores e impor, em suas ações e instrumentos redigidos, clareza a respeito de aspectos que causam impacto à aceitação da oferta.



Assim, temos que a avença particular, no âmbito do Direito Imobiliário – enquanto analisada a compra e venda de bens imóveis sob o crivo da atuação de um intermediador (corretor) – deve respeitar os requisitos de validade positivados pelo artigo 104 do Código Civil, bem como o artigo 31 do CDC.

**Nessa esteira, não existe nenhuma abusividade ou qualquer mácula no ato de repassar o custo ao comprador, sendo certo que, respeitados os artigos 104 do CC e o 31 do CDC, não faz sentido afirmar o contrário.** O pacto permanece sendo livre, e assim merece permanecer, mesmo com a relativização do princípio do *pacta sunt servanda*. Esta, inclusive, é uma característica da economia de livre mercado.

O Ministério Público do Estado de São Paulo já tentou anular o repasse da comissão de corretagem ao consumidor, numa manobra que buscava desconstituir a realidade negocial e o quadro mercadológico da corretagem e dos negócios imobiliários, na contramão do que prevê a legislação pátria, portanto. Sem nenhuma surpresa, a juíza Fabiana Feher Recasens julgou improcedente a ação civil pública 1003243-04.2014.8.26.0564. Alguns argumentos utilizados pela MM. Juíza merecem transcrição literal, tamanha a acurácia no trato do tema:

Certo, ainda, que não há óbice à transferência da obrigação de pagamento da corretagem ao comprador, sendo que todas as informações atinentes ao pagamento do referido encargo constam expressamente da avença.

[...]

Deste modo, não há venda casada a macular o direito do comprador, e tampouco sonegação fiscal, eis que não há vedação legal na transferência do pagamento do encargo, custo em princípio do vendedor ao comprador.<sup>5</sup>

Os Colégios Recursais da Cidade do Rio de Janeiro já unificaram jurisprudência acerca da possibilidade de repasse do custo da comissão de corretagem ao promissário-adquirente de unidade imobiliária. Basta notar o trecho específico da Ata de Reunião Extraordinária de 15 de maio de 2012 da Comissão de Juizados Especiais (COJES), composta por 20 magistrados:

**Comissão de corretagem: Foi acordado que a comunicação expressa ao comprador, da transferência do pagamento desta comissão pode**

**ser feita no ato, quando a compra e venda for concentrada em um só momento, desde que antecedente à conclusão do negócio.** Além disso, também foi acordado que há solidariedade entre a corretora e a construtora. (grifo nosso).

No âmbito do Judiciário do Estado de Minas Gerais, as conclusões são as mesmas. Não faz nenhum sentido atribuir ilegalidade no repasse do custo, ainda mais quando se percebe o benefício nítido do consumidor sobre o serviço prestado pelos corretores.

**Inicialmente, cumpre ressaltar que o autor assinou o documento intitulado instrumento particular, sendo certo que nele declarou-se ciente que as taxas pagas referem-se à comissão de corretagem e que sabe serem devidas.** A par disso, tem-se que o autor realmente sequer mencionou o pagamento feito diretamente aos corretores, como se comprova pelos recibos juntados aos autos pela requerida, insurgindo-se apenas contra os valores pagos à pessoa jurídica. **Quanto a eles, foi inclusive emitida uma nota fiscal, não sendo crível que o autor, após emitir um cheque nominal à requerida e receber uma nota fiscal referente aos serviços prestados, não soubesse a que se referiam os valores pagos.** Ora, o Código de Defesa do Consumidor vem garantir os direitos que lhe são negados, mas não o desonera de suas obrigações, que são justamente inteirar-se da documentação que está assinando e dos valores que estão sendo despendidos. E a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza. Diante do exposto, julgo improcedente o pedido.<sup>6</sup> (grifo nosso).

De modo a sepultar de forma ainda mais inapelável o argumento vazio de aplicação de conveniência do Código de Defesa do Consumidor apenas como forma de burlar uma obrigação contratual regularmente criada, há entendimento consolidado pela Turma de Uniformização de Jurisprudência do Colégio Recursal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO – CONTRATO IMOBILIÁRIO – Comissão de Corretagem devida pelo comprador, ausente abusividade no contrato – Recurso não provido.

[...]

**Evidentemente houve a corretagem, no caso dos autos, e há previsão contratual de seu pagamento pela compradora.** A diferença entre essa atribuição direta e a inclusão desses custos no preço final é apenas fiscal e empresarial, pois em ambos os casos o comprador acabará por arcar com o custo respectivo. Daí, não se vislumbra qualquer abuso na exigência.

**Dizer que normalmente a comissão de corretagem é suportada por quem contratou a intermediação é ignorar as circunstâncias negociais, de livre fixação pelas partes interessadas, impedindo a cobrança direta e impondo a cobrança indireta, o que não parece razoável. Assim, uma vez que houve livre contratação a respeito do pagamento – reiterando-se que a única diferença é o pagamento direto ou o pagamento indireto, em ambos os casos suportado pelo comprador – não se vislumbra ilegalidade na cláusula. Afinal, o serviço foi efetivamente prestado.**

Finalmente, não parece correto concluir que há venda casada, exatamente porque são esses custos suportados pela vendedora e que podem ser repassados, direta ou indiretamente, aos compradores. Portanto, não há exigência da compra de outro produto ou serviço para a venda do imóvel, mas simplesmente repasse dos custos respectivos, que, sendo custos, podem ser incluídos no preço final. (grifo nosso).

Voltando a nos reportar ao acórdão que deu origem ao presente estudo, acreditamos piamente que a ementa não foi criada da maneira mais feliz possível. Isso porque, como se vê, faz-se uma afirmação no sentido de que “a obrigação de pagar a comissão de corretagem é daquele que efetivamente contrata o corretor”. Além desse tipo de afirmação não traduzir os ditames legais do Art. 724 do Código Civil, há enormes chances de tal raciocínio, não sustentado pela fundamentação do voto do brilhante Ministro João Otávio de Noronha, ser deturpado e constituir-se em sofisma no mundo jurídico.

Na fundamentação do acórdão, o Ministro é preciso ao afirmar que **“existindo efetiva intermediação pelo corretor, as partes podem, livremente, pactuar como se dará o pagamento da comissão de corretagem”**. A ressalva do Ministro, traduzida na oração infeliz que atribuiu indistintamente àquele que contrata o corretor a responsabilidade pelo pagamento da comissão da corretagem, é direcionada a casos de dúvida ou de omissão das partes a respeito do tema. É, portanto, uma exceção, e deve assim ser tratada.

Portanto, para muito além de situações de justificação ou de poderio financeiro, que tão mal fazem à técnica jurídica – já que contaminadas de sentimento social totalmente relativo –, há que se notar que a Corretagem se insere nos custos da construção civil ou numa relação de compra e venda comum, a exemplo de impostos (como o paulista ITBI ou o baiano ITIV), custas de registro e uma série de outros.

Em outras palavras, é preciso cuidado nesse tipo de análise e muito respeito à técnica jurídica, uma vez que decisões que se distanciam do arcabou-

ço legal aqui demonstrado, principalmente aquelas que se baseiam em uma aplicação de conveniência do Código de Defesa do Consumidor, provocam o aumento de preços e a desconfiança do mercado, já que o risco do negócio aumenta exponencialmente e a segurança jurídica instituída pela legislação acaba por ruir diante de argumentos questionáveis e que não refletem a realidade negocial.

Assim, tomando por base a legislação pátria e o entendimento de nossos Tribunais, entendemos que a Comissão de Corretagem se insere nos custos de uma relação de compra e venda imobiliária e que seu repasse, quando se tratar de relação de consumo, é perfeitamente lícito, desde que respeitado o Direito à Informação estatuído pelo Código de Defesa do Consumidor.

## Abstract

The article discusses the most controversial aspects involving responsibility for the payment of the brokerage commission under the real estate business, focusing on today's jurisprudence and the interpretation of applicable law to the

species, with emphasis on the application of the principles of the Consumer Protection Code.

**Keywords:** Brokerage. Construction. Real Estate Law.

## Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.288.450-AM**. Ministro Relator: João Otávio de Noronha. Julgado em 24 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2015. Art. 724. A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2015. Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, ga-



rantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.

COMISSÃO DE CORRETAGEM DEVE SER PAGA POR QUEM CONTRATA CORRETOR. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI216682,91041-Comissao+de+corretagem+deve+ser+paga+por+quem+contrata+corretor>>. Acesso em: 5 mar. de 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo nº 1003243-04.2014.8.26.0564**. Juíza de Direito: Fabiana Feher Recasens. Julgado em 30 de abril de 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo nº 9021609.83.2014.813.0024**. Juiz de Direito: Maria Dolores Giovine Cordovil. Julgado em 19 de junho de 2014.

#### Referência do artigo

DUARTE, Felipe Enes. A interpretação jurídica da corretagem no âmbito da Construção Civil. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 40, p. 129-136, jul./dez. 2014.





# Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)

## Gabriela Luna Santana Gomes

Pós-graduanda (lato sensu) em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). Graduada em Direito e Odontologia. Especialista e Mestre em Dentística. Assessora Analista Judiciário de Juiz de Direito da Capital do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

## Resumo

O presente artigo tem por objetivo – através de uma abordagem dialética – analisar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no Novo Código de Processo Civil. Ao final, verifica-se que o referido incidente será capaz de assegurar às partes o contraditório e

a ampla defesa, bem como garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

**Palavras-chave:** Desconsideração da Personalidade Jurídica. Pessoa Jurídica. Autonomia patrimonial. Novo Código de Processo Civil.

## 1 Introdução

As sociedades empresárias adquirem direitos, contraem obrigações e atuam por meio de seus administradores possuindo autonomia patrimonial em relação aos seus sócios. No entanto, justamente por haver a separação patrimonial entre as pessoas jurídicas e as pessoas naturais responsáveis por elas é que as empresas têm sido utilizadas para a prática de atos escusos, bem como para prejudicar terceiros.

Uma solução encontrada pela jurisprudência e que depois passou a ser positivada no Brasil foi o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o qual – até 16 de março de 2015 – permaneceu sem um regulamento próprio na área processual.

Apenas com a Lei 13.105/2015 foi que a desconsideração da personalidade jurídica passou a ser prevista como um incidente processual capaz de oportunizar às partes o contraditório e a ampla defesa.

Assim, o presente artigo tem como objetivo, por meio de uma abordagem dialética, analisar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo diploma legal brasileiro.

## 2 Conceito e teorias explicativas da pessoa jurídica

Antes de adentrarmos ao tema propriamente dito, faz-se necessário conceituar o que vem a ser pessoa jurídica e explicar as teorias acerca de sua existência. Sendo assim, conforme Tartuce (2014, p.132), a pessoa jurídica consiste em um conjunto de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal.

Segundo Gomes (2010) foram basicamente duas as teorias explicativas da existência da pessoa jurídica: a teoria negativista e a teoria afirmativista.

A primeira apenas negava a existência da pessoa jurídica. Já a segunda, a qual afirmava a sua existência, desdobrou-se em outras três correntes: a teoria da ficção, a teoria da realidade orgânica ou objetiva e a teoria da realidade técnica, sendo esta última a adotada pelo Código Civil de 2002.

Pela teoria da ficção – proposta por Savigny – a pessoa jurídica não teria existência social, mas somente existência ideal, sendo produto da técnica jurídica. Para esta teoria, a pessoa jurídica seria apenas uma abstração, sem realidade social.

Para a teoria da realidade social objetiva – de Gierke e Zitelman – contrária ao posicionamento anterior, a pessoa jurídica teria existência social e consistiria em um organismo vivo na sociedade.

Já para a teoria da realidade técnica, a qual consiste em um somatório entre as teorias da ficção e da realidade objetiva, equilibrando-as, reconhece-se a atuação social da pessoa jurídica, admitindo ainda que a sua personalidade é fruto da técnica jurídica.



Tal posicionamento encontra respaldo no art. 45, do CC/02, o qual afirma que a existência das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro.

Sendo assim, o registro da pessoa jurídica faz com que ela adquira personalidade e tenha existência própria, distinta da pessoa de seus sócios, encontrando respaldo no princípio da separação, independência ou autonomia patrimonial.

### **3 Do princípio da autonomia patrimonial**

Desprovido de artigo específico versando sobre ele no Código Civil de 2002, o princípio da autonomia decorre da inteligência dos artigos 46, V e 1.052, ambos do CC/02.

Conforme Oliveira (2011), o princípio acima citado indica que dentro da legalidade e observados os atos constitutivos da sociedade, a pessoa jurídica, em decorrência dos atos praticados pelos seus administradores, assume direitos e obrigações, e por eles responde sem o comprometimento ou vinculação do patrimônio dos sócios.

Assim, quem é parte legítima para demandar e ser demandada é a pessoa jurídica da sociedade e, apenas em situações excepcionais, estendem-se os efeitos da relação jurídica à esfera subjetiva de quem agiu pela sociedade empresária.

Na medida em que a lei estabelece a separação entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem, consagrando o princípio da separação patrimonial, os sócios não podem ser considerados os titulares dos direitos e devedores assumidos pela empresa. Será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e obrigações (COELHO, 2006, p.16).

Por outro lado, consoante Oliveira (2011), com toda esta proteção patrimonial, muitos usam de má-fé e acabam praticando fraudes e abusos, lesando terceiros e credores.

Sendo assim, a desconsideração da personalidade jurídica passou a ser um meio de relativizar o princípio da autonomia patrimonial e, dessa maneira, impedir que o devedor se utilize da pessoa jurídica para lesionar o credor.

## 4 Dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica (Teoria Maior e Menor)

A regra geral adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica, é aquela que consta do artigo 50, do CC/02, abaixo transcrito, chamada de Teoria Maior da Desconsideração (MONNAZZI, 2010).

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações **sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.**

Como é possível observar, para a referida teoria não basta que a pessoa jurídica esteja insolvente e, portanto, impossibilitada financeiramente de cumprir com suas obrigações. É preciso que reste configurado o elemento subjetivo (desvio de finalidade) ou o elemento objetivo (confusão patrimonial).

Conforme Gagliano e Pampolha Filho (2013, p. 280), no elemento subjetivo tem-se o desvirtuamento do objetivo social, ou seja, a realização de fins não previstos contratualmente ou proibidos por lei. Já no elemento objetivo, verifica-se que a atuação do sócio ou do administrador confundiu-se com o funcionamento da própria sociedade, não se podendo identificar a separação patrimonial entre ambos.

Já a Teoria Menor é a exceção da regra geral anteriormente abordada. Essa excepcionalidade é verificada no nosso ordenamento jurídico, a exemplo do direito do consumidor e do direito ambiental, pois o legislador entendeu que nesses casos o direito a ser tutelado mereceria tratamento especial, não incidindo, dessa maneira, a regra geral do Código Civil de 2002.

Assevera o parágrafo 5º, do artigo 28, do CDC, que “também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

Assim, basta o mero prejuízo ao consumidor, para que a desconsideração seja deferida. No entanto, é preciso que tenha havido o esgotamento de todas as vias para receber o crédito pela pessoa jurídica.



Ainda acerca da teoria menor, importante se faz mencionar que o *caput* do art. 28, do CDC, impõe como requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica a existência de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social e que o parágrafo 5º do referido artigo, ao possibilitar a desconsideração da personalidade jurídica pelo simples prejuízo causado ao consumidor, tornaria o *caput* uma letra morta da lei.

Explica Monnazzi (2010) que o veto do §1º, do art. 28, do CDC, na verdade foi direcionado ao §5º e que isto pode ser verificado pelas razões do veto.

No entanto, como a interpretação literal do §5º é mais favorável ao consumidor vulnerável, consolidou-se a sua aplicação na jurisprudência apesar do acima explicitado.

