

TEMAS DE INTEGRAÇÃO

1º semestre de 2016 – nº 35



ALMEDINA

Temas de Integração

1.º Semestre de 2016 - N.º 35



TEMAS DE INTEGRAÇÃO
PUBLICAÇÃO SEMESTRAL

DIRETORES

MANUEL PORTO E FRANCISCO DO AMARAL

CONSELHO CIENTÍFICO

J. XAVIER DE BASTO, P. BORBA CASELLA, P. PITTA E CUNHA,
RENATO FLÔRES E R. MOURA RAMOS

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

J. SANTOS QUELHAS

DISTRIBUIÇÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78 e 80
3000-167 Coimbra
Tel.: 239 851 904
Fax: 239 851 901
www.almedina.net
editora@almedina.net

Janeiro, 2018

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva
responsabilidade do(s) seu(s) autor(es)

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo,
sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de
procedimento judicial contra o infractor

ÍNDICE

Liberdade de circulação <i>por Adriano Moreira</i>	1
Política Única de Asilo para a União Europeia – Proposta de Regulamento (UE) no..../2015 do Parlamento Europeu e do Conselho de/2015, que estabelece uma Política Única de Asilo na União Europeia – PARTE I <i>por José Noronha Rodrigues</i>	8
Os Europeus na Construção Europeia. Esboço de uma Cidadania Europeia <i>por Isabel Baltazar</i>	90
Sistema Europeu Comum de Asilo: Perspectivas contemporâneas advindas da “crise dos refugiados” na Europa <i>por Alexandre Barbosa de Lucena Leal, Marília Daniella Freitas Oliveira Leal</i>	120
Reintrodução das fronteiras internas no espaço Schengen – Opção ou solução de controlo face aos recentes problemas na União Europeia? <i>por Márcia Cota Bento</i>	140
A insustentável resposta da “Crimigração” face à irregularidade dos migrantes: uma perspetiva da União Europeia <i>por Maria João Guia, João Pedroso</i>	155
A promoção das PME na contratação pública: as novas directivas <i>por Pedro Matias Pereira</i>	177
A Política Europeia de Investimento Estrangeiro – o Regulamento Grandfathering e a articulação de competências entre a União Europeia e os Estados Membros para a celebração de Acordos Internacionais de Investimento <i>por Maria João Palma</i>	210

A Protecção Ambiental na Política Agrícola Comum <i>por Érica Tatiane Soares Ciorici</i>	239
Directiva Nitratos <i>por Patrícia Cota Anache</i>	260
As pessoas colectivas empresariais e a criminalidade ambiental transfronteiriça: Diálogo possível no panorama do Mercado Comum Europeu <i>por Jardel de Freitas Soares</i>	279
A protecção ao consumidor como um elemento propulsor da efectividade integracionista: União Europeia e o seu modelo protectivo consumerista <i>por António Pereira Gaio Júnior</i>	308
Reabilitação urbana e política de transportes <i>por Isabel Cristina Vasconcelos</i>	342

LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO

Adriano Moreira

Presidente do Instituto de Altos Estudos da Academia das Ciências de
Lisboa

Professor Emérito da Universidade Técnica de Lisboa

A questão da liberdade de circulação tem que ver com dois fenómenos da área da política, que são, respetivamente, a criação do *conceito de fronteira* e a evolução do *conceito de povo* legitimamente ocupante do território. Naturalmente, é uma longa história a da definição de *fronteira* de um povo, a qual abrange o direito proclamado de defesa, a legitimidade do recurso à guerra, e, com o passar dos tempos, a sacralização cívica das fronteiras civicamente regadas pelo sangue derramado. Estes conceitos, que hoje são usados pelas entidades políticas em geral, atravessando e servindo áreas culturais diferenciadas, estão agora consagrados na Carta da ONU, esta em discussão com os factos que alguém resumiu com a expressão – “guerra em toda a parte”. É fácil compreender que a liberdade de circulação, por vasto que seja o conceito, encontra a necessidade de se coordenar com estas referências fundamentais para a definição efetiva de qualquer Estado. Mas também, desde que estabilizados tais conceitos, o fenómeno dos *Estados em movimento*, expansionistas, com sentido imperial, implica um vasto debate sobre o reconhecimento, ou negação, de iguais direitos e respetos em relação aos habitantes dos territórios ambicionados pelos conquistadores. A formação dos Estados da Península