## **5 Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código de Processo Civil (NCPC)**

Como visto anteriormente, a desconsideração da personalidade jurídica já tinha previsão no direito material, mas carecia de regulamentação no direito processual, sendo – dessa maneira – louvável a iniciativa da lei 13.105/2015 em prever tal regulamento.

Com previsão no Capítulo IV do Título III (Da intervenção de terceiros) do Novo CPC, arts. 133 a 137, a desconsideração da personalidade jurídica passa a ser processada por meio de um incidente processual, cujo objetivo é assegurar a ampla defesa e o contraditório.

Antes do Novo Código de Processo Civil a desconsideração era requerida pela parte ou pelo Ministério Público nos próprios autos da ação principal sem que fosse dada à parte contrária a oportunidade de se manifestar, já que o Código de Processo Civil de 1973 não regulamentava tal procedimento.

No Código de 2015 continuam a ter legitimidade ativa a parte e o Ministério Público. Contudo, na visão de Tartuce (2015, p.77), nos casos que envolvam matéria de ordem pública, é plenamente possível que a desconsideração seja realizada *ex officio*, como nas hipóteses envolvendo consumidores, uma vez que – nos ter-

mos do art. 1º da lei 8.078/1990 – o Código de Defesa do Consumidor consiste em norma de ordem pública.

No entanto, entendo ser a melhor posição o não cabimento da desconsideração de ofício pelo juiz, já que a Lei 13.105/2015 traz expressamente os legitimados ativos e não prevê hipótese de desconsideração de ofício pelo magistrado. Ademais, faz-se imprescindível que o contraditório e a ampla defesa sejam preservados em um Estado Democrático de Direito.

Quanto aos requisitos ensejadores da desconsideração, deve-se continuar aplicando os pressupostos elencados na teoria maior e menor, haja vista o Novo Código tratar apenas da parte processual (§1º, do art.133, do NCPC).

Conforme o parágrafo 4º do art. 795, do NCPC, para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente processual. Entretanto, tal disposição legal não é absoluta, pois a lei dispensa a instauração do referido incidente quando a desconsideração for requerida na exordial, devendo ser citado o sócio ou a pessoa jurídica (§2º, art. 134, do NCPC) para, nos termos do art. 135 do NCPC, manifestar-se e requerer provas cabíveis, no prazo de 15 dias, observando-se, para tanto, que na contagem dos prazos em dias, computar-se-ão apenas os dias úteis (art. 219, do NCPC).

Como bem afirma Tartuce (2015, p.795), o legislador parece ter pecado ao mencionar apenas o sócio e não fazer menção ao administrador da empresa, sendo viável fazer uma interpretação extensiva para também incluí-los como legitimados passivos no incidente.

Segundo Neves (2015, p.145) quando o Novo Código aduz que será chamado ao processo o sócio ou a pessoa jurídica, na verdade este está fazendo referência à desconsideração inversa e à tradicional, respectivamente.

Dessa maneira, a Lei 13.105/2015 inova ao trazer expressamente no parágrafo 2º do art. 133 do NCPC que as disposições existentes no Capítulo IV também se aplicam à desconsideração inversa ou invertida da personalidade jurídica, passando o referido artigo a ser o fundamento legal para a desconsideração inversa, uma vez que inexistia previsão na codificação material.

Na verdade, o que se fazia era uma interpretação teleológica do art. 50, do CC/02, buscando-se adaptar o sentido e o alcance da norma às novas exigências



sociais e – assim – fundamentar a aplicação da desconconsideração inversa da personalidade jurídica no ordenamento jurídico pátrio.

Conforme Rangel (2012), em tal tipo de desconconsideração há o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, a fim de que o ente coletivo e seu patrimônio sejam atingidos e possa haver a responsabilização da pessoa jurídica pelas obrigações contraídas pelo sócio-controlador que transferiu seu patrimônio pessoal para a empresa com o objetivo de se tornar insolvente e, assim, frustrar a obtenção dos créditos por parte de seus credores.

No que diz respeito ao momento processual em que seria possível instaurar o incidente, o *caput* do art. 134 do NCPC pôs fim à discussão de que só seria possível haver a desconconsideração da personalidade jurídica em processo de execução e passou a prever a instauração do incidente em todas as fases do processo de conhecimento, cumprimento de sentença e execução de título extrajudicial, devendo a sua instauração ser imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas (§1º).

Vale ressaltar que uma vez instaurado o incidente para a desconconsideração na sua modalidade tradicional ou inversa, suspende-se o curso da ação principal (§3º, art.134, do NCPC), exceto quando aquela for requerida na petição inicial.

De uma forma ou de outra, após a apresentação das provas e estando o incidente saneado, o magistrado formará seu juízo de convencimento e deferirá ou não a desconconsideração, através de uma decisão interlocutória recorrível por meio de agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, IV, do NCPC.

Nos casos em que a desconconsideração seja proferida pelo relator no Tribunal, o recurso cabível será o agravo interno, consoante o art.136, do NCPC.

Assim, observa-se que, até a decisão que põe fim ao incidente, o sócio ou a pessoa jurídica é apenas terceiro no processo, tanto é que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica está previsto no título destinado à intervenção de terceiros.

Apenas com a decisão que defere a desconconsideração é que aqueles passam a integrar de fato o polo passivo da demanda principal e serem legitimados para oporem embargos do devedor, não cabendo embargos de terceiro – simples-



mente – porque nesta fase processual já são considerados partes e não terceiros estranhos à lide.

Corroborando o acima exposto o art. 674 do NCPC que define como legitimado para opor embargos de terceiros aquele que, não sendo parte no processo, sofrer constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo. Além disso, ressalta o parágrafo 2º do referido artigo que, considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos de terceiro, quem sofrer constrição judicial de seus bens por força de desconconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte.

Outrossim, deve-se atentar para o fato de que toda a defesa ocorrerá no incidente processual, não havendo mais que se falar em embargos do devedor, com contraditório postergado (TARTUCE, 2015, p.80).

No que diz respeito à ocorrência de fraude, prevê o art. 137 do NCPC que uma vez acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou oneração de bens, importará em fraude à execução e será ineficaz em relação ao requerente, operando-se, assim, o chamado efeito *ex tunc*.

Consoante o parágrafo 3º do art. 792 do NCPC, a fraude à execução, nas hipóteses de desconconsideração da personalidade jurídica, se verifica a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconconsiderar.

Por fim, esclarece o art. 1.062 do NCPC que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicável também nos processos de competência do juizado especial.

## 6 Conclusões

A desconconsideração da personalidade jurídica, quando requerida, relativiza a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, possibilitando – assim – o recebimento do crédito, nos casos do direito civil, quando houver desvio de finalidade ou confusão patrimonial e nos casos do direito do consumidor ou ambiental, quando houver – conforme entendimento majoritário – a simples ocorrência de dano ao consumidor ou ao meio ambiente.



No entanto, foi devido à falta de critérios do Poder Judiciário na utilização da desconsideração da personalidade jurídica que o Novo Código de Processo Civil passou a prever a obrigatoriedade de um incidente processual, que suspenderá a ação principal, até que seja proferida uma decisão acerca do assunto.

O referido incidente tem como um dos seus principais objetivos assegurar o contraditório e a ampla defesa, princípios constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Ademais, a previsão normativa do incidente de desconsideração – trazida pela Lei 13.105/2015 – pôs fim a vários dilemas existentes sobre o procedimento a ser seguido, garantindo – dessa maneira – segurança jurídica aos jurisdicionados.

## Abstract

This article aims – through a dialectical approach – analyzing the incident of disregard of legal entity in the New Code of Civil Procedure. In the end, it turns out that the incident referred to will be able to ensure the parties the

contradictory and full defense and to ensure greater legal certainty for jurisdictional.

**Keywords:** Disregard of legal entity. Corporations. Autonomy of assets. New Code of Civil Procedure.

## Referências

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 19 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código Civil**. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze ; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** – Parte Geral. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Quais são as teorias explicativas da pessoa jurídica? Jus Brasil, 2010. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1139239/quais-sao-as-teorias-explicativas-da-pessoa-juridica>>. Acesso em 03 nov. 2014.

MONNAZZI, Ricardo Nogueira. A Desconsideração da Personalidade Jurídica com base no art. 50 do Código Civil – Uma visão crítica e uma nova proposta. JurisWay. 2010. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3901](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3901)> Acesso em: 10 nov. 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de processo Civil – Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Lilian Maria Barbosa de. **A desconsideração da personalidade jurídica nas sociedades empresárias dissolvidas irregularmente e a responsabilização dos sócios. Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2956, 5 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19700>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica: apontamentos inaugurais**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em:<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11744&revista\\_caderno=7](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11744&revista_caderno=7)>. Acesso em 06 abr. 2015.

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

#### Referência do artigo

GOMES, Gabriela Luna Santana. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 40, p. 137-146, jul./dez. 2014.

# A Emenda Constitucional nº 88/2015 e a possibilidade de extensão imediata dos seus efeitos aos servidores públicos em geral

## Hauler dos Santos Fonseca

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFPE. Pós-Graduado pela UFPE, com especialização em Direito Processual Civil. Pós-Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com especialização em Direito Constitucional. Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Ex-Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

## Resumo

Este artigo objetiva demonstrar o caráter autoexecutável da norma veiculada na Emenda Constitucional nº 88/2015, asseverando-se a inaptidão de exigência de regra complementar ao comando estabelecido, salvo se de caráter relativo restringível. Na análise apresentada, os direitos sociais foram considerados integrantes do rol dos direitos fundamentais, consoante jurisprudência firmada, concluindo-se pela aplicação da regra de aposentadoria aos setenta e cinco anos, de

imediato, a todos os servidores integrantes de regimes próprios de servidores públicos. Fez-se, por fim, breve análise dos projetos de lei apresentados para complementação da regra aprovada, evidenciando-se a inadequação dos textos propostos.

**Palavras chave:** Emenda nº 88/2015 à Constituição brasileira. Norma autoexecutável. Legislação complementar: Possibilidade em caráter restritivo.

## 1 Introdução

Estas linhas foram concebidas a partir da aprovação da Emenda Constitucional nº 88, de 07 de maio de 2015, que estendeu, aos setenta e cinco anos, a idade-limite dos ocupantes de cargos para permanência no serviço público de todas as espécies federativas.

Veiculou, mencionada norma, ainda, por meio da adição do artigo 100 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a expressa previsão de aplicação

imediate do comando aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, aos quais, conseqüentemente, não se exigiu a edição de lei posterior que disciplinasse a sua incidência.

Questiona-se, a partir de tal edição e enquanto não produzida a lei complementar exigida no preceito aprovado, sobre a possibilidade de os demais servidores públicos em geral e os membros da magistratura, do ministério público e das cortes de contas, poderem se beneficiar do direito então criado pela inovação constitucional, levando-se em conta a produção de efeitos pela norma aprovada, bem como a teoria jurídica dos direitos sociais, enquanto fundamentais, segundo expressos na Carta Constitucional brasileira de 1988.

Tenta-se demonstrar, por outro lado, a inaptidão da exigência de regra complementar ao comando normativo, não obstante sua expressa previsão, dado o seu caráter inicial de norma constitucional auto-executável, portanto de implementação imediata, que torna despreciosa qualquer complementariedade, salvo se de caráter relativo restringível.

## 2 A proposta de Emenda Constitucional e sua justificativa de aprovação

Ultrapassadas essas considerações preliminares, é de se esclarecer, prefacialmente, que a Proposta de Emenda Constitucional nº 457/2005, mais conhecida como PEC da bengala ou PEC da longevidade, da qual se originou a Emenda Constitucional nº 88/2015, encontrou o seu fundamento na existência de uma “excessiva onerosidade da Previdência Social, que já se encontrava demasiadamente deficitária, principalmente em razão da elevação da expectativa de vida dos brasileiros, não sendo, o atual regime de aposentadoria compulsória, baseado na idade, o melhor parâmetro para se aferir a necessidade de encerramento das atividades profissionais, visto que os servidores públicos não podem ser considerados incapazes simplesmente por terem atingido os setenta anos de idade, haja vista que, segundo dados do IBGE, a expectativa de vida dos brasileiros já superou a idade de oitenta anos”<sup>1</sup>.

Denota-se, nesta hipótese, que o simples adimplemento da idade de setenta anos não retira do homem a capacidade de reflexão e de colaboração com a

1 Trecho, com adaptações, do requerimento para inclusão em pauta de votação, formulado pelo Deputado Federal Raul Henry, disponível em < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1088050.pdf>>. Acesso em 08 maio.2015.



prestação de qualquer serviço que não lhe exija o vigor físico, especialmente no âmbito da atividade intelectual do poder público, jurídica ou não, a exemplo daquela desenvolvida no âmbito dos tribunais, em que se permite a produção científico-literária, visto, neste caso, que o aumento da idade, ao contrário, permite ao indivíduo, cada vez mais, uma visão mais ampla e mais substanciosa da realidade das coisas do mundo, em razão da vivência consolidada pelo decorrer dos tempos, com real aumento da capacidade de discernimento e da interpretação ou da criação do direito.

Por tal razão principal, deve-se entender que não estariam, o servidor em geral ou, ainda, os integrantes das Cortes Judiciais e de Contas e os membros do Ministério Público, ineficientes para a realização de suas tarefas intelectuais, pelo simples atingimento da idade de setenta anos, o que de fato não lhes retiraria a capacidade de continuar em atividade, diante do pleno vigor do intelecto, podendo, assim, prosseguir no exercício de seus cargos, até o novo termo estabelecido.

De outra banda, mostra-se inegável que a permanência de titulares de cargos efetivos em exercício por mais cinco anos, haverá desafogamento da previdência social no Brasil, vez que as pesquisas mostram que o país está envelhecendo, com comprometimento das possibilidades contributivas para a manutenção do sistema nacional, que se baseia no sistema de fundo comum.

### **3 A previdência do servidor público no Brasil**

Sobre a previdência social no Brasil, convém sejam elaboradas breves considerações, bem como os contornos distintivos entre os regimes que a compõem.

Na República Brasileira, além do regime geral de previdência social - RGPS, existem os chamados regimes próprios de previdência dos servidores públicos, relativos a cada ente federativo, aos quais estão vinculados todos os servidores públicos da respectiva pessoa jurídica de direito público.

Ao primeiro dos acima referidos – regime geral de previdência social – administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social, aderem-se compulsoriamente todos os trabalhadores em geral não detentores de vínculo estatutário com quaisquer dos entes da República, portanto, não vinculados a regime próprio de previdência.

Aos servidores públicos, por sua vez, sejam eles municipais, estaduais, distritais ou federais, reservam-se os regimes próprios de previdência - RPPS, estando cada qual vinculado ao regime do ente federativo com quem mantém relação estatutária.

Assim, os servidores da União estão vinculados ao regime próprio dos servidores da União; os servidores dos Estados-membros ou do DF aos respectivos regimes próprios de cada Unidade Federativa regional; e os servidores municipais aos regimes próprios de cada um dos Municípios, estes últimos desde que formalmente instituídos, estando, caso contrário, tais servidores, vinculados ao regime geral de previdência social, de maneira supletiva, regulado e mantido pela União em favor dos trabalhadores em geral, administrado, como já dito, pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, Autarquia Federal criada para este fim.

É em relação aos servidores públicos, portanto detentores de cargos públicos e vinculados ao regime próprio previdenciário, que se autorizou a permanência no seu exercício até o adimplemento da idade de setenta e cinco anos completos.

#### **4 A nova regra constitucional**

Segundo estabeleceu a nova disposição constitucional (artigo 40, § 1º, inciso II, da CF/88), a aposentadoria compulsória dos servidores vinculados ao regime próprio de previdência, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, dar-se-á aos setenta anos de idade ou aos setenta e cinco anos, na forma prevista em lei complementar, nos termos seguintes:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)



II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015).

Conforme se pode verificar, a nova redação conferida ao inciso II do parágrafo primeiro do artigo 40 da Constituição Federal de 1988 assegura a permanência dos seus titulares no exercício de cargo público, até a idade de setenta e cinco anos, dirigindo ao legislador infraconstitucional, ainda que de forma absolutamente dispensável, a tarefa de regulamentar, por meio de lei específica, os termos em que será possibilitada tal continuidade.

Note-se, neste particular, que se encontrando a norma prevista na Carta Constitucional Federal, resta orientada aos servidores públicos em geral, sejam federais, estaduais, municipais ou do Distrito Federal, vinculados, assim, a quaisquer dos regimes próprios de previdência.

Ao examinar-se tal norma, entretanto, observa-se a inteira desnecessidade de regra complementar para o exercício do direito por ela veiculado, somente se podendo admitir uma eventual possibilidade de lei complementar para o estabelecimento de requisitos e critérios diferenciadores restritivos, neste caso para a concessão de aposentadoria a servidores públicos em relação aos quais se exija, por exemplo, a eventual necessidade de vigor físico ou que desenvolvam atividades de risco, em que não mais fosse possível o exercício do cargo a partir dos setenta anos de idade.

Somente nesta hipótese, ou seja, de restrição do *novel* limite preconizado pelo texto renovado, poderá haver a edição de lei que impeça a continuidade do exercício do cargo público, após os setenta anos, anterior limite imposto pela Carta Federal.

## **5 Da classificação da norma constitucional em questão e da produção dos seus efeitos**

Sabe-se que as primeiras constituições foram produzidas a partir da desconfiança do povo, como expressão reativa ao poder absoluto, somente, em momento posterior, traçando a feição contemporânea do Estado de Direito, hoje reconhecida nos Estados democráticos.



Segundo o Professor Paulo Bonavides, o drama jurídico das Constituições contemporâneas estaria na dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de passar da enunciação de princípios à disciplina de direitos acionáveis, ou seja, da esfera abstrata à ordem concreta das normas<sup>2</sup>, com menção expressa a direitos sociais, estabelecendo a efetiva normatização de direitos relativos às relações de trabalho, educação, cultura, previdência, dentre outros.

Pode-se afirmar que surgem, a partir desta discussão, as teorias das normas constitucionais, com a classificação das normas superiores em diretivas e preceptivas.

As primeiras, também conhecidas como programáticas, ensina o Prof. Bonavides, constituem o campo no atual Direito Constitucional onde mais fluidas e incertas são as fronteiras do Direito com a Política<sup>3</sup>, às quais uns negam a existência de conteúdo normativo, enquanto outros condicionam a sua eficácia à existência de legislação futura.

As preceptivas, por sua vez, seriam aquelas dotadas de eficácia direta, com linguagem e normatividade imediatamente incontestável de caráter jurídico, com aplicação plena dos direitos por elas veiculados, regulando relações entre os cidadãos ou entre estes e o Estado, sendo, por certo este, o caráter da norma ora em análise.

Por outro lado, ainda na seara do tema tratado, classificando as normas constitucionais em regras e princípios, Ronald Dworkin afirma que a diferença entre estas espécies estaria na natureza da orientação que oferecem para apontar a decisão sobre a obrigação jurídica, estando as regras vinculadas à maneira do tudo-ou-nada, sendo válida ou inválida, frente a determinados fatos que estipula<sup>4</sup>, enquanto que os princípios possuem a dimensão de peso ou importância, não experimentada por aquelas<sup>5</sup>.

Na hipótese em exame, sendo, ordinariamente, a nossa constituição, de caráter analítico ou prolixa, com estabelecimento não somente de princípios, mas, em muitos casos de regras expressas, pode-se afirmar, nesta hipótese, que se está diante de uma regra e não de um princípio, frente à sua estrutura de feição

2 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. edição. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 240.

3 Idem. p. 253.

4 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 39.

5 Idem, p. 42.



fechada, estabelecendo o comando normativo pleno a ser verificado pelo Estado administrador.

Por fim, cumpre destacar que as normas constitucionais, como se bem sabe, classificam-se em autoexecutáveis e não autoexecutáveis ou, respectivamente, independentes ou dependentes de complementação para o resguardo de sua plena atuação no plano jurídico.

Ao comentar sobre tal natureza da norma constitucional, Gilmar Ferreira Mendes<sup>6</sup> leciona que “para o constitucionalismo atual, todas as normas são executáveis por si mesmas, até onde possam sê-lo”, formulando, entretanto, a advertência de serem, todas elas, incompletas e, por definição, gerais e abstratas, necessitando da tarefa do legislador complementar para a aplicação na vida da sociedade.

Neste caso, verifica-se, todavia, a possibilidade de aplicação da regra em questão, independentemente de qualquer complemento, posto que a norma por ela veiculada poderá ser utilizada, de imediato, sem a necessidade de eventual produção legislativa posterior, ressaltando-se, apenas, como dito acima, a alternativa de produção legislativa para a sua restrição.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, as normas de eficácia plena são aquelas que produzem efeitos “desde sua entrada em vigor, para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade de produção imediata dos efeitos previstos<sup>7</sup>”, não requerendo qualquer legislação posterior.

De seu turno, afirma a professora, aquelas normas de eficácia relativa restringível são as que possuem aplicabilidade **imediate ou plena**, “embora a sua eficácia possa ser reduzida, restringida nos casos e na forma que a lei estabelecer<sup>8</sup>”.

Ademais, vê-se que se trata de direito da permanência no trabalho, bem como, em última análise, do direito a uma melhor previdência – posto que se tratando de rendimentos calculados de forma proporcional, segundo alude o artigo 40, § 1º, inciso II, da CF/1988, demonstrada se encontra a possibilidade do estabeleci-

6 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69.

7 DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98-103, *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 167/168.

8 Idem.

mento de melhoria das condições do benefício previdenciário a ser ainda obtido – revelando-se vertentes do direito social constitucional.

Não obstante a discussão doutrinária sobre a natureza jurídica dos direitos sociais, se estes integram ou não o rol dos direitos fundamentais, ou ainda a corrente que entende pela existência de um regime jurídico específico para os direitos sociais, muitos consistindo em direitos a prestações ou atividades do Estado, na categoria de direitos econômicos, sociais e culturais<sup>9</sup>, no âmbito da doutrina e jurisprudência brasileira, tem havido prevalência do entendimento de que os direitos sociais integram o rol dos direitos fundamentais.

Nesta seara de raciocínio, cita-se como exemplo a compreensão do Supremo Tribunal Federal de que integram os direitos fundamentais, o direito à seguridade social, que engloba a previdência social (STF - RE 626489/SE), erigindo a valorização social do trabalho à condição de pilar do Estado Democrático de Direito brasileiro (STF - ARE 664335/SC).

O prof. Ingo Sarlet, respeitado conhecedor do tema, afirma que o caráter material aberto dos direitos fundamentais igualmente “abrange os direitos sociais, identificados como direitos essencial e preponderantemente dirigidos a prestações positivas do Estado, sejam normativas ou fáticas”<sup>10</sup>, ratificando o entendimento de que, em se tratando de direito fundamental, deve ser conferida a sua aplicabilidade imediata, relativamente àqueles que de logo possam exercê-lo.

## **6 O sentido advogado e os projetos de lei até então apresentados para a regulamentação da inovação constitucional**

Na forma ora advogada, de norma constitucional de eficácia plena, pode-se conferir o projeto de lei complementar nº 274/2015<sup>11</sup>, de autoria do Senador José Serra, estendendo a todos os servidores, sem exceção, a possibilidade de permanência do cargo público até o limite de 75 (setenta e cinco) anos, o que revela a

9 Neste sentido defende o Professor Gomes Canotilho. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed.. Coimbra: Almedina, 2003. p. 403.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed.rev. atual. e amp.. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012. p. 93.

11 Disponível em <[http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=121072](http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=121072)>. Acesso em: 14 maio 2015.



desnecessidade de sua aprovação, vez que trata da mesma possibilidade já expressa na norma constitucional, veja-se:

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 274, de 2015 – Complementar.

Dispõe sobre a aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais, nos termos do inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei Complementar dispõe sobre a aposentadoria compulsória por idade, com proventos proporcionais, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos agentes públicos aos quais se aplica o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal.

Art. 2º Serão aposentados compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade:

I – os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações;

II – os membros do Poder Judiciário;

III – os membros do Ministério Público;

IV – os membros dos Tribunais de Contas;

V – os membros dos Conselhos de Contas.

Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Ora, se a regra é extensiva a todos os servidores estatutários das pessoas jurídicas de direito público interno, além de suas autarquias e fundações, bem como aos membros do Poder Judiciário, das Cortes de contas e do Ministério Público, não há sentido para a existência da norma proposta, dado que o próprio texto modificado pela EC nº 88 já assegura esta previsão.

Por outro lado, outro não é o sentido conferido pelo Projeto de Lei Complementar nº 69/2015<sup>12</sup>, de autoria do Deputado Federal Bruno Araújo, senão o de norma constitucional de eficácia relativa restringível (ou eficácia contida), que prevê a restrição do direito à permanência dos titulares de cargos públicos até o novo limite de

12 Disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1230089>>, Acesso em :14 maio 2015.

idade apenas para aqueles servidores que não exerçam função legalmente definida como perigosa ou insalubre e que estejam em plena capacidade para o exercício de suas atividades, sendo, esta última parte, de redação também dispensável, uma vez que aquele que se não se encontra em plena capacidade para o exercício das atividades, já restaria aposentado. Confira-se a redação.

PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 69, de 2015

(Do Deputado Federal Bruno Araújo)

Dispõe sobre a aposentadoria compulsória do servidor público, aos setenta e cinco anos de idade, regulamentando o inciso II, do § 1º, do art. 40, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º A aposentadoria compulsória, aos setenta e cinco anos de idade, do servidor público titular de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, nos termos do inciso II, do § 1º, do art. 40, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015, fica regulada nos termos desta Lei Complementar.

Art. 2º O servidor público será aposentado compulsoriamente aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, a requerimento do interessado, desde que não exerça função legalmente definida como perigosa ou insalubre e esteja em plena capacidade para o exercício de suas atividades.

Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

## **8 Conclusão – Desnecessidade de lei complementar ou possibilidade de regra unicamente para contenção da eficácia da norma criada**

De acordo com a análise ora efetivada, a não observância imediata da regra em questão pelos Entes estatais demonstra nítida violação do novo direito posto, defensável pela via do mandado de segurança, inclusive preventivo, como remédio heroico para eventuais ilegalidades administrativas, de maneira a se asseverar o exercício de direito fundamental assegurado pelo legislador constituinte reformador.

Ademais, afigura-se, a norma em revista, de conteúdo *self-executing*, onde não há espaço para fronteiras entre o direito e a política, nos termos pontuados pelo



Prof. Paulo Bonavides, visto que não veicula conteúdo programático, tratando-se de regra de aplicação direta e imediata, com compreensão preceptiva, a ser observada, de imediato pela Administração Pública em geral.

A par de todos estes fundamentos, pode-se afirmar que se trata de norma constitucional autoexecutável, cuja eficácia irradia-se independentemente da existência de qualquer outra norma que regule o seu exercício, ainda prevista em seu texto, permitindo-se, de imediato, sem qualquer delonga, a permanência no serviço público até o implemento da idade de setenta e cinco anos.

Registra-se, por fim, a possibilidade, única e exclusivamente, para a restrição deste direito a servidores que exerçam determinadas atividades, consoante exemplos acima referidos, a critério do legislador, desde que respeitadas a razoabilidade necessária aos critérios eleitos.

## Abstract

This article aims to demonstrate the character of the self executing norm transmitted by the Constitutional Amendment No. 88/2015, asserting the rule disability to require a complementary prescript to establish the command, except as limitable relative character. In the presented analysis, the social rights were considered members of the fundamental rights list, according firm ed jurisprudence, concluding for the application of the retirement rule at seventy-five

years, immediately, to all members of it's own public policy of retirement. There was, by the end, a brief analysis of the bills introduced to complement the approved rule, demonstrating the inadequacy of the proposed texts.

**Keywords:** Amendment No. 88/2015 to the Brazilian Constitution. Rule self executing. Complementary legislation: Possibility of restrictive character.

## Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed.. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

#### Referência do artigo

FONSECA, Hauler dos Santos. A Emenda Constitucional nº 88/2015 e a possibilidade de extensão imediata dos seus efeitos aos servidores públicos em geral. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 40, p. 147-158, jul./dez. 2014.

# A nova interpretação constitucional e o poder de revigorar a constituição

## Uma nova exegese construindo novos paradigmas

### Hugo Vinicius Castro Jiménez

Juiz de Direito Titular da 3ª Vara Cível de Vitória de Santo Antão/TJPE.

Mestre em Direito Pela Universidade Católica de Pernambuco. Professor de Teoria do Estado e Ciência Política e Teoria da Argumentação da Faculdade Osman Lins/FACOL/Vitória de Santo Antão/PE.

### Resumo

O presente trabalho visa tratar do poder inerente à própria Constituição, em caso, particular, a Carta Fundamental do Brasil, de em constância e sem a necessidade de reformas, manter em seu núcleo a capacidade por assim dizer de se reinventar e revigorar sua força, sobremaneira, no aspecto de Constituição

Material. Para tanto os novos instrumentos de ordem hermenêutica, que sejam os Princípios Constitucionais, aliados aos métodos concretizadores, embasam sustentáculo para o papel em ênfase.

**Palavras-chave:** Constituição. Hermenêutica

### Introdução

O Elemento a toda prova almejado no presente propósito, enseja velar pelo exercício da interpretação constitucional em face de uma nova realidade à luz da construção de novos paradigmas do Direito Constitucional.

Muitos foram, portanto, os que propalaram já desde Roma o lugar comum de que onde encontrar-se o homem, aí encontrar-se-ia a sociedade e então o direito. Portanto, contextualizando uma visão mais panorâmica nada mais atual que a *“agnominada”* Nova interpretação constitucional e a capacidade ínsita a esta de tutelar e porque não dizer *“revigorar”* a própria Constituição.



Neste plano, então, muitos são os métodos ou os meios para tal como a exemplo da concretização constitucional edificada ora nos pronunciamentos de Konrad Hesse ora nos pronunciamentos de Friedrich Müller.

Portanto, trilha o presente trabalho superar a hermenêutica tradicional pela Nova interpretação constitucional, depois descortinar o método de interpretação conhecido como concretização, muito embora não poucos diferenciem interpretação de concretização.

Após vislumbra-se a atividade jurisdicional com bases firmadas em nova hermenêutica como campo fértil e pronto para a atividade criativa e interpretativa do Direito. Por conseqüente é de se analisar porquanto a atividade criativa e interpretativa do Juiz seja ou não de fato interpretativa ou parte do próprio sistema constitucional em análise.

Por fim, encerrando o trabalho presente encontra-se um feixo a condensar os aspectos aqui mencionados.

## 1 A interpretação tradicional e a nova interpretação constitucional

A abrangência primeira, encontra-se no desiderato de observar a superação de métodos tradicionais de hermenêutica jurídica, a fim de transportado tal ponto inserir-se em um novo contexto de interpretação constitucional marcadamente separado por novos paradigmas.

Assim, nas palavras e na análise de Tércio Sampaio Ferraz Júnior que alertou em obra de cunho recente<sup>1</sup>:

O fato de que a estrutura institucional das leis básicas enquanto constitutivas do estado de Direito provém do século XIX e se aplica a uma realidade que não mais existe na atualidade não nos permite ater-nos a certas fórmulas de rigor formalista, sem que nos obriguemos a abrir inúmeras exceções.