Ibérica, assim como a geografia política de globalização atual, enriqueceu a história de feitos nem sempre cobertos pelos progressos da ética e do direito. Chamemos a atenção para os Estados Ibéricos, justamente porque é rica a contribuição da chamada *Escola Ibérica da Paz*, um notável trabalho levado a cabo sob a orientação de Pedro Calafate e Ramón Emilio Mandado Gutierrez, editado pela *Editorial de la Universidad de Cantabria* (2014). Os nomes de Francisco de Vitória, Domingo de Sato, Diego Covarrubias y Leyve, Melchor Cano, Alonso de Veracruz, Juan de la Peña, Serafim de Freitas, que ensinaram em Universidades Espanholas, e Martin de Azpilcueta, Martin de Ledesma, Fernando Perez, Luís de Molina, Pedro Simão, António de S. Domingos, Juan de la Peña, Serafim de Freitas, Fernão Rebelo, Francisco Suarez, que ensinaram em Universidades Portuguesas, além dos Missionários como Bartolomeu de Las Casas, Manuel da Nóbrega, José de Acorte, Juan Zapata y Sandoval, e o nosso grande Padre António Vieira, estão presentes no *Património Imaterial da Humanidade*, a que a UNESCO dedica particular atenção. Entre os textos de tão ilustres e beneméritos autores escolherei, no que toca à época que os portugueses chamam *descobertas*, e os espanhóis *conquistas*, para principiar, esta advertência de Francisco de Vitória (*Relecto de jure belli*). “Os princípios cristãos, nem mesmo com a autoridade do Papa, podem impedir pela força que os índios cometam pecados contra a lei natural, nem castigá-los por isso e prova-se esta conclusão porque não têm maior poder os fiéis sobre os infiéis do que os infiéis sobre os cristãos. Se não, concluía-se que o rei dos francos poderia declarar guerra aos italianos porque estes cometem crimes contra a natureza”. Por outro lado, não esquecendo as severas palavras de Las Casas, afirmou-se que “aqueles povos e gentes são livres e a ninguém neste mundo deviam o quer que fosse, antes de serem descobertos...”. Mas também não esquecera a livre circulação, quando Melchior Cano advertiu que “a possibilidade de viajar por onde se quer é reconhecida a qualquer homem pelo direito das gentes, sempre que se exercita sem agravar o próximo, e seria inumano o contrário”. Todavia, mesmo os Estados europeus que iniciaram o processo que conduziu ao que hoje chamamos *globalismo*, tardaram em aceitar a livre circulação dentro

dos seus territórios, por vezes a habitantes que consideraram súbditos, mas não integrados na cultura dominante. O exemplo mais infeliz citado diz respeito aos judeus. Como escreveu recentemente Roberto Chacon de Albuquerque (A Revolução Holandesa, Perspetiva, S. Paulo, 2014), “em Lisboa e Évora havia importantes comunidades judaicas... Com o fim do último vestígio do Al-Andaluz, o Emirado de Granada, completada a Reconquista da Península Ibérica pelos cristãos, tudo mudou. Eliminados os mouros, chegara a vez dos judeus”; por seu lado, “diante do anúncio do casamento de Dom Manuel I com Isabel, os judeus em Portugal tiveram justos motivos de inquietação... Em 5 de Dezembro de 1496, ele adotou o Decreto de Expulsão dos Incrédulos Mouros e Judeus de Portugal, o Édito de Expulsão dos Hereges, em obediência ao previsto em seu contrato de casamento com Isabel de Aragão e Castela”. A dramática história dos que ficaram ainda no século passado mereceu contos demonstrativos a Domingos Monteiro e Miguel Torga. A expansão das *descobertas*, como usamos dizer, ou das conquistas como adotaram dizer os espanhóis, limitaram as referências críticas à época posterior à Conferência de Berlim, porque, embora esta não dispensasse a evangelização cuja liberdade doutrinar a recordada História Ibérica da Paz, agravou o *regime de submissão* das populações nativas, embora sempre sob a proclamação de grandes éticas pelos colonizadores, impondo a restrição da livre circulação, quer pela escravatura, quer pelo regime de indigenato, quer pelo trabalho forçado, quer pela discriminação racial. Mas do ponto de vista da política de adesão à autoridade colonizadora, o regime da proclamada assimilação foi geralmente usado, de modo que, apenas a servir de exemplo, os livros escolares da história da Argélia começavam por ensinar aos nativos – *nós os gauleses*. Entre nós, a política de assimilação foi uma característica fundamental da Época Colonial, mas os resultados, estatisticamente avaliados, não responderam a avanços consideráveis na área do princípio da unidade do Minho a Timor, embora a comunhão de afetos tenha sobrevivido à guerra, e tornado possíveis a instituição quer da CPLP quer do Instituto Internacional da Língua Portuguesa. Em todo o caso, extinto o Império Colonial Euromundista, o movimento da unidade europeia pareceu