Portanto, o ambiente que proliferam as novas Cartas Fundamentais, como ponderou Tércio Ferraz Júnior (em mesma oportunidade) recorriam-se a uma formali-

<sup>1</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional. Liberdade de Fumar. Privacidade. Estado. Direitos Humanos e outros temas**. Barueri: Manole, 2007. p. 3-4. Obra de cunho recente onde o autor aborda diversos temas e procura preservar o princípio hermenêutico-constitucional da unidade da Constituição.



dade constitucional, que conferia a mesma, uma transparência<sup>2</sup> e estabilidade indispensáveis, e que graças a ela as constituições puderam submeter-se às regras usuais de interpretação por tal intermédio<sup>3</sup>, aliás, chegava-se ao sentido e se controlava a eficácia das cartas magnas, cuja estabilidade decorria igualmente, não obstante as mudanças na realidade, das limitações colocadas pelas referidas regras.

Sendo assim, o mencionado autor alardeia sobre a metódica tradicional literalmente o seguinte<sup>4</sup>:

Na tradição do século XIX europeu, as regras usuais de interpretação correspondiam à fixação dos sentidos vocabular (método gramatical), proposicional (método lógico), genético (método histórico) e global (método sistemático), conforme as lições de **Savigny** e outros autores clássicos”.

E continua vaticinando o ilustre autor em comentário sereno<sup>5</sup>:

Para efeito de uma hermenêutica constitucional voltada para o Estado de Direito concebido, na visão liberal, como um estado mínimo, reduzido em suas funções, a interpretação tinha o que se poderia chamar de uma orientação de bloqueio-interpretação de bloqueio, na qual os princípios de legalidade e estrita legalidade eram peças nucleares da constitucionalidade. Não se pode desconhecer, contudo, que a norma constitucional continha elementos jurídicos que a diferenciavam das demais normas, de cujas características, portanto, um normativismo hermenêutico, rigorosamente neutro e acrítico, não chegava a dar conta. Aqui entrava em cena a ordem política global do estado constitucional, que obrigava à realização de certas correções e especificações.

A posição acima explanada é oriunda do pensamento do mais que conhecido jus-filósofo pátrio, em verdade, abarca a necessidade de explicitar, que os métodos tradicionais, lugar-comum, conhecidos através de nomes a exemplo de Savigny, necessitaram de superação ante realização ou a realidade vigente de que a Carta Constitucional a muito, deixou de ser uma mera carta de intenções, ou pedaço de papel na discussão oriunda desde Ferdinand Lassalle e passou a ser um caminho de inter-relação de estruturas a superar a antiga concepção de que a Constituição é hierarquicamente superior como norma e nada mais.

2 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional. Liberdade de Fumar. Privacidade. Estado. Direitos Humanos e outros temas**. Barueri: Manole. 2007. p. 3-4. Obra de cunho recente onde o autor aborda diversos temas e procura preservar o princípio hermenêutico-constitucional da unidade da Constituição.

3 Idem; op. cit. p. 4

4 Idem; Ibidem

5 Idem; Ibidem

Em verdade, o que aqui se enfatiza é de que o Constitucionalismo Contemporâneo e a nova interpretação não prescindem princípios hermenêuticos de relevância indiscutível como a unidade da Constituição, mas ao contrário sugerem como pensa o próprio Tércio Ferraz Júnior<sup>6</sup>, um complexo de normas que começam a ser vistas como um sistema de normas coordenadas e inter-relacionadas que se condicionam reciprocamente.

Acompanhando a nova hermenêutica, e por que não dizer quanto aos princípios, não mais existe o afastamento dos mesmos como antes. Ou a atribuição de uma mera função integrada, como ocorriam com os “princípios gerais de Direito” como na opinião de Ruy Samuel Espíndola<sup>7</sup>, para passar hoje a desvendar o real sentido ante tecido complexo de relações jurídicas.

A leitura contextual do ora supracitado, caminha no mesmo passo ou palmilhar da observação de Dayse Vasconcelos Mayer quando trasladando para o âmbito do direito Público, ressaltou a primazia da realidade e sua aplicação. Acarretando, assim a presença da verdade substantiva, que se limita de tal modo a *navalha de Ockham*, princípio lógico irradiado do pensamento do franciscano Guilherme de Ockham no século XVI<sup>8</sup>.

A esse respeito, o autor citado aqui de forma extenuante Tércio Sampaio Ferraz Júnior alertou outrora, sob a égide da hermenêutica tradicional<sup>9</sup>.

O sentido das normas, vem, assim, desde o seu aparecimento, “domesticado” mesmo quando, no caso de lacunas, integramos o ordenamento (por equidade, por analogia, etc.) dando a impressão de que o interprete está guiando-se pelas exigências do próprio real concreto, o que se faz, na verdade, é guiar-se pelas próprias avaliações do sistema interpretado.

O referenciando acima, parece contraditório, mas se contextualiza com o aqui alardeado.

6 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional. Liberdade de Fumar. Privacidade. Estado. Direitos Humanos e outros temas**. Barueri: Manole. 2007. p. 3/4. Obra de cunho recente onde o autor aborda diversos temas e procura preservar o princípio hermenêutico-constitucional da unidade da Constituição, p. 5.

7 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 33.

8 MAYER, Dayse de Vasconcelos. O formalismo moderado no Direito Administrativo disciplinar e a navalha de Ockham. **Revista da Esmape**, Recife, v.19, n.39, p.52, jun.2014, p. 52.

9 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 308.



## 2 A interpretação constitucional como ponte para uma “concretização”

O enfoque abordado nesta etapa da discussão que tende ou busca o poder de revigorar a Constituição, destina-se aquilo que a Doutrina Constitucional contemporânea costuma chamar de concretização constitucional.

Em verdade ao propor a interpretação constitucional como ponte para uma “concretização”, poder-se-ia afirmar quiçá uma contradição, ou redundância. Vez que, a concretização seria, sem arremedos uma espécie muito peculiar de interpretação constitucional.

Ao abordar o tema J.J Gomes Canotilho<sup>10</sup> antes tratou que: “**realizar a Constituição** significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais”.

Em seguida, complementa sobre a interpretação<sup>11</sup> que:

**Interpretar** uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativos – Constitucionalmente fundada.

Portanto, munido de tais conceitos que são antecedentes J. J Canotilho na eminência de seu pensamento pondera e conceitua<sup>12</sup>:

**Concretizar a Constituição** traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – Norma Jurídica – que por sua vez, será apenas resultado intermédio, pois só com a descoberta da Norma de Decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta “Concretização Normativa” é, pois um trabalho técnico-jurídico, é no fundo, o lado “técnico” do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma, é sim, a construção de uma norma jurídica.

Observe-se, portanto, que o autor em referencia particularmente não trabalha a mesma noção a que poderia se induzir de que a concretização constitucional

10 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 9 ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 1200.

11 Idem; Ibidem.

12 Idem, ibidem, p. 1201

propriamente dita, ensejaria num processo interpretativo. Mas, ao suscitar a idéia de densificação das normas, explica que densificar<sup>13</sup> uma norma significa preencher, completar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito dos problemas concretos.

Em sua obra de natureza dissertativa<sup>14</sup> Bruno Galindo, esclarece que apesar das críticas o método da tópica jurídica de Viehweg, inspirou a criação dos métodos concretistas da interpretação constitucional.

Assim com base anterior também em Canotilho e sua concretização-densificação, Bruno Galindo<sup>15</sup> arremata:

Como se percebe da lição de Canotilho, a concretização constitucional é ao mesmo tempo um método e um processo. Método porque estabelece diversos parâmetros hermenêuticos para a interpretação da constituição, processo quando se estabelece a utilização prática do método proposto.

Com tal arrimo, então, Galindo<sup>16</sup> sugere a concretização em Konrad Hesse e Friedirich Müller.

Assim, Konrad Hesse, professor da Universidade de Freiburg em sua teoria da concretização, parte da mesma premissa de Lassalle, de que a Constituição é mais que um pedaço de papel e que dentro de si possui uma força própria motivadora e ordenadora da vida do Estado. É o que se convencionou chamar de hermenêutica concretizante.

Outro aspecto interessante é a influência decisionista de Carl Schmitt em sua força normativa, quando coloca os limites na mesma. As palavras do próprio Konrad Hesse alertam<sup>17</sup>:

---

13 Idem; Ibidem

14 GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais. Análise de sua Concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá. 2005. p. 142

15 Idem; Ibidem

16 Idem; Ibidem. p. 143

17 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1991. p.24



Contatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente (induelle Beschaffenheit der Gegenwart). (...) Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade com figura ponto essencial para caracterização da força normativa da Constituição.

O outro método concretizador reside na agnominada metódica estruturante do direito, adivinda do contributo do ora professor da Universidade de Heidelberg Friedrich Muller.

A metódica de Muller recebe forte influência de Gadamer e Heidegger, rompendo com os postulados do modelo cartesiano clássico.

João Mauricio Adeodato<sup>18</sup> ao tratar o tema pontua que Muller observa que o juiz exerce uma coação fundamentada e que a interpretação do mesmo resulta em uma norma e até mesmo em seu conteúdo. Logo depois, observa que em tal interpretação é levada em conta métodos como gramatical, sistemático e o subjetivo, em nenhum tempo sem desconsiderar os aspectos dos processos sociais.

Por fim, o próprio Muller<sup>19</sup> considerou importante em sua metódica os elementos de política constitucional, quando alerta:

O trabalho do direito constitucional estar embebido em pontos de vista de política constitucional. Mas com isso nem o caráter vinculante do direito constitucional, lá onde ocorreu um pré-decisão normativa, nem a racionalidade e objetividade exigidas pelo Estado de Direito, até onde ela é em princípio possível na ciência jurídica devem ser questionados.

Ressoa portanto, na opinião do teórico em epígrafe o fato de que a Carta Constitucional deve sempre se aproximar da realidade social em voga, trazendo em seu bojo uma força revigorante e mesmo normativa a aproximar neste sentido os parâmetros concretistas de Muller e Hesse.

18 ADEODATO, João Mauricio. **Ética e Retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva. 2002. p.236-237

19 MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 2 ed. São Paulo: Max Limonade. 2000. p.97.

### 3 Nova interpretação constitucional e a construção de novos paradigmas

A motivação do presente item, reside no foco de que a nova interpretação constitucional abrange novos objetivos, como revigorar a Constituição.

Por tanto alheio aos critérios objetivos de classificação das constituições é que se edificou uma nova hermenêutica constitucional e, portanto, ante um novo cenário composto pela teoria da argumentação, dos princípios de ponderação da proporcionalidade e razoabilidade conquistou um novo modelo para enfrentar os casos difíceis.

Assim destacado fica pelo viés interpretativo da proporcionalidade por exemplo: a atividade de realização e criação do direito como já observara o trabalho dissertativo de Lúcio Grassi.

Caminhos para a solução em síntese foram apresentados.

Todavia os métodos de interpretação concretistas procuram preservar o sentido ou atribuir força de fidelidade à Constituição com uma contemporaneidade toda peculiar.

A interpretação conforme por exemplo procura revigorar a força normativa, sem perder o rumo dos acontecimentos sociais, fenômeno hoje observado com a mutação constitucional, enquanto instituto.

Considerando a abertura de muitas Cartas, é possível citar a ponderação de Peter Häberle<sup>20</sup> “toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer individuo, constitui ainda que parcialmente uma interpretação constitucional antecipada”.

Portanto, ante a complexidade apresentada num mundo globalizado necessita de novos instrumentos para solucioná-los, para tanto a ciência constitucional em parceria com a teoria do direito vem implementando novos mecanismos para encontrar soluções devidamente adequadas, de modo que a impassibilidade de tantos ordenamentos não conseguirem uma previsão

20 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos Interpretes da Constituição. Contribuição para a Interpretação pluralista e Procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002. p.13-14.



absoluta induz mesmo os sistemas mas fechados a recorrerem a pratica dos precedentes jurisprudenciais.

Não somente isto, o ativismo judicial como é conhecido aumentou de forma considerável e mais ante tais complexidades criou a cultura de acionar o judiciário por tudo e findou numa sobre carga que muitas vezes compromete a qualidade da prestação de um serviço tão difícil.

Destarte, as tentativas mesmo do judiciário, no papel de intérprete, de se aproximar da realidade, não supre a lacuna do teor da letra da Carta Fundamental, que nas palavras de André Vicente Pires Rosa, faz com que o estado ainda se comporte de forma distante do sentimento do povo brasileiro<sup>21</sup>.

A recorrência aos princípios ao invés das regras traduz esta nova mentalidade e a capacidade judicial de abarcar uma realização constitucional necessariamente de natureza aberta.

## Considerações finais

A guisa das notas conclusivas neste trabalho observou-se sobre a nova interpretação constitucional em face do poder de revigorar a Constituição, pontuo-se:

1. Que há um nova hermenêutica constitucional, contextualizada por um novo cenário composto em ênfase pela teoria da argumentação jurídica, precíprios de ponderação com viés interpretativo como proporcionalidade e razoabilidade.
2. Que no contexto aludido criaram-se novos paradigmas e mecanismos a romper com os métodos tradicionais ao exemplo clássico cartesiano.
3. Que dento desta nova perspectiva a interpretação constitucional ganhou por si novos ares como ponte para surgimento da concretização.
4. Que para a solução dos casos difíceis prevalece a interpretação mais fiel a Constituição e a sua unidade revigorando e tutelando sua força normativa.
5. Que independentemente da linha seguida a concretização se impõe como solução para as relações complexa que não admitem pelo o judiciário o " *non liquet*."

21 Na avaliação de André Rosa o Estado /República desde as primeiras Constituições brasileiras até o estágio atual, não se comporta em suas palavras, ignorando que o dono do mesmo (O Estado Brasileiro) tivesse como seu 'dono' o povo. (PIRES, André Vicente. A república e a Carta de 1988. **Revista da Esmape**, Recife, v.19, n.39, p. 30, jun. 2014)



## Abstract

This Work/Paper aims at approaching the potency, by the way, inherent in the Constitution itself, the so-called, properly Brazilian “Carta Magna”, Its power – it must be said, again, of persistently, independently of any type of reforms, of maintaining, in Its own “Nucleus” the competency, so to say, of reiterating and reinvigorating its full power, overall in the

side regarding to material Constitution. In this perspective, the new instruments concerning the hermetic order, i.e., the Constitutional Principles, together with the methods which are used to make real, provide a concrete base for the role under analysis.

**Keywords:** Constitution. Hermeneutics.

## Referências

ADEODATO, João Mauricio. **Ética e Retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 9 ed. Coimbra: Almedina. 2003.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional. Liberdade de Fumar. Privacidade. Estado. Direitos Humanos e outros temas**. Barueri: Manole, 2007.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais. Análise de sua Concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos Interpretes da Constituição. Contribuição para a Interpretação pluralista e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

MAYER, Dayse de Vasconcelos. O formalismo moderado no Direito Administrativo disciplinar e a navalha de Ockham. **Revista da Esmape**, Recife, v. 19, n. 39, jun. 2014.



---

MULLER, Friedirich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 2 ed. São Paulo: Max Limonade. 2000.

PIRES, André Vicente. A república e a Carta de 1988. **Revista da Esmape**, Recife, v.19, n.39, jun. 2014.

#### Referência do artigo

JIMÉNEZ, Hugo Vinicius Castro. A nova interpretação constitucional e o poder de revigorar a constituição. Uma nova exegese construindo novos paradigmas. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 40, p. 159-170, jul./dez. 2014.



# **Evolução da proteção do consumidor contra os acidentes de consumo no direito alienígena. Bases doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas para o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro**

**Marcelo José Cabral**

Juiz de Direito. Professor da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco (EJUD-TJPE)

## **Resumo**

Nas breves considerações, o artigo estuda a construção e a influência do direito anglo-americano e europeu sobre o direito brasileiro, no que tange à elaboração do aspecto legislativo para a defesa do consumidor em relação aos acidentes de consumo.

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor. Acidentes de consumo.

## **1 Introdução**

A sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor nacional criou um instrumento bastante eficiente para a tutela do consumidor vítima dos acidentes de consumo.

Cuida dos acidentes de consumo e a reparação dos danos decorrentes sob a rubrica “responsabilidade civil pelo fato” do bem de consumo (produtos e serviços). Assim, quando o dano causado ao consumidor tiver sua etiologia no defeito do produto ou da prestação do serviço, caberá reparação independentemente da demonstração de culpa do fornecedor para a consecução deste produto ou desta atividade defeituosa ainda que inexistente

relação contratual entre o utente do bem e o seu fornecedor, via de regra o fabricante ou o produtor.

Sob essa ótica, a Lei nº 8.078/90 abeberou-se, sobretudo, na experiência do Direito anglo-americano, construído sob a forma de precedentes judiciais e no Direito Europeu-ocidental que se formou, acerca do tema ora em estudo, com base nos precedentes judiciais americanos e ingleses e a partir da construção da Diretiva 85/374 da Comunidade dos Estados europeus.

Tendo-se por perspectivas as diretrizes traçadas pelas experiências desses povos, diferenciou-se no Brasil o defeito do bem de consumo do seu vício, impondo, na primeira hipótese, em havendo dano, o dever de reparar, e, na segunda, as medidas decorrentes das ações edilícias, respeitantes à troca do produto por outro ou à reexecução do serviço; a restituição do que se pagou pelo produto ou serviço prestado, com os seus acréscimos legais; ou, ainda, o abatimento proporcional do preço quando o bem de consumo ainda tenha alguma utilidade para os fins aos quais se destina. Assim sendo, o vício foi tratado sob a forma de defeito endógeno que atinge a utilidade ou quantidade do bem, enquanto que o defeito propriamente dito foi tratado como defeito exógeno, a atingir para além de sua utilidade ou quantidade os bens jurídicos (materiais ou existenciais) do consumidor, fazendo exsurgir o dever de reparar.

Nos tópicos que se seguem procurar-se-á demonstrar a construção e a importância do Direito alienígena para o Direito de Responsabilidade Civil do Consumidor no Brasil.

## 2 A experiência do Direito inglês e americano

Guido Alpa anotou que foi a experiência do *common law* onde se registrou o maior desenvolvimento de um sistema voltado ao ressarcimento dos danos de maneira mais efetiva através da consolidação do princípio da responsabilidade sem culpa, respaldado no modelo inicial do *products liability* (responsabilidade pelos produtos)<sup>1</sup>.

1 ALPA, Guido. *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975., p. 366 e 367.

Nos Estados Unidos, por exemplo, adotou-se, em um primeiro plano, a regra do *privity of contract*<sup>2</sup>, no intuito de bloquear o ressarcimento dos danos aos consumidores, impedindo a ampliação da responsabilidade dos fornecedores e, por conseguinte, garantindo a ampliação e expansão da indústria<sup>3</sup>. Obviamente que a expansão do ressarcimento dos danos causados pelos produtos defeituosos não condizia com o espírito da sociedade liberal capitalista que imperava na época da expansão industrial. Todavia, no início do século passado, passou-se a ter uma tendência para se transferir às empresas os riscos propagados pelo consumo de produtos defeituosos. Operou-se, destarte, a regra da responsabilidade do fornecedor que exerce a atividade perigosa e cujo produto se apresentava intrinsecamente danoso<sup>4</sup>.

Ao primeiro período denominado de *privity of contract*, portanto, sucede outro, através do qual se começou a fazer a distinção entre coisas perigosas em si mesmas (*things inherently dangerous*) e coisas perigosas como consequência de um defeito de fabricação (*things dangerous because of negligent construction*), determinando-se o dever de indenizar do fornecedor quando do processo de fabricação ou de distribuição de produtos perigosos que se pudesse identificar uma violação do dever de diligência que tinha o fornecedor a seu cargo<sup>5</sup>.

A partir deste momento criou-se o princípio do dever de diligência para todos os tipos de produtos que se estabeleceu jurisprudencialmente com o caso *MacPherson vs. Buick Motor Co*<sup>6</sup>. Este caso emblemático na jurisprudência norte-americana, ocorrido em 1916, decorreu do julgamento de uma ação de indenização ajuizada

2 “En un principio, la mayor dificultad con que se enfrentaba la afirmación de la responsabilidad del fabricante frente a terceros era la vigencia en los Estados Unidos del viejo principio jurisprudencial inglés según el cual el contratante sólo respondía frente a la contraparte de los daños derivados de la cosa vendida, pero no frente a terceros (*privity of contract*)”. (ROJO, Angel e FERNÁNDEZ-Rio. *La responsabilidad civil del fabricante*. Bolonha: Real Colegio de España, 1974, p. 63).

3 ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992, p. 25.

4 *Ibidem*, p. 26.

5 ROJO, Angel e FERNÁNDEZ-Rio. *La responsabilidad civil del fabricante*. Bolonha: Real Colegio de España, 1974, p. 63.

6 Luiz Gastão Paes de Barros Leães sistematiza as bases da construção do raciocínio do Juiz Cardoso no caso *MacPherson vs. Buick Motor Co*. Em primeiro lugar, houve a consolidação jurisprudencial de um *duty of care* a cargo do titular do processo de fabricação de um bem, importando distinguir as áreas contratual e extracontratual da responsabilidade civil. Caso a parte lesada se encontrasse vinculada a um contrato com o fabricante, como no caso do fornecedor direto do bem ao consumidor, comumente denominado por comerciante pelo CDC brasileiro, o fabricante responderia nos amplos termos da obrigação de garantia (*warranty*), porém, caso inexistisse essa relação, a exemplo das hipóteses do consumidor, configurando-se este em terceira pessoa em relação ao âmbito contratual, cumpriria ao mesmo recorrer ao sistema do ilícito extracontratual e indicar uma hipótese de *negligece*. Em segundo lugar, tratando-se de caso de negligência, caberia ao lesado comprovar o nexo de causalidade entre o dano e o uso ou consumo do produto, devendo provar, em resumo a culpa ou a falta de diligência do fabricante que viria a se constituir na inobservância do *duty of care*. Em terceiro, considerando que a prova da negligência do fornecedor na fabricação do bem se constituiria numa prova diabólica a partir da situação do consumidor ou utente, passou a se cogitar acerca da regra *res ipsa loquitur*, uma forma de beneficiamento da situação probatória com efeito prático da inversão do ônus da prova, quando “o julgador considera responsável aquele que causa o evento danoso em circunstâncias que ‘falamos por si mesmas’, razão pela qual deverá provar a sua falta de culpa para evitar as consequências jurídicas derivadas do dano que se lhe imputa”. (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 45 e 46).

por *MacPherson* contra a *Buick Motor Co*, através da qual requereu ele a reparação de graves danos decorrentes da quebra de uma das rodas do veículo fabricado pelo réu. Porém, o mesmo alegou que não manteve relação jurídica alguma com o autor porquanto este adquiriu o automóvel de um revendedor estranho à relação de compra e venda estabelecida anteriormente entre as partes, mas o Tribunal no Estado de Nova Iorque atribuiu a responsabilidade pelos danos ao fabricante justamente com respaldo na tese do dever de diligência para com o público (*duty of care*)<sup>7</sup>.

Vê-se, a partir de então, a primeira saída da jurisprudência norte americana para a superação da *privity of contract* e a consagração do princípio da responsabilidade do fabricante ou fornecedor pelos danos à saúde do consumidor<sup>8</sup>, destacando-se o caso julgado supracitado como “o caminho para as ações do consumidor contra os fabricantes negligentes de qualquer produto<sup>9</sup>”, mas ainda seria necessário provar a culpa do fornecedor através da inobservância por parte deste do dever de diligência (*duty of care*) ou da inobservância do dever de informar (*duty to warn*)<sup>10</sup>.

Com a evolução dos julgados, entretanto, chegou-se à conclusão de que a responsabilidade contratual não oferecia os remédios suficientes para a efetiva proteção do consumidor, emergindo a responsabilidade extracontratual com a erosão do princípio da culpa<sup>11</sup>, construindo-se um sistema de reparação de danos o mais eficaz possível com consolidação do princípio da responsabilidade sem culpa (*principi di responsabilità senza colpa*), no modelo americano dos *products liability*, desenvolvido a partir da compilação do *Restatement*<sup>12</sup>.

### O caso *Greenman vs. Yuba Power Products*<sup>13</sup>, de 1963<sup>14</sup>, decidido pelo Supremo Tri-

7 Idem, p. 64, e ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992, p. 26.

8 Ver também: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

9 Conforme noticiou João Calvão da Silva, o qual asseverou que este caso pode ser destacado entre aqueles que causaram maior impacto na indústria da época e se trata do berço da moderna *products liability* (SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 295).

10 ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992, p. 27.

11 Ibidem, p. 29.

12 ALPA, Guido. *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, p. 366/368.

13 Este caso representou a consolidação do entendimento consagrado desde 1962 através do qual a consciência de que a utilização da *warranty*, imantada com um novo significado, foi apenas um artifício criado para a adoção da teoria do risco, até que a partir de 1965 o *American law Institute*, agasalhasse, no *Restatement of torts* uma nova seção que se referiria à *strict liability* do fabricante. Neste sentido: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 55 e 56.

14 O presente caso foi precedido de outros em que se aplicava a responsabilidade objetiva do fornecedor de alimentos ou bebidas estragadas pelos danos decorrentes de sua ingestão, sendo o marco dos julgados, o caso decidido em 1913, *Mazzetti vs. Armour Products*, pela Suprema Corte de Washington. (ROJO, Angel e FERNÁNDEZ-Rio. *La responsabilidad civil del fabricante*. Bolonha: Real Colegio de España, 1974, p. 72 e 73).

bunal da Califórnia, consolidou o sistema da *strict liability*<sup>15</sup> (responsabilidade objetiva)<sup>16</sup>. *Yuba Power Products* era um fabricante de uma máquina-ferramenta para múltiplos trabalhos domésticos, tendo a Sra. Greenman a comprado de um revendedor local para oferecer de presente ao seu marido, o qual, ao manuseá-la para fazer um cálice de madeira, veio a acidentarse gravemente no rosto. O tribunal ao julgar a ação de indenização considerou o fabricante responsável, independentemente de se cogitar da violação dos deveres de garantia e de negligência, chegando-se às conclusões de que não havia qualquer necessidade da existência de um contrato entre fabricante e consumidor ou utente; de que a responsabilidade do fornecedor não advém de acordo formulado contratualmente, mas do Direito; e de que ao fabricante não é permitido definir o escopo de sua própria responsabilidade<sup>17</sup>.

O direito inglês também passou por três fases até chegar àquela pela qual configurou a responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos decorrentes de produtos defeituosos. Esta última fase, contudo, foi desenvolvida muito tempo depois<sup>18</sup> à mesma fase do Direito norte-americano, tendo este avançado mais rapidamente nesta direção<sup>19</sup>.

A primeira fase, tal como no Direito americano, consagrou a *privity of contract*, logo inexistindo relação comercial entre a vítima do acidente decorrente do manuseio do produto e o fornecedor, não haveria como responsabilizar este último, devendo ele ser responsabilizado apenas frente ao adquirente imediato<sup>20</sup>.

A segunda fase é marcada pela possibilidade de se imputar o dever de indenizar ao fabricante pelos danos ocasionados ao consumidor, independentemente da existência de negócio jurídico intermediário entre as partes, a partir da distinção que fora feita pelos tribunais ingleses entre objetos perigosos em si mesmo

15 Neste paradigmático caso o Juiz Traynor retomou a sua opinião em voto vencido no caso julgado pelo mesmo Tribunal, no ano de 1944, quando já tinha estabelecido a responsabilidade objetiva da Coca Cola Bottling C. em relação aos danos sofridos por uma mulher, decorrentes da explosão de uma garrafa de refrigerante, sem poder-se determinar efetivamente a causada explosão. A decisão desta corte, embora favorável à vítima, baseou-se na *negligence* do fabricante provada pela aplicação da máxima *res ipsa loquitur*. (SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 441).

16 Este caso é, para João Calvão, o marco histórico no direito americano da adoção da nova doutrina presente na *strict liability in tort*. (SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 440).

17 ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992, p. 27; SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 440 e 441.

18 Somente após a década de setenta foi que o Reino Unido incorporou a Diretiva da Comunidade Econômica Europeia em seu ordenamento, pela *consumer protection act* de 1987, adotando a responsabilidade sem culpa do fornecedor. (ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992, p. 34).

19 ROJO, Angel e FERNÁNDEZ-Rio. *La responsabilidad civil del fabricante*. Bolonha: Real Colegio de España, 1974, p. 59.

20 *Ibidem*, p. 52.



(*things dangerous per se*) e objetos que se tornaram perigosos por terem sido fabricados de forma inadequada (*things dangerous because of negligente construction*)<sup>21</sup>, podendo, na primeira hipótese, caracterizar-se uma responsabilidade extracontratual por parte do fornecedor<sup>22</sup>.

A terceira fase é caracterizada pela tentativa de se responsabilizar o fornecedor pelos danos decorrentes de produtos defeituosos que chegam às mãos do consumidor sem possibilidade de controles intermediários, entretanto somente pelos danos imputáveis à sua negligência, o que gerou a superação da *privity of contract* pela imposição de um dever de diligência (*duty of care*)<sup>23</sup>.

O sistema jurisprudencial americano foi mais completo que o sistema inglês, porquanto superou não somente a *privity of contract*, a qual obstaculizava todo aquele que não detivesse relação jurídica direta com o fornecedor do bem, sobretudo com o fabricante, a ser ressarcido pelos danos decorrentes de produtos defeituosos, assim como superou o sistema de reparação através da comprovação da culpa do fornecedor pelo defeito do bem, pela consagração da *strict liability in tort* (sistema de responsabilização objetiva ou sem culpa<sup>24</sup>).

### 3 A experiência do Direito italiano

O Direito Italiano, por sua vez, a par da existência de proteção do consumidor apenas por defeitos ocultos, como o fazia também o direito brasileiro anteriormente à vigência do Código Consumerista nos casos de vícios dos bens de consumo, regulamentava a reparação dos danos ocasionados por produtos defeituosos a partir da regra da responsabilidade contratual subjetiva, a teor do artigo 2.043 do Código Civil<sup>25</sup>, submetendo a vítima do acidente de consu-

21 Ibidem, p. 54.

22 ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992, p. 32.

23 Tal entendimento foi consolidado a partir do julgamento do caso "Donoghue vs. Stevenson", em 1932. (ROJO, Angel e FERNÁNDEZ-Rio. *La responsabilidad civil del fabricante*. Bolonha: Real Colegio de España, 1974, p. 54 e 55).

24 Segundo Luiz Gastão Leães, a derrocada dos princípios da relatividade dos contratos e da responsabilidade civil extracontratual com base na culpa se deu mais eficazmente no direito americano do que no direito inglês em virtude do enorme crescimento industrial experimentado nos EUA, atingido que foi mais fortemente pelo capitalismo maduro, exigindo-se daí, destarte, com mais intensidade, a reformulação dos conceitos da responsabilidade civil do fabricante por produtos postos em circulação no mercado. Assim, "a jurisprudência norte-americana se caracteriza por um desenvolvimento contínuo dos critérios de imputação, a princípio seguindo as mesmas linhas dos tribunais ingleses, para depois adquirir contornos inteiramente novos, ainda não atingidos no direito britânico". (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 41).

25 ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 2002, p. 394.



mo às agruras da comprovação da culpa do fabricante ou de outro fornecedor na criação do bem para consumo<sup>26</sup>.

A partir de então, considerando a ineficácia do vetusto sistema em termos de reparação de danos e defesa do consumidor, evoluiu para a adoção do recurso da presunção de culpa do fabricante para se alcançar uma adequada tutela do ente vulnerável. Neste sentido, conforme salienta Guido Alpa, incrementou-se na doutrina italiana, a partir da interpretação da regra contida no artigo 2.049 do Código Civil<sup>27</sup>, a responsabilidade civil com outro critério de imputação do dever de reparar que não se assentasse única e exclusivamente no critério da culpa, “a *soddisfare le esigenze de sicurezza del nostro diritto contemporaneo*” (do direito italiano)<sup>28</sup>.