despertar para a união de capacidades e de futuro partilhado, sendo que a livre circulação foi largamente festejada. O Tratado de Lisboa foi a forma mais próxima da ambição final, com um trajeto que nos parece cheio de equívocos. Em primeiro lugar, a *política furtiva* seguida pelos responsáveis da governança com a ausência da participação dos eleitorados e dos Parlamentos Nacionais; depois, o alargamento sem qualquer estudo prévio e conclusivo sobre a capacidade governativa disponível; finalmente, a falta de estudos sérios sobre as *fronteiras amigas*, no que toca à segurança e defesa, um tema que simultaneamente se relaciona com o alargamento e com os *projetos* nacionais a confrontar, como está a acontecer com a Rússia. Julgamos que foi um erro, apoiado nas mais liberais das intenções, o esquecimento de que a *livre circulação* inclui um apelo relacionado com a ambicionada cidadania europeia em busca de definição, tem um aspeto relacionado com o acesso de estrangeiros à União, e finalmente um corolário que diz respeito à fixação de emigrantes. No que toca ao primeiro aspeto, o dos cidadãos dos Estados membros, a crise económica e financeira mundial que estamos a viver implicou um desafio dos factos à igualdade da ambicionada efetiva cidadania, que foi a divisão entre uma Europa rica e uma Europa pobre. Como que se reconstituiu o *Limes do Império Romano* – Chipre, Grécia, Itália, Espanha, Portugal; com os habitantes deste sul a emigrar em direção ao norte, em busca de trabalho e de futuro, percorrendo em sentido inverso os caminhos pelos quais os bárbaros desceram para destruir a primeira Roma. Esta crise foi precedida, depois da queda do Muro de Berlim, de um novo riquismo e substituiu o meio século de conflito ideológico, praticando um chamado *liberalismo repressivo* quando a relação negativa entre recursos e objetivos desequilibram os Orçamentos, levando os povos à fadiga tributária. Mas, como corolário da crise, enfrentamos o erro de ter confundido *cosmopolitismo* com *pluriculturalismo*, quando o primeiro abriu as portas europeias aos sabedores de todas as origens que nos ajudaram a conhecer o pluralismo cultural mundial e o segundo deixou o *credo do mercado*, em substituição do *credo dos valores*, funcionar de atração dos povos pobres do antigo chamado *terceiro mundo*, sobretudo muçulmano, e abrangendo toda a baía

do Mediterrâneo. O resultado foi que a crise fez avultar os grupos de imigrantes, que não são comunidades, são multidões não assimiladas, vítimas frequentemente de exploração do trabalho mal retribuído, e agora do desemprego e da penúria, um todo agravado pelo abandono, ou assumido ou realmente praticado, do Estado social. Além das violências semelhantes e protestos anunciados pela cólera da frustração, a miragem do bem estar continua a atrair imigrantes ilegais, o Mediterrâneo a transformar-se num cemitério, e as sociedades locais, invocando a democratização, a porem em causa a própria paz. Daqui resulta, em primeiro lugar, que a atitude defensiva das sociedades civis agrava a falta de confiança nos governos, os partidos antieuropeus crescem e a *política de assimilação* é a primeira a ser atingida em relação às multidões acolhidas em busca de futuro. Trata-se de enfrentar provocações, agitação, contestação, pelo que, já em Novembro de 2009, o Ministro francês da Imigração, da Integração, da Identidade Nacional e do Desenvolvimento, Éric Besson, fez uma intervenção que animou as posições racistas dirigidas contra sobretudo o Islamismo, incrementando posteriormente uma ameaça militar, a qual partiu do Terrorismo inaugurado pela Al-Qaeda e se transformou no autoproclamado Estado Islâmico. Estas circunstâncias colocam em dúvida séria a manutenção das políticas assimilacionistas, levando o professor Abdellali Hajjat a escrever (*L'État du Monde*, 2011, pg. 165): “a requalificação política e social do conceito de assimilação tinha primeiro emergido pelos usos dos discursos coloniais francês e britânico, do século XVII ao século XIX”. Ignorou a política portuguesa de assimilação nas antigas colónias, sobretudo africanas, e o facto de durante e no fim da guerra ser estatisticamente insignificante o número dos que tinham optado pela propagandeada assimilação jurídica, com uma análise da avaliação quantitativamente impossível, da assimilação de usos e costumes.

Embora o fim dos mandatos coloniais deva ser considerado completado, a mudança da conjuntura mundial, sobretudo naquilo em que mais interessa aos ocidentais, e particularmente aos europeus, inscreveu, com previsão limitada, o problema da segurança e defesa nas inquietações dos governos, tornando evidentes e crescentes as preocupações com as relações com o

mundo islâmico. Não se tratou apenas dos efeitos da crise económica e financeira na situação de carências das *multidões* de trabalhadores que se haviam instalado nos territórios europeus quando as necessidades de mão de obra lhes ofereciam condições de vida, embora modestas, todavia superiores às que tinham nas terras de origem. O principal foi que, como mais de uma vez aconteceu mesmo no Ocidente, as *memórias* das passadas submissões coloniais, o ambicionado regresso à grandeza de séculos passados, entraram em conflito com os ocidentais deste século, fazendo recordar a afirmação, divulgada no caso ocidental, segundo a qual o chamado terceiro mundo considera esses ocidentais como os maiores agressores dos tempos modernos. O terrorismo adotado pela Al-Qaeda, com a introdução de valores religiosos no conceito estratégico, fez da *liquidação dos inocentes* o elemento mais eficaz para quebrar a confiança entre as sociedades civis e os governantes. Sucessivamente, o método, baseado no começo numa larga descentralização, não apenas alargou as áreas de intervenção, como evoluiu para a forma de *Estado Islâmico*, com o proclamado objetivo de restaurar as glórias imperiais do passado, mas afirmando de acrescentamento, à morte de inocentes, o uso da crueldade publicitada pelos meios de comunicação. O terrorismo alargou a insegurança ao Sahel, de modo que a própria ONU, em 2009, advertiu que se as operações da Al-Qaeda estavam em recuo, a situação tinha piorado em África, fazendo referência ao sul da Argélia, Nigéria, Mali, Mauritânia, o que levou os meios americanos a abrir uma “*global war on terror*”, crescendo, do Cabo ao Cairo, situações que obrigaram observadores a afirmar que “há guerra em toda a parte”. Pelo que particularmente interessa à Europa, o antigo clamor ideológico em terras da livre entrada e instalação das *multidões* que agora inquietam os governos, levou em 1989 os membros da União a decidir adotar uma política comum em matéria de imigração e asilo, evoluindo para um endurecimento defensivo que foi chamado FRONTEY, “*braço armado da Europa fortaleza*”, segundo o resumo do Conselho de Sevilha de 2002, feito por Claire Rodier (*L’État du Monde*, 2011), “sobre um fundo de amálgama contra a ameaça terrorista – o 11 de Setembro não estava longe – e *imigração clandestina*, a segurança das

fronteiras é assumida como prioridade. Passava pela montagem de um dispositivo operacional (operações conjuntas nas fronteiras e mutualização da logística) e pela utilização da política exterior da UE como fermento para incitar os países de imigração ou terrorismo a cooperar neste domínio”. Infelizmente, a situação anárquica da chamada democratização do espaço muçulmano, foi coroada pelo aparecimento do chamado Estado Islâmico que agravou de tal modo a circunstância europeia que, pela primeira vez, a responsável pela Política Externa e Segurança Comum da Europa fez apelo à formação de um *exército europeu*, proposta à qual, até agora, apenas a Alemanha mostrou o acolhimento. Não chega o facto de as reacções internas definirem, anunciadas por Partidos conservadores e patrióticos, nem as violências cruéis mesmo esporádicas, nem que o Mediterrâneo tenha sido transformado num cemitério, tudo acrescido pela política que omitiu estudar as *fronteiras amigas* das adesões com a consequência da agressiva política Russa de resposta, tudo numa data em que a crise financeira não mostra sobras orçamentais para organizar uma segurança e defesa europeias autónomas, embora cooperante com a NATO: a questão mais grave é o aparecimento do Estado Islâmico e o saber, por dolorosa experiência do século passado, que as guerras começaram eventualmente por factos acidentais. O risco, e a imprevisibilidade, coroaram o descuido do estudo da boa política a seguir na liberdade de circulação.