Em 24 de maio de 1988, o provimento de atuação da diretiva 85/374 da CEE (D P R nº 224), adotou a responsabilidade objetiva do produtor pelos danos decorrentes de produtos defeituosos, porém não previu uma espécie de responsabilidade absoluta, ante a catalogação de causas exonerativas como a superveniência de fortuito, desde que este não se configure uma espécie de defeito decorrente de causa ignorada ou de evento que não esteja incluído no risco típico assumido pelo empreendedor<sup>29</sup>.

#### 4 A experiência do Direito alemão

O Direito alemão, de início, baseava a solução da reparação de danos causados aos consumidores na esfera da responsabilidade subjetiva extracontratual, em virtude da inexistência de vínculo jurídico que ligasse o consumidor ao fabricante do bem produzido para consumo<sup>30</sup>. Para tanto foi desenvolvido um sistema teórico que privilegiava o dever de segurança – *um deber especial de seguridad del tráfico* - que ficaria a cargo do fornecedor fabricante do bem, segundo o qual, quando em consequência de uma fabricação defeituosa se abre uma fonte de

26 ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992, p. 35.

27 Artigo 2.049: I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti. (Os proprietários e comitentes são responsáveis pelos danos causados por ato ilícito de sua casa e cometido no exercício do trabalho doméstico a cujos trabalhadores são destinados). Tradução livre.

28 ALPA, Guido. *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, p. 377/379.

29 ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 2002, p. 401.

30 ROJO, Angel e FERNÁNDEZ-Rio. *La responsabilidad civil del fabricante*. Bolonha: Real Colegio de España, 1974, p. 86.

perigo para a generalidade das pessoas, fica o fabricante obrigado à indenização dos possíveis danos<sup>31</sup>.

O sistema de reparação dos danos baseados na responsabilidade extracontratual do Direito alemão, entretanto, padeceu de alguns inconvenientes, mais precisamente com relação à extensão do dano e o requisito da culpa, uma vez que ele não concedia a possibilidade de reparação dos danos patrimoniais e, assim também, quando a vítima quedasse no requisito da demonstração da culpa do fabricante pela defeituosidade do produto<sup>32</sup>, chegando-se à conclusão de que essa prova se restaria em obstáculo insuperável quando da produção de bens defeituosos produzidos em série, e, por outro lado, a empresa poderia basear sua defesa de forma mais ou menos simples na inexistência de culpa na contratação de seus prepostos ou empregados, os quais deram causa aos defeitos, invocando, assim, a regra estatuída pelo parágrafo 831 do BGB<sup>3334</sup>.

Na tentativa de superar o inconveniente encontrado pela aplicação do § 831, a jurisprudência alemã esboçou a distinção entre as falhas de construção e as falhas de fabricação. Nas primeiras, existem falhas em todos os produtos de uma ou de várias séries produtivas, ao passo que, nas segundas, existem defeitos apenas em produtos isolados de uma série<sup>35</sup>.

O fabricante responderia tão somente pelos danos oriundos das falhas de construção que se ligavam invariavelmente à organização da empresa, não podendo ser atribuído a um determinado funcionário (tratava-se da falha organizativa).

31 *Ibidem*, p. 87.

32 *Ibidem*, p. 90.

33 ROJO, Angel e FERNÁNDEZ-Rio. *La responsabilidad civil del fabricante*. Bolonha: Real Colegio de España, 1974, p. 90 e 91.

34 Luiz Gastão Paes Leães esclarece que o § 831 do BGB se referia à responsabilidade dos patrões pelos atos dos seus prepostos, entretanto cabia aos primeiros, como prova liberatória, demonstrar que observou um comportamento diligente na escolha dos dependentes e, nos casos em que deveria fornecer instrumentos e aparelhos, ou nos casos em que deveria supervisionar-lhe o trabalho, caberia, então, a ele, a demonstração de ter obrado com diligência no fornecimento e na supervisão (dever de bem escolher o empregado e de bem vigiar o seu trabalho). Eis a tradução feita pelo monografista do dispositivo em comento: "Quem empregar outras pessoas para a execução de um trabalho, é responsável por todos os danos que os dependentes injustamente infligam a terceiros, na execução do trabalho. A obrigação de indenizar não ocorre se o empregador observou um comportamento diligente na escolha dos dependentes, se, nos casos em que lhes deva fornecer instrumentos e aparelhos, ou supervisionar-lhe o trabalho, tenha demonstrado a diligência normal no fornecimento e na supervisão, ou, ainda, se o dano ocorrer não obstante a observância de tal diligência". (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 69/71).

35 Explicando acerca do tema, v., por todos, no Brasil, ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992, p. 42 e 43.



Para a vítima esta solução se restaria insuficiente, pois a mesma não estaria preocupada com a origem do dano, mas com a solução reparatória a ser encontrada, conforme pontuam Ángel Rojo e Ferenandez-Rio<sup>36</sup>.

Atenta às deficiências delineadas acima, a doutrina alemã, em busca de um sistema mais equânime de reparação dos danos ocasionados aos consumidores, passou a fundar a responsabilidade civil do fabricante em várias teorias, entre as quais, a teoria do contrato em favor de terceiro, a teoria do contrato com eficácia protetora para terceiro e a da liquidação de danos em interesse de terceiros.

Para a primeira teoria, no contrato originário que ligava o fabricante ao revendedor, aquele atuaria como uma espécie de promitente, o revendedor como uma espécie de estipulante e o adquirente do bem de consumo era visto como um beneficiário. Tal teoria tinha a finalidade de dar proteção jurídica ao último adquirente.

Já para a segunda, no negócio realizado entre fabricante e revendedor, supunha-se existir uma obrigação principal e uma obrigação instrumental de proteção, com vistas a tutela à saúde e ao patrimônio do consumidor, estendendo-se com isso o dever de proteção perante terceiros.

Por fim, para a última teoria, conceder-se-ia o direito ao credor de liquidar a indenização pelo dano experimentado por terceira pessoa com quem tem uma relação especial, tendo essa liquidação do dano o objetivo de evitar a iniquidade decorrente da irresponsabilidade do fabricante, pela não identidade entre o credor e o terceiro efetivamente lesado<sup>37</sup>. Com isso, tal teoria criava uma espécie de crédito para o revendedor do bem, a partir da configuração do dano ao terceiro adquirente.

Segundo Ángel Rojo e Fernandez-Rio, tais teorias surgiram para justificar a relação pré-jurídica existente entre o adquirente final (utente ou consumidor) e o fabricante, intermediada por uma relação propriamente jurídica entre este e o vendedor, ou primeiro revendedor, surgindo ainda teorias que fundavam a responsabilidade do fabricante com o adquirente final na existência de um con-

36 ROJO, Angel e FERNÁNDEZ-Rio. *La responsabilidad civil del fabricante*. Bolonha: Real Colegio de España, 1974, p. 91/93.

37 ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992, p. 41/45.

trato de garantia entre ambos, exurgido de uma assunção tácita, assim como na existência de um peculiar “contato social<sup>38</sup>” entre a empresa e seu público em razão da particular função desempenhada pela marca e publicidade no moderno mercado de bens<sup>39</sup>.

Com base na jurisprudência, foi editada na Alemanha uma lei em 1990 confirmando a tendência dos seus julgados, disciplinando de forma objetiva a responsabilidade do fabricante por danos ocasionados ao consumidor decorrentes de acidentes de consumo<sup>40</sup>, firmando um entendimento que seria posteriormente enunciado pela diretiva 85/374/CEE de 25/07/1985.

## 6 A experiência do Direito francês

O Direito francês evoluiu a disciplina de defesa do consumidor a partir da distinção de danos intrínsecos decorrentes de vícios ocultos, fundados no dever de garantia contra esses vícios, e de danos decorrentes de produtos defeituosos, mesmo que estes não apresentassem vício, fundados no dever de segurança. Pelos primeiros poderia o consumidor acionar aquele que lhe alienou o bem, evoluindo-se posteriormente para se permitir acionar o seu fabricante (tratava-se de uma espécie de responsabilidade contratual). Em outra vertente se encontravam aqueles que fundamentavam o dever de reparar sob as bases da teoria da responsabilidade extracontratual com esteio na culpa no processo de fabricação do bem defeituoso. Porém, diante das injustiças causadas às vítimas dos acidentes de consumo, a jurisprudência evoluiu o sistema de reparação com respaldo na presunção de culpa do fabricante, a partir de uma interpretação que se emprestou ao artigo 1.384, nº 1, do Código Civil, vez que o configurava como guardião da estrutura do produto, podendo, portanto, ser responsabilizado. Após, a legislação francesa incorporou as coordenadas da Diretiva nº 85 da CEE<sup>41</sup>.

38 No Brasil, Paulo de Tarso Sanseverino aduz que a fonte da relação jurídica de consumo nada mais é do que o contato social, para o qual: “No direito, esse conceito de contato social é visto sob a forma de fonte unitária das obrigações contratuais e extracontratuais, que nada mais são do que modalidades de processos associativos e dissociativos. Em sentido amplo, o contato social pode ser considerado fonte de toda a obrigação. Em sentido estrito, tem sido utilizado, especialmente, como suporte fático para explicar a responsabilidade pré-negocial com base na incidência do princípio da boa-fé...”. “Os contatos sociais, especificamente, são relações estabelecidas entre pessoas, que prestam colaboração recíproca, voltadas para determinados fins, independentemente de um negócio jurídico, mas com relevância jurídica. Abrangem, v. g., as relações de cortesia, como a oferta de transporte gratuito ou o rompimento das tratativas no período pré-negocial”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213, 214 e 216).

39 ROJO, Angel e FERNÁNDEZ-Rio. *La responsabilidad civil del fabricante*. Bolonha: Real Colegio de España, 1974, p. 93/95.

40 ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992. p. 48.

41 *Ibidem*, p. 50/52.



## 7 A experiência do Direito português

Em Portugal, como de resto em todos os Estados Europeus submetidos à Diretiva nº 85/374, existiram os mesmos inconvenientes para a integral reparação dos danos causados por produtos defeituosos aos consumidores, avultando de importância a atuação da jurisprudência<sup>42</sup> para a superação dos óbices de índole liberal que marcavam a legislação civil da época.

Em 22 de agosto de 1988, foi aprovada a Lei 29, que impôs ao Estado português a realização da defesa do consumidor, fundada no dever geral de proteção, onde primeiramente se delineou um conceito de consumidor e se estabeleceu os direitos de proteção à saúde, à segurança, à informação, educação e representação<sup>43</sup>.

A partir do Decreto-Lei nº 383/89, o Direito Português incorporou a Diretiva nº 85/374 adotando as linhas mestras do referido Diploma orientador, Diretiva esta que na verdade teve a tendência de aproximar as disposições legislativas dos Estados a ela submetidas em matéria de responsabilidade decorrente de produto defeituoso<sup>44</sup>, reforçando a tese da responsabilidade objetiva do fornecedor por danos oriundos dos produtos defeituosos postos em circulação<sup>45</sup>.

## 8 A experiência do Direito espanhol

No Direito espanhol, inicialmente, invocou-se, para sustentar a reparação dos danos ocasionados por produtos defeituosos, em primeiro plano, a regra geral de responsabilidade fundada na culpa, prevista no artigo 1.902 do Código Civil, que previu nesta legislação o princípio do *neminem laedere*, com base nos artigos 1.382 e 1.383 do Código Civil francês. Em segundo plano,

42 SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 451.

43 ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992, p. 37 e 38.

44 Por outras palavras, foi através do Dec. – Lei 383/89 que o Direito português incorporou a Diretiva de 1985 em seu Direito nacional passando a regulação material da Diretiva a valer plenamente. *Ibidem*, p. 453.

45 Segundo o artigo 1º do Decreto Lei nº 383/89, “O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação. Já para o artigo 2º, números 1º e 2º, entende-se por produtor: aquele que “é o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresenta como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo. Considera-se também produtor: a) Aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua actividade comercial, importe do exterior da mesma produtos para venda, aluguer, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição; b) Qualquer fornecedor de produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses, igualmente por escrito, a identidade de um ou outro, ou a de algum fornecedor precedente”. (Diário da República Eletrónico. Pesquisado em: [www.Aeportugal.pt/.../11%20%20DL%20383-89%20VER%Alterações...](http://www.Aeportugal.pt/.../11%20%20DL%20383-89%20VER%Alterações...). Acessado em 05/07/2014).

também muito se invocou a regra estabelecida pelo parágrafo 4º do artigo 1.903 do Código Civil espanhol, que previa a responsabilidade dos empregadores e empresas por fatos de seus empregados, em razão do exercício dos seus serviços ou dos meios empregados na fabricação do produto; porém, a partir destes supostos, não se estava pensando na moderna empresa de produção, cuja negligência de um funcionário apenas poderia resultar na defeituosidade de um produto, como de uma série deste<sup>46</sup>. Ademais, avultava-se a insuficiência da responsabilidade civil extracontratual com esteio na culpa, ante a ausência em geral de relação jurídica entre o fabricante do bem e o consumidor, como também ante as dificuldades da comprovação de culpa no processo de fabricação<sup>47</sup>.

Surgiram para obviar tais inconvenientes teorias de cunho contratual com fundamento no *iter* jurídico da distribuição, a exemplo da teoria da cessão da garantia, da estipulação em favor de terceiro e a que equiparava o revendedor intermediário a um colaborador do fabricante<sup>48</sup>.

Após os fracassos desses modelos, voltou-se a fundamentar a responsabilidade civil por danos decorrentes de produtos defeituosos nos artigos 1.902 e 1.903, parágrafo IV, presumindo-se a culpa do fabricante, de forma relativa, ou seja, cabia ao mesmo provar que agiu observando a diligência cabível e devida, "segundo as circunstâncias de lugar e tempo, no exercício de sua atividade"<sup>49</sup>.

## 9 Generalidades sobre a Diretiva 85/374 da CEE

A Diretiva 85/374/CEE, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros europeus em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, com base no Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia, regulamentou as regras de proteção efetiva à saúde e aos bens dos consumidores por danos oriundos de produtos defeituosos, considerando que a responsabilidade não cul-

46 ROJO, Angel e FERNÁNDEZ-Rio. *La responsabilidad civil del fabricante*. Bolonha: Real Colegio de España, 1974, p. 125/128.

47 ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992, p. 39.

48 ROJO, Angel e FERNÁNDEZ-Rio. *La responsabilidad civil del fabricante*. Bolonha: Real Colegio de España, 1974, p. 148/155.

49 ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992, p. 39/41.

posa do produtor é o único meio de resolver de maneira adequada o problema característico desta época de crescente tecnicidade, necessitando-se de uma justa atribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna<sup>50</sup>.

Com base nessa Diretiva deveriam os países-membros adaptar as regras básicas sobre responsabilidade civil do produtor, trazendo como balizas principais, entre outras: 1 - a consagração da responsabilidade sem culpa do produtor por danos causados aos consumidores resultantes de produtos defeituosos<sup>51</sup>; 2 - a responsabilidade solidária de várias pessoas quando causadoras do dano ao consumidor<sup>52</sup>; 3 - a consagração da possibilidade do consumidor vitimado demandar diretamente contra o fabricante<sup>53</sup>; 4 - a possibilidade de redução do valor da indenização ou a sua total exclusão de acordo com a participação da vítima no evento<sup>54</sup>; 4 - a consagração de um conceito de produto defeituoso<sup>55</sup>; 5 - a consagração das excludentes de responsabilidade civil do produtor<sup>56</sup>; 6 - a limitação de valores de indenização por danos pessoais e materiais, sem a previsão expressa dos danos morais<sup>57</sup>; 7 - a fixação de prazos de decadência e de prescrição<sup>58</sup>; 8 - a consagração da liberdade para os países-membros regulamentar alguns institutos como a ampliação do conceito de produto para alcançar as matérias-primas agrícolas e de caça; 9 - a consagração da liberdade dos países-membros de tam-

50 Texto lido na íntegra da referida Diretiva, pesquisado em: [www.djpp.mj.pt>leis da Justiça>diretiva85/374/cee](http://www.djpp.mj.pt>leis da Justiça>diretiva85/374/cee). Acesso em 05/07/2014.