POLÍTICA ÚNICA DE ASILO PARA A UNIÃO EUROPEIA – PROPOSTA DE REGULAMENTO (UE) N°..../2015 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DE/2015, QUE ESTABELECE UMA POLÍTICA ÚNICA DE ASILO NA UNIÃO EUROPEIA PARTE I¹

José Noronha Rodrigues²

Sumário: I. Abstract. - II. Introdução. - III. Política Única de Asilo para União Europeia - Proposta de Regulamento (UE) nº..../2015 do Parlamento Europeu e do Conselho de2015, que estabelece uma Política Única de Asilo na União Europeia - PARTE I - IV. Capítulo I (Disposições Únicas). - V. Capítulo II (Beneficiários de Proteção Internacional). - VI. Capítulo III (Procedimentos). - VII. Conclusão. - VIII. Bibliografia

I-Abstract: What is the future of the Asylum Institute in the European Union? In our opinion it is of the utmost importance to urgently proceed to universalize and to uniform the rights and obligations of asylum seekers and sheltered, the qualified entities who evaluate the asylum requests, the essential and necessary criteria and requirements for the concession of asylum, and to trigger the necessary processes and procedures which will enable to successfully achieve the so yearned for international protection.

Keyword: Asylum, Standardization, European Regulation Proposal.

O Instituto de Asilo na União Europeia, que futuro? Consideramos que se impõe, urgentemente, universalizar e uniformizar os direitos e deveres dos requerentes de asilo e dos asilados; os órgãos competentes para apreciar os pedidos de asilo; os critérios e os requisitos essenciais e necessários para a concessão do estatuto de asilado, bem como o tipo de processo ou de procedimentos que é necessário desencadear para com êxito alcançar a almejada proteção internacional.

Palavra chave: Asilo, Uniformização, Proposta de Regulamento Europeu.

¿Cuál es el futuro del Instituto de Asilo en la Unión Europea? Creemos que se requiere con urgencia universalizar y estandarizar/uniformizar los derechos y deberes de los solicitantes de asilo y asilado; los órganos competentes para evaluar las solicitudes de asilo; los criterios y los requisitos esenciales y necesarios para el otorgamiento de la condición de asilado, así como el tipo de proceso o procedimientos que es necesario poner en marcha para alcanzar con éxito la deseada protección internacional.

Palabras clave: *Asilo, Uniformización, Propuesta del Reglamento Europeo.*

Introdução:

Ao longo da história da humanidade muito se tem escrito sobre a problemática do asilo. E, atualmente, cada vez mais, os cidadãos exigem a consagração plena, nos ordenamentos jurídicos estaduais, dos direitos de personalidade, do respeito pela dignidade da pessoa humana e da aclamação do Homem, enquanto Homem. As mudanças legislativas têm sido constantes, todavia, é hoje praticamente assente, em todos os ordenamentos jurídicos europeus, o princípio de que todo o Homem nasce livre e com capacidade de reger a sua pessoa e bens, de exprimir o seu pensamento, independentemente da raça, sexo, ascendência, território de origem, religião, convicções políticas e ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Nesta perspetiva, tornou-se apanágio das Sociedades Modernas que nenhum "Homem é ilegal". Contudo, as suas condutas é que poderão, eventualmente, estar em desconformidade com o ordenamento jurídico interno de um determinado Estado. Neste âmbito, são premissas, atuais e universalmente aceites pelos Estados soberanos, a "não ilegalidade do homem", bem como o princípio de que os direitos humanos são direitos inalienáveis e universais. No entanto, tem-se também como assente que estes direitos não são necessariamente absolutos, o que significa que os governos dos Estados podem impor restrições ao exercício deles, em detrimento de interesses superiores da comunidade.

É, precisamente, aqui que a União Europeia e os Estados-membros devem uniformizar as políticas, de forma a salvaguardar os interesses superiores da comunidade e a não confundir atos terroristas, com vítimas de terrorismo ou vítimas de atentados aos mais elementares direitos humanos.