51 Artigo 1º: "O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação".

52 Artigo 3º: "Se, nos termos da presente directiva, várias pessoas forem responsáveis pelo mesmo dano, a sua responsabilidade é solidária, sem prejuízo das disposições de direito nacional relativas ao direito de recurso". Ibidem.

53 Artigo 2º, nº 1: "Produtor é o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo".

54 Artigo 7º, nº 1: "Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para o dano, pode o tribunal, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização".

55 Artigo 4º, nº 1: "Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação".

56 Artigo 5º e suas letras: "O produtor não é responsável se provar: a) Que não pôs o produto em circulação; b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação; c) Que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua actividade profissional; d) Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito; f) Que, no caso de parte componente, o defeito é imputável à concepção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo".

57 Artigo 8º, nº 2: "Os danos causados em coisas só são indemnizáveis na medida em que excedam a verba de 70000\$00" e artigo 9º, nº 1: "No caso de morte ou lesão de várias pessoas causada por produtos idênticos que apresentem o mesmo defeito, o ressarcimento total não pode ultrapassar o montante de 10000 milhões de escudos".

58 Artigo 11: "Prescrição. O direito ao ressarcimento prescreve no prazo de três anos a contar da data em que o lesado teve ou deveria ter tido conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor; Artigo 12: "Caducidade. O direito ao ressarcimento prescreve no prazo de três anos a contar da data em que o lesado teve ou deveria ter tido conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor". (Dispositivos da Diretiva Europeia pesquisado em: [www.djpp.mj.pt>leis da Justiça>diretiva85/374/cee](http://www.djpp.mj.pt>leis da Justiça>diretiva85/374/cee). Acesso em 05/07/2014).



bém consagrarem ou não os riscos do desenvolvimento<sup>59</sup> como causa de exclusão do nexa causal (artigo 5º, letra “e”)<sup>60</sup>.

A Diretiva em exame foi consequência do que João Calvão da Silva denominou de “o movimento dos consumidores”, ou “consumerismo”<sup>61</sup>. Segundo ele, os consumidores despertaram de sua letargia e se organizaram para se defender e defender os interesses individuais e difusos que os envolviam, inicialmente nos Estados Unidos e depois por toda a Europa<sup>62</sup>, impactando a opinião pública, cada vez mais favorável à ideia de bem-estar individual e social, daí surgindo organismos de defesa dos consumidores resultantes da livre iniciativa e da iniciativa estatal. A partir de então, tal movimento se desenvolveu culminando nos seus “marcos altos” que são a *consumer bill rights message* do ex-presidente norte americano J. Kennedy<sup>63</sup>, a carta de proteção do consumidor do conselho da Europa, os programas da CEE para uma política de informação e de proteção aos consumidores e o programa de proteção dos consumidores da ONU.

Orientações de tais matizes legislativas, por óbvio, serviram de fonte profícua para o Direito brasileiro, o qual, através da Lei nº 8.078/1990, consagrou um sistema eficiente na reparação e prevenção dos danos impingidos aos consumidores por produtos e prestação de atividades defeituosas.

59 O tema será tratado posteriormente no tópico primeiro do presente escrito, quando será trabalhada a problemática dos fatores excludentes de nexa causal adotadas pelo CDC e os riscos do desenvolvimento enquanto excludente perante o ordenamento pátrio.

60 Ver, por todos, SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22 e 23.

61 SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p.38/41.

62 Para José Geraldo Filomeno o movimento consumerista nasceu ligado ao movimento dos trabalhadores, bastando ser lembrado os ‘movimentos dos frigoríficos de Chicago’, porém mais maturado e consciente de seu papel, o primeiro movimento adquiriu feição própria se desligando do segundo pela criação da ‘*Consumer League*’, em 1.891, evoluindo para a “poderosa e temida” ‘*Consumer Union*’. Tal entidade, segundo o autor, chega a adquirir quase todos os produtos destinados ao mercado de consumo americano para a análise e após, através de sua revista *Consumer Reports*, publica as vantagens e desvantagens dos produtos analisados. Além disso, a referida entidade tem a incumbência de realizar programas de conscientização dos consumidores e promove ações judiciais. (FILOMENNO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: atlas, 2010, p. 4).

Após a revolução industrial, os trabalhadores na luta por melhores condições de salário e de trabalho criaram o movimento sindical que teve por marco inicial o movimento dos frigoríficos de Chicago, em 1.891, chegando alguns de seus integrantes (cinco ao total) a sucumbirem à condenação pela força e dois deles pela pena de quinze anos de prisão ante a acusação de explosões que vitimaram centenas de pessoas. Só após alguns anos foi realizada a revisão do processo constatando-se que o Tribunal de origem fora corrompido pelos donos dos frigoríficos, quando então se resolveu absolver e libertar os dois presos e reabilitar a memória dos mortos. O movimento dos frigoríficos de Chicago deu origem ao dia do trabalho, ou seja, o dia 1º de maio. (Conforme as lições de: MELO, Nehemias Domingos de. *Da defesa do consumidor em juízo por danos causados em acidentes de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 6).

63 A partir da Carta do então presidente dos Estados Unidos da América do Norte ao Congresso americano, no dia 15 de março de 1962, dia este que ficou conhecido como o “dia internacional do consumidor”, foi, de fato, desencadeado um amplo movimento mundial em defesa dos consumidores. Por exemplo, a carta repercutiu nas Organizações das Nações Unidas, a qual editou a Resolução nº 39/248/85, conferindo ao direito do consumidor o *status* de “direito da humanidade”, originária da 29ª sessão da comissão de direitos humanos das Nações Unidas, que entre outras preocupações acolheu o discurso do Presidente quanto à necessidade de uma política de defesa do consumidor. (Ver, por todos, MELO, Nehemias Domingos de. *Da defesa do consumidor em juízo por danos causados em acidentes de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 7).



## Abstract

In brief remarks, the paper studies the construction and the influence of Anglo-American and European law on Brazilian law, with respect to the preparation of the legislative aspect of consumer protection in relation to consumer accidents.

**Keywords:** Consumer Law. Consumer Accidents.

## Referências

ALPA, Guido. **Il diritto dei consumatori**. Roma: Laterza, 2002.

\_\_\_\_\_. **Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.

FILOMENNO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: atlas, 2010.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto**. São Paulo: Saraiva, 1987.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da defesa do consumidor em juízo por danos causados em acidentes de consumo**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992.

ROJO, Angel ; FERNÁNDEZ-Rio. **La responsabilidad civil del fabricante**. Bolonha: Real Colegio de España, 1974.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999.

### Referência do artigo

CABRAL, Marcelo José. Evolução da proteção do consumidor contra os acidentes de consumo no direito alienígena. Bases doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas para o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 40, p. 171-186, jul./dez. 2014.



# O tráfico de pessoas e a universalização dos direitos humanos de proteção à mulher

## Teodomiro Noronha Cardozo

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Professor Universitário e da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Juiz de Direito.

## Resumo

O presente artigo tem por objeto a abordagem do tráfico de pessoas, bem jurídico de proteção no âmbito internacional e os instrumentos de prevenção e repressão, frente à universalização dos direitos humanos, notadamente, de proteção à mulher.

**Palavras-chave:** Tráfico de Pessoas. Direitos Humanos. Proteção à Mulher

## 1 Tráfico de pessoas na Convenção de Genebra e no Protocolo de Palermo

Vários instrumentos jurídicos internacionais – tratados, convenções e protocolos adicionais, alguns datados do século XIX, buscam a tutela de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, como forma de combater o tráfico de mulheres e crianças no âmbito internacional, almejando a prostituição, retiradas de órgãos e escravidão, por meio de organizações criminosas supranacionais.

O Tratado de Paris, celebrado entre Inglaterra e França, a partir de 1814 tem como objeto de tutela o tráfico de negros – para o comércio da escravidão. Essa iniciativa internacional teve reforço diplomático que em 1926, com a Convenção assinada pela Sociedade das Nações, reafirmou o propósito de coibir a escravidão, inclusive, no âmbito internacional. Cabe ressaltar, entretanto, que a Sociedade das Nações, instituída pela ONU em 1953, ratificou o Tratado de Paris.

## 2 Aspectos econômicos do tráfico de pessoas em Pernambuco

O *Bill Aberdeen (Slave Trade Suppression Act or Aberdeen Act)*, assinado pela Grã-Bretanha, no século XIX, promulgado aos 8 de agosto de 1845 – proibiu o comércio de afrodescendentes entre a África e a América – determinou a apreensão de “navios tumbeiros”<sup>1</sup> de bandeira brasileira, que cruzavam o atlântico na rota África-Pernambuco traficando pessoas para a escravidão, em face do baixo custo da mão-de-obra, sobretudo, para ser alocada nos engenhos de cana-de-açúcar, novo produto agrícola de exportação oriundo do sul-asiático – Índia, sendo que as primeiras mudas foram introduzidas no Brasil por Martin Afonso de Souza, para a então capitania de São Vicente em 1533. Em Pernambuco, Jerônimo de Albuquerque, em 1535, funda o primeiro engenho de açúcar no Nordeste, chamado de “engenho da nossa senhora da ajuda”, nas proximidades de Olinda.

A Lei Eusébio de Queirós, de 04 de março de 1850, proibia o tráfico de escravos para o Brasil, e é considerada o marco na História da abolição da escravatura em solo brasileiro. A referida lei, editada no contexto do *Bill Aberdeen*, passou a ter eficácia tão-somente em 1870, com o incremento da fiscalização, que causou a escassez de mão-de-obra escrava no Brasil. **Daí a expressão, de cunho popular, criada com a Lei Eusébio de Queirós: “lei para inglês ver”.** “Neste momento, os grandes agricultores começaram a buscar trabalhadores assalariados, principalmente em países da Europa (Itália, Alemanha, por exemplo) período em que aumentou muito a entrada de imigrantes deste continente no Brasil”. (sic)<sup>2</sup>

Os escravos eram negociados na praia de “Porto de Galinhas”, atual Município de Ipojuca, cujo nome, para despistar o enfretamento da escravidão, era utilizado para referir-se ao afrodescendente. Assim, quando os comerciantes perguntavam se “havia galinha no porto” estavam a se referir ao escravo, como forma de camuflar a intenção de adquirir pessoas para a escravização (trabalhos agrícolas e domésticos).

1 Os navios eram verdadeiras sepulturas, visto que durante a viagem morriam cerca de 40% das pessoas que seriam levadas à escravidão.

2 [http://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/lei\\_eusebio\\_queiros.htm](http://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/lei_eusebio_queiros.htm). Acesso: 30 abr.2015.



### 3 Instrumentos internacionais de repressão ao tráfico de pessoas

No período compreendido de 1840 a 1848 a marinha da Inglaterra apreendeu 625 embarcações, transportando milhares de cidadãos da África para a escravidão. Desse montante muitos foram conduzidos às colônias inglesas do Caribe, onde passaram a sobreviver de um pequeno solto em condições análogas às de escravos.<sup>3</sup>

No século XIX, a preocupação era com o tráfico de homens africanos recrutados por causa da mão-de-obra barata. Todavia, no século XX, a sociedade internacional voltou-se para as mulheres brancas, conforme Convenção Internacional de Paris de 1904. Esta Convenção Internacional disciplinou a repressão ao tráfico de mulheres brancas e, onze anos após, a Convenção de Genebra, de 1921, estabeleceu a repressão ao tráfico de mulheres e crianças e a Convenção Internacional de Genebra, de 1933, teve, também, por objeto a repressão ao tráfico de mulheres maiores, seguindo-se o Protocolo de Emenda à Convenção Internacional de repressão ao tráfico de mulheres maiores (1947) e, por fim, a Convenção e Protocolo Final para a repressão do tráfico de pessoas e do Lenocínio.

O aditivo à Convenção de Genebra, de 1956, criou novos institutos visando a supressão da escravatura e do tráfico, mobilizando a comunidade internacional para tratar de questões específicas como o casamento forçado de uma mulher em troca de vantagem econômica para seus pais ou terceiros; a entrega onerosa ou gratuita de uma mulher casada a terceiro, pelo próprio cônjuge, familiares ou membros do seu clã; os direitos de herança sobre uma mulher viúva e a entrega de menores de dezoito anos a terceiro para exploração.<sup>4</sup>

Os Estados signatários da Convenção de Genebra são partes legítimas para impedir o transporte de pessoas (livres ou não) de um para outro país com o objetivo de alienar sua liberdade:

Além da obrigação dos Estados Partes de estabelecer medidas de natureza administrativa e civil visando modificar as práticas análogas à escravidão, de mulheres e crianças. A Convenção fixou a obrigação de definir como crimes, entre outras, a conduta de transportar ou de tentar transportar escravos de um país a outro, de mutilar ou aplicar castigos,

3 *In*, pt.wikipedia.org/wiki/Bill\_Aberdeen. **Brasil Império**. Acesso: 08 abr.2015.

4 CASTILHO, Ela Wiecko V. **Tráfico de pessoas**: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. www.violes.unb.br/TP\_convenção\_de\_Genebra\_Palermo.pdf. Acesso 08 abr.2015.

de escravizar alguém ou de incitar alguém a alienar a sua liberdade ou de quem esteja sob sua autoridade.<sup>5</sup>

Esse instrumento internacional visa à prevenção, repressão e punição ao tráfico de pessoas, estabelecendo a compreensão do conceito de tráfico com um novo olhar para a política de enfrentamento do problema da alienação de liberdade de seres humanos em escala mundial.

#### 4 Intervenção política da Espanha no enfrentamento da prostituição

A Espanha, por meio de uma política central de governo, historicamente, tem envidado esforços no sentido de proibir a prostituição por meio de políticas públicas de enfrentamento desse problema social. Em 1935, durante a II República as autoridades espanholas proibiram a prostituição por meio do Decreto de 28 de junho, todavia, essa proibição foi suprimida pelo Decreto de 27 de março de 1949.

Em 18 de junho de 1962 o país da Península Ibérica ratificou a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e de Prostituição Alheia das Nações Unidas de 1949. Esse instrumento internacional modificou o Direito Penal interno daquele país em 1963.<sup>6</sup>

Todavia, em 1994, o Governo do Partido Socialista Obreiro Espanhol (PSOE), no poder no período de 1982 a 1996, apresentou um projeto de reforma do Código Penal de 1848, já com várias modificações substanciais, relativamente á prostituição<sup>7</sup> Deputados e senadores deliberaram a inclusão de outros assuntos no Título destinado ao crime de prostituição, como, por exemplo, agressões sexuais.<sup>8</sup>

Novos debates nas casas legislativas motivaram a apresentação de um substitutivo ao projeto originário, que se converteu na Lei Orgânica 11/1999, de 30 de abril, modificando o Título VIII do Livro II do Código Penal aprovado pela Lei Orgânica 10.1995, de 23 de novembro, modificando o projeto anterior em quatro aspectos: a) despenalização da promoção de prostituição de adultos, b) não definição da prostituição; c) não aumento da pena quando os delitos relativos à pros-

5 *Idem, ibidem.*

6 VALIENTE FERNÁNDEZ, Célia. *La política de la prostitución: El papel del movimiento de mujeres y los oraganismos de igualdad em España*. REIS, p.103-132. Veja também, [www.fau.edu/divdept/schmidt/rngs](http://www.fau.edu/divdept/schmidt/rngs).