Convém, a este propósito relembrar um episódio ocorrido em julho de 2014 e que foi notícia em praticamente todos os jornais internacionais e nacionais. Refiro-me à mulher sudanesa Merian Ibrahim, condenada à morte por enforcamento por ter renunciado ao Islão e se ter convertido ao

Cristianismo. Felizmente, esta sudanesa teve a sorte de ter solicitado refúgio numa embaixada dos Estados Unidos. Mas, o que aconteceria se tivesse solicitado refúgio num dos EM da UE? Infelizmente, a realidade confirma a enorme debilidade da atual política comum de asilo da UE, principalmente em virtude da discrepância de critérios utilizados entre os EM aquando da atribuição ou rejeição do pedido de proteção internacional (estatuto de refugiado ou de asilado, proteção temporária ou subsidiária), o que proporciona o aumento exponencial de pedidos de asilo múltiplos, refugiados em órbita e o *asylum shopping* no espaço europeu. Na verdade, não existe uma uniformidade de critérios na atribuição ou rejeição de proteção internacional entre os EM, em particular no que concerne à atribuição do estatuto de asilado. Aliás, os dados estatísticos apresentados pelo Eurostat confirmam que existe uma tendência dos EM, em concederem outras figuras afins de proteção internacional (subsidiária e temporária) em detrimento do estatuto de refugiado ou de asilado.

Por conseguinte, não podemos cair na tentação de adotar, simplesmente, políticas securitárias como reação aos hediondos atentados terroristas que têm ocorrido um pouco pelos Estados da Europa, sem prevenirmos *à priori* a credibilização do instituto de asilo na União Europeia. Até porque, o problema dos fluxos migratórios, das deslocações forçadas, dos refugiados, da imigração e dos requerentes de asilo atingiu, nos séculos XX/XXI, uma escala global. Porém, a União Europeia persiste em adotar políticas harmonizadas de asilo em detrimento de políticas uniformizadas de asilo, o que possibilita o fomento do "*asylum shopping*". Aliás, o Alto-Comissário das Nações Unidas para os Refugiados apelou já por diversas vezes para uma Europa de Asilo, alegando para o efeito que, "as grandes disfuncionalidades com as políticas de asilo completamente diferentes implicam que o mesmo cidadão que peça asilo possa ter uma possibilidade de êxito que varia entre os 8 e os 91 por cento"³. Ou seja, é necessário eliminar estas "disfuncionalidades" no âmbito de asilo existentes entre os diversos Estados-membros que coartam a liberdade, a igualdade e a equidade nas decisões dos pedidos de asilo.

Qual é, então, a solução para a crise do instituto de asilo na União Europeia? Consideramos fundamental que os decisores políticos europeus saibam distinguir dois conceitos jurídicos essenciais: a harmonização (comum + idêntico = direitos mínimos) e a uniformização (único + igual = direitos únicos). Na verdade, presentemente, privilegia-se ainda a adoção de direitos mínimos comuns e/ou idênticos entre os diversos Estados-membros dando, contudo, a possibilidade de estes adotarem normas mais favoráveis às fixadas pela própria União Europeia. Na prática, a norma comunitária referente ao asilo passou a ser supletiva, relativamente ao Direito interno dos Estados-membros, abrindo caminho a critérios subjetivos que fomentam o *asylum shopping*, os refugiados em órbita e os pedidos de asilo múltiplos e, principalmente, a injustiças nas decisões referentes aos pedidos de asilo ou de proteção internacional.

Por conseguinte, em nossa opinião, para a credibilização do instituto de asilo na União Europeia é necessário que os Estados-membros renunciem a parcela da sua soberania e a transfiram de forma exclusiva o exercício destas competências de asilo para a União Europeia, de modo a possibilitar a implementação de uma política única de asilo. Neste âmbito, é fundamental que estas incumbências sejam atribuídas ao Gabinete de Apoio em matéria de Asilo (G.E.A.A.), como o órgão único e máximo responsável pela apreciação, decisão e gestão das questões de asilo. Atualmente, este G.E.A.A., apesar de ser especializado nestas temáticas de asilo, não tem competências decisórias. Assim sendo, para uma credibilização do instituto de asilo na União Europeia, e para a implementação de uma política única de asilo, apresentamos uma proposta de Regulamento Europeu, de modo, a uniformizar as políticas de asilo.

III - Política Única de Asilo para União Europeia - Proposta de Regulamento (UE) nº.../2015 do Parlamento Europeu e do Conselho de ...2015, que estabelece uma Política Única de Asilo na União Europeia

O Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia,

Tendo em conta o nº 2 do artigo 3º do Tratado da União Europeia, o artigo 18º e 19º da Carta dos Direitos Fundamentais e a alínea j) do artigo 4º, nº 2 do artigo 67º e, nº1 e alíneas a) a g) do nº 2 do artigo 78º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Tendo em conta o Regulamento (CE) nº 2007/2004 do Conselho de 26 de Outubro de 2004, que cria a Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-membros da União Europeia.⁴

Tendo em conta o Regulamento (CE) nº 1905/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de Dezembro de 2006, que institui um instrumento de financiamento da cooperação para o desenvolvimento para o período de 2007 a 2013.⁵

Tendo em conta o Regulamento (CE) nº 168/2007 do Conselho de 15 de Fevereiro de 2007, que cria a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia.⁶

Tendo em conta a Decisão nº 572/2007/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Maio de 2007, que estabelece o Fundo Europeu para os Refugiados para o período de 2008 a 2013, no âmbito do programa geral “Solidariedade e Gestão dos Fluxos Migratórios”.⁷

Tendo em conta a Decisão nº 574/2007/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Maio de 2007, que estabelece o Fundo para as Fronteiras Externas para o período de 2007 a 2013, no âmbito do programa “Solidariedade e Gestão dos Fluxos Migratórios”.⁸

Tendo em conta a Decisão nº 575/2007/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Maio de 2007, que estabelece o Fundo Europeu de

Regresso para o período de 2008 a 2013, no âmbito do programa geral “Solidariedade e Gestão dos Fluxos Migratórios”.⁹

Tendo em conta o Livro Verde sobre o futuro Sistema Europeu Comum de Asilo.¹⁰

Tendo em conta a Decisão do Conselho de 14 de Maio de 2008, que cria a Rede Europeia das Migrações.¹¹

Tendo em conta o Plano de Ação em matéria de Asilo – uma abordagem integrada da proteção na UE.¹²

Tendo em conta o Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo.¹³

Tendo em conta o Programa de Estocolmo – Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos.¹⁴

Tendo em conta o Regulamento (UE) nº 439/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 2010, que cria um Gabinete Europeu de Apoio em matéria de asilo, dotado de personalidade jurídica.¹⁵

Considerando o seguinte:

(1) O 1º, 2º, 7º, 13º e nº 1 e 2 do artigo 14º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

(2) A Convenção de Genebra, de 28 de Julho de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, com a redação que lhe foi dada pelo Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967 e, de outros tratados conexos.

(3) Os diversos instrumentos jurídicos no âmbito de asilo adotados no seio do Conselho da Europa¹⁶.

(4) Desde que o Tratado de Amesterdão¹⁷ entrou em vigor, em 1999, a UE tem estado a trabalhar na criação de um Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA), cujo objetivo principal é obter uma convergência progressiva e harmonizada a nível da UE em matéria de asilo.

(5) Os diversos instrumentos jurídicos no âmbito de asilo adotados no seio da UE.

(6) A União Europeia assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades

fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-membros.

(7) A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reflete os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

(8) Ao aplicarem o direito comunitário, a Comunidade e os seus Estados-membros deverão respeitar os direitos fundamentais.

(9) Uma política comum de asilo, que inclua um sistema comum europeu de asilo, faz parte integrante do objetivo da União Europeia de estabelecer progressivamente um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, aberto às pessoas que, obrigadas pelas circunstâncias, procuram legitimamente proteção na Comunidade.

(10) Durante a primeira fase do SECA (1999-2005) foi fixado o objetivo de harmonizar os quadros jurídicos dos Estados-Membros com base em normas mínimas comuns.

(11) De acordo com o Programa de Haia, a política da União relativa ao Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA) visa para a segunda fase criar um espaço de asilo comum através de um procedimento harmonizado, eficaz e coerente com os valores e com a tradição humanitária da União Europeia.

(12) A cooperação prática no domínio do asilo destina-se a aumentar a convergência e a assegurar a qualidade constante dos processos decisórios dos Estados-membros nesta matéria, no âmbito do quadro legislativo europeu. Nos últimos anos, foram tomadas numerosas medidas de cooperação prática, nomeadamente a adoção de uma abordagem comum no

que se refere às informações sobre os países de origem e ao estabelecimento de um currículo europeu comum em matéria de asilo.

(13) Há, contudo, Estados-membros cujos sistemas nacionais de asilo e acolhimento estão sujeitos a pressões específicas desproporcionadas, especialmente devidas à sua situação geográfica ou demográfica.

(14) Registaram-se, porém, imensos progressos nos últimos anos, no sentido do estabelecimento do SECA, graças à introdução de normas mínimas comuns.

(15) Subsistem, no entanto, grandes disparidades entre os Estados-Membros no que diz respeito à concessão de proteção internacional e às formas que esta última reveste. Estas disparidades legislativas e de procedimento devem ser eliminadas, até para limitar os movimentos secundários, os pedidos de asilo múltiplos, o “*asylum shopping*” e/ou os refugiados em órbita dos requerentes de asilo influenciados pela diversidade de legislação e de critérios aplicáveis nos diversos Estados-membros da UE.

(16) É desejável, portanto, uniformizar a política de asilo seio da União Europeia e, simultaneamente, incutir aos Estados-membros o carácter social, humanitário, ato de condenação, apesar de, não hostil, do direito de asilo, bem como a consciência da transversalidade no tempo e no espaço dos problemas dos refugiados e dos asilados.

(17) A uniformização em matéria de asilo visa eliminar a discricionariedade e a arbitrariedade, de critérios assentes na soberania territorial dos Estados-membros e, concomitantemente, a aumentar a igualdade de tratamento no âmbito de asilo, assegurando a equidade e justiça no quadro europeu dos processos decisórios em matéria de asilo.

(18) Dado que os objetivos do presente regulamento visam uniformizar as políticas de asilo no seio da União Europeia e, estes não podem ser realizadas devidamente pelos Estados-membros e podem, pois, em razão da dimensão e dos efeitos da ação, ser mais bem realizados ao nível da União, a União pode tomar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5º do TUE. Em conformidade com o

princípio da proporcionalidade consagrado no mesmo artigo, o presente regulamento não excede o necessário para alcançar aquele objetivo.

(19) A criação do Gabinete de Apoio em matéria de asilo (GEAA), com as suas incumbências e regime jurídico, é uma janela de oportunidade para se implementar, finalmente, uma política única de asilo na União Europeia¹⁸.

(20) É aconselhável, contudo, readaptar o sistema «Eurodac»¹⁹ de comparações de impressões digitais para uma efetiva e eficaz aplicação e articulação com o Gabinete de Apoio.

(21) O Gabinete de Apoio deverá dispor, todavia, de competências, exclusivas no que se refere à tomada de decisões sobre os pedidos individuais de proteção internacional requeridas nos Estados-membros da UE.

(22) A fim de beneficiar dos conhecimentos especializados e do apoio do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e, se for caso disso, de organizações internacionais pertinentes, o Gabinete de Apoio deverá cooperar igualmente de forma estreita com os mesmos. Para tal, deverá ser plenamente reconhecido o papel do ACNUR e das outras organizações internacionais pertinentes, e esses organismos deverão ser plenamente associados aos trabalhos do Gabinete de Apoio.

(23) O presente regulamento respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos, nomeadamente na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e deverá ser aplicado em conformidade com o direito de asilo reconhecido no artigo 18º da Carta.

Adotou o presente Regulamento:

CAPÍTULO I

Disposições únicas

Artigo 1º

Objeto

O presente Regulamento estabelece as condições e os procedimentos de concessão de asilo ou proteção subsidiária e os estatutos de requerentes de asilo, de refugiado e de proteção subsidiária.

Artigo 2º

Não discriminação

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

2. No âmbito de aplicação do presente regulamento, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.

Artigo 3º

Definições

1. Para efeitos do disposto no presente Regulamento entende-se por:

a) Convenção de Genebra – a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, celebrada em Genebra em 28 de Julho de 1951, alterada pelo Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967;

b) Perseguição – na aceção do 1ºA da Convenção de Genebra são factos constatados ou receados, suficientemente graves que, pela sua natureza ou repetição