7 *Idem, ibidem.*

8 *Passim.*

tituição são perpetrados com o ânimo de lucro; d) não levou em consideração o crime de prostituição praticado por organizações criminosas.<sup>9</sup>

## 5 A mulher como objeto de exploração sexual na Espanha

As rotas migratórias de pessoas, como consequência do *desequilibrio econômico e social*, cuja taxa de desemprego é mais elevada nos países em desenvolvimento e nos *regimes não democráticos*, aliado ao sonho de uma vida melhor, a mulher imigrante sofre discriminação econômica e de gênero. O ciclo migratório espanhol caracterizou-se por uma crescente intensidade de fluxo com o caráter quase que exclusivamente econômico e composição étnica heterogênea.<sup>10</sup>

As desigualdades de gênero, segundo Nora Fernández, manifestam-se na feminização da mão-de-obra em esfera global, com implicações em um mercado complexo transnacional de trabalho, composto de uma rede formada por mulheres que desempenham várias atividades domésticas, cuidados pessoais, “trabalhos em bares restaurantes...”

*La transnacionalización y feminización de la mano de obra, son procesos que han ido articulándose simultáneamente. El mercado laboral en su demanda de mano de obra flexible y barata hace uso de identidades laborales construidas a partir de las relaciones de género, hoy La opresión de las mujeres se ha trasladado al mercado de trabajo transnacional que retroalimenta a todo el sistema capitalista.*<sup>11</sup>

Para Martínez Alarcón, *verbis*:

[...] dentro do grupo das mulheres migrantes existe um importante coletivo de mulheres que está vivendo, em pleno século XXI, uma situação realmente dramática nos denominados países desenvolvidos, tanto quanto de exploração sexual. E, diante desta realidade é preciso a reação, não só por parte do poder público, impulsionando políticas sociais e idealizando mecanismos jurídicos realmente eficazes, e por fim, capazes de erradicar este problema, senão também desde o âmbito da sociedade civil [...].<sup>12</sup>

9 *Passim*.

10 HELLERMANN, Christiane y STANEK, Mikolaj. *Inmigración y territorio: cambios e permanencias “Estudios sobre la inmigración de Europa Central y Oriental em España y Portugal”*, 2002. p. 12.

11 CECILIA LIPSZYC. *Feminización de las migraciones*: sueños y realidades de las mujeres migrantes em cuatro países de América Latina. *Caminar sin midos*. Montevideo, 13, 14 y 15 de abril de 2004, p. 23.

12 MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz. *El inmigrante irregular: especial referencia a la mujer inmigrante objeto de exploración sexual*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 23. num. 68. Mayo-agosto 2003, p. 265-266.



Nos países desenvolvidos as mulheres sujeitas à exploração sexual são todas imigrantes, máxime, imigrantes irregulares, pela dificuldade na obtenção de visto permanente para residir na Espanha, sobretudo, depois da reforma de 8/2000, que dificultou a entrada de mulheres, legalmente, no território espanhol, favorecendo o negócio das máfias que se dedicam ao tráfico ilegal de pessoas, fomentando o ingresso ilegal de mulheres em solo espanhol, apesar das barreiras impostas pelo direito de fronteira, com ou sem ajuda do crime organizado.<sup>1313</sup>

Para compreensão da dinâmica do tráfico de mulheres, faz-se mister adentrar no fenômeno do crime organizado, com estrutura complexa que a prevenção tradicional dos órgãos de segurança não são capazes de conter, em face dos traços diferenciadores a exemplo da complexidade, já abordada, da estrutura econômica mundial, fórmulas e meios mais eficientes e sistemáticos de lesionar bens jurídicos.

Neste diapasão, destacam-se, preferencialmente, três aspectos importantes: 1) o gênero, dado que o tráfico recai, substancialmente, sobre mulheres; 2) desigualdade e pobreza, porquanto são as condições características, debaixo dos quais ocorre esse negócio lucrativo e, por último, 3) a internacionalização e suas ligações, cada vez mais intensas, com a delinquência organizada mundial.<sup>14</sup>

Desse modo, a questão da prevenção do tráfico de mulheres para exploração sexual, mercado que movimenta elevada cifra para o crime organizado, deve ser pensado na origem dos países em que há demanda do fluxo migratório e, com maior razão, nos países desenvolvidos, a quem incumbe uma política austera de prevenção do tráfico de mulheres, sobretudo, com o confisco do poder econômico e financeiro das quadrilhas organizadas, que têm com objeto de lucro o tráfico de mulheres para a prostituição.

O problema do tráfico de mulheres depende de decisões globais, com o controle de migração no país de origem – *pela gestão do fluxo migratório* – e pela chegada, mediante barreiras para dificultar o tráfico de mulheres, objeto de tutela na órbita internacional, em respeito à dignidade da pessoa humana e, não simplesmente proibindo a admissão de pessoas em determinados países da União Europeia, a soldo de angariar a simpatia da população para a obtenção de resultados

13 *Idem*, p. 266-267.

14 MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *El tráfico de personas con fines de explotación sexual*. ISSN 1132 – 9955. Nº 04.2010, pp. 271-331.



eleitorais favoráveis à manutenção do poder político, em nada contribuindo para a solução do problema. Nesse sentido:

Em definitivo, os Estados da União Europeia continuam apostando em uma política de cerramento de fronteiras que nada tem feito a não ser potencializar o tráfico ilegal de pessoas que, uma vez dentro, são objeto de exploração laboral e ou sexual.<sup>15</sup>

## 6 A mulher como centro de proteção dos Direitos Humanos

Mulheres e crianças, enquanto bens jurídicos de tutela de proteção internacional gozam dos direitos fundamentais, que são uma parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais.

[...] os Direitos Humanos da mulher devem formar parte integral das atividades de Direitos Humanos das Nações Unidas, incluindo a promoção e todos os instrumentos de Direitos Humanos que se relacionam com a mulher. Este pronunciamento, da Declaração de Direitos Humanos de Viena, 1993, representa o primeiro reconhecimento oficial por parte da comunidade internacional de que os direitos da mulher são Direitos Humanos.<sup>16</sup>

Com efeito, a tutela de proteção dos Direitos Humanos da Mulher perpassa as fronteiras de um determinado Estado – objeto de soberania no âmbito internacional – cujo reconhecimento pela Declaração de Viena de 1993, reforça o objeto de tutela do bem jurídico, cujo interesse de preservação deve ser uma constante preocupação de toda a humanidade.

### Abstract

This article is to approach the object of trafficking in persons and legal protection at the international level and the instruments of prevention and repression against the universalization of human rights, notably the protection of women.

**Keywords:** Human Trafficking. Human Rights. Protection of Women

15 MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz. **El inmigrante irregular**: especial referencia a *La mujer inmigrante objeto de exploración sexual*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 23. num. 68. Mayo-agosto 2003, p. 266-267.

16 **MANUAL DERECHOS HUMANOS Y TRATA DE PERSONAS**. *Alianza Global contra la trata de mujeres*. 2. edición. Impreso em Bogotá: Colômbia, 2003, p. 16.

**Referência do artigo**

CARDOZO, Teodomiro Noronha. O tráfico de pessoas e a universalização dos direitos humanos de proteção à mulher. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 40, p. 187-194, jul./dez. 2014.

**Standards  
for  
publication**

# **Normas para publicação**





## Normas editoriais para publicação de trabalhos

A Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – EJUD-TJPE recebe artigos escritos com foco nas diversas áreas do Direito para serem analisados e publicados na **Revista da ESMAPE**.

O artigo deverá atender as seguintes exigências:

### 1 Da apresentação

1.1 Ser inédito - nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalho que tenha sido apresentado oralmente em congressos, seminários e eventos correlatos será aceito, desde que seja mencionado o evento em nota de rodapé.

1.2 Deve ser apresentado em papel branco, formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitado em word for windows, fontes times new Roman ou arial, tamanho 12, espaçamento 1½ entre linhas, vir acompanhado de cd-rom (identificado) e uma cópia impressa. Não deve ser encadernado. Também pode ser enviado por email – *revistadaesmape@gmail.com*

1.3 Deve conter, no máximo, 15 (quinze) laudas. As partes do trabalho devem ser esquematizadas por numeração progressiva, conforme a ABNT/NBR-6024/2003, adotando-se algarismos arábicos. Os títulos das seções do trabalho devem ser alinhados na margem esquerda e não utilizar ponto ou hífen após o numeral, apenas um espaço.

1.4 O artigo deve apresentar, logo após o título e subtítulo (se houver), o nome completo do autor, resumo curricular de, no máximo, 5 (cinco) linhas contendo sua situação acadêmica, títulos, instituições que pertence e exercício profissional atual. Na última página deverá conter o endereço, telefones e *email* do autor.

## 2 Da estrutura do artigo

O artigo deverá obedecer à seguinte ordem:

I. Título e subtítulo (se houver)

II. Nome e titulação acadêmica

III. Resumo na língua vernáculo com até, no máximo, 250 palavras (NBR-6028/2003), seguido de 3 (três) palavras-chave, separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.

IV. Resumo na língua inglesa (*abstract*) com até, no máximo, 250 palavras (NBR-6028/2003), seguido de 3 (três) palavras-chave (*keywords*), separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.

V. Introdução

VI Desenvolvimento

VII. Conclusão

VIII Referências – em ordem alfabética e normatizadas de acordo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 6023/2002).

2.1 A *Revista da ESMape* adota para todas as subdivisões primárias e secundárias do trabalho o uso de negrito, utilizando-se as letras iniciais em maiúsculas, obedecendo às normas gramaticais.

2.2 Deve ser evitado o uso de negrito e sublinhado no corpo do trabalho. A *Revista da ESMape* adota o uso de negrito para destacar o título das obras citadas nas referências apresentadas no final do trabalho.

2.2 Todas as citações apresentadas no corpo do artigo devem indicar a fonte e serem descritas de acordo a norma da ABNT (NBR 10520/2002). O autor poderá apresentar as citações no formato do sistema numérico (notas de rodapé) ou autor-data. Qualquer sistema escolhido deve ser usado no decorrer de todo trabalho.



2.2.1 De acordo com a NBR 10520/2002, toda a citação textual que ultrapassar 3 (três) linhas deverá ser transcrita com recuo de parágrafo de, aproximadamente, 4 cm da margem esquerda, fonte 10, espaçamento simples, sem uso de aspas. Para destacar trechos da citação, usar negrito e a expressão - grifo nosso - entre parênteses. Deve-se evitar sublinhado e itálico, exceto para palavras estrangeiras.

2.2.2 O autor que adotar o sistema numérico (notas de rodapé), ao citar uma obra pela primeira vez no trabalho, deverá apresentá-la com todos os dados identificadores: autor, título, edição, tradução, local, editora, data e página onde a citação se encontra na obra original.

2.2.3 O autor que adotar o sistema autor-data poderá utilizar o numérico apenas para notas explicativas sobre o texto.

2.3 A lista de referências no final do trabalho é obrigatória.

2.3.1 Orientações básicas para elaboração de referências:

### **2.3.1.1 Livros (trabalho monográfico)**

a) Livro considerado como um todo

SOBRENOME DO AUTOR ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do livro, subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

*Exemplos:*

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, procedimentos especiais**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.III, 486 p.

STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva (Coord.). **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1 - parte geral, 2106 p.

b) Capítulo de livro



SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O CAPÍTULO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do capítulo. In: SOBRENOME DO AUTOR DO LIVRO, prenome. Título do livro; subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

*Exemplo:*

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Poder e justiça. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. Burueiri: Manole, 2005.

## Notas

- Edição: quando o livro se trata da primeira edição, não é necessário citá-la na referência.

Use: 12.ed. Não use: 12º edição ou 12º ed.

- Livros escritos por mais de três autores: cita-se o primeiro autor seguido da expressão, em latim, "et al.". Esta regra tem exceção em projetos de pesquisas e relatórios técnicos.

- Não use: "Referências Bibliográficas" para relação de livros consultados, incluindo trabalhos capturados na internet. Use: "Referências".

### 2.3.1.2 Periódicos (revistas)

a) Periódico considerado como um todo

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a): ano de início da publicação - ano de encerramento (se houver).

*Exemplos:*

REVISTA DA ESMAPE. Recife: Esmape, 1996- .

REVISTA BRASILEIRA DE GEOGRAFIA. Rio de Janeiro: IBGE, 1939- .



b) Parte do periódico (fascículos, volume, números especiais) - regra

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a), numeração do ano e/ou volume, número do fascículo, informações de períodos e datas de publicação.

*Exemplo:*

REVISTA DA ESMAPE. Recife: Esmape, v. 10, n. 22, jul./dez. 2005.

c) Artigo de periódico

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O ARTIGO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOVER), prenome. Título do artigo. Título do periódico, local de publicação, numeração do ano e/ou volume, fascículo ou número, paginação inicial - paginação final, mês, ano de publicação.

*Exemplos:*

BARRETO, Ricardo Paes. Do não conhecimento dos aclaratórios meramente protelatórios por falta de adequação. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 1, n. 1, p.289-306, jun. 1996.

CARBONE, Artur; GALANTE, Luís Felipe. Delineamentos jurídicos sobre os contratos de utilização de embarcações. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a.1, n.4, p.27-48, 2000.

Obs.: Não é necessário citar o(a) editor(a) para referência de artigo e não se adota a expressão "In".

d) Artigos capturados na internet - devem obedecer à regra de artigo, acrescidos de informações relativas à descrição física ou meio eletrônico.

RIBEIRO, P.S.G. Adoção à brasileira: uma análise sociojurídica. **Dataveni@**, São Paulo, a. 3, n. 18, ago. 1998. Disponível em: <<http://www.datavenia.inf.br/frame.artig.html>>. Acesso em: 10 set. 1998.

**Notas**

- Para indicação do “mês”, use a grafia abreviada até a terceira letra, exceto o mês de maio. Ex.: jan., fev., mar., abr., maio, jun.
- Use “p.” para designação de página. Não use “pág.”

2.4 Anexar ao trabalho uma folha que deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail.

**3 Das normas editoriais**

3.1 O autor não será remunerado pela cessão e publicação de trabalhos.

3.2 Não serão publicadas monografias, dissertações e teses na íntegra.

3.3 Será publicado apenas um artigo por autor em uma mesma edição.

3.4 Em seguida ao processo seletivo, o autor que tiver seu artigo selecionado para publicação deverá comparecer à sede da Escola Judicial para revisá-lo, já no formato diagramado, e autorizar sua impressão final.

3.5 O autor receberá gratuitamente dois exemplares da *Revista da ESMAPE*, edição que contou com sua colaboração.

3.6 Os artigos publicados podem ser reproduzidos, total ou parcialmente, em formato impresso e/ou eletrônico, desde que citados o(s) nome(s) do(s) autor(es) e fonte de publicação original.

3.7 A seleção dos trabalhos é de competência do Conselho Editorial.

3.8 Os originais selecionados poderão ser submetidos à correção ortográfica e gramatical. Serão apreciados também pela Coordenação Técnica e Editorial, podendo ser adequados, caso haja necessidade, às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, a fim de obedecer à padronização e a linha editorial da Revista da ESMAPE.

3.9 Os artigos recebidos não serão devolvidos.

3.10 A *Revista da ESMape* divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressarão, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

3.11 Toda a colaboração deverá ser remetida para:

Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – EJUD-TJPE  
Revista da ESMape – Conselho Editorial – Biblioteca  
Rua Imperador Pedro II, nº 221 – Santo Antônio – Recife – PE  
CEP 50.010-240  
[revistadaesmape@gmail.com.br](mailto:revistadaesmape@gmail.com.br)

Esta revista foi composta com a fonte Garamond, corpo 12/15 e Myriad Pro.  
O papel utilizado para o miolo foi o off-set 75 g/m<sup>2</sup> e para a capa supremo 250 g/m<sup>2</sup>.  
Impressa no parque gráfico da CCS Gráfica e Editora.  
Junho, 2015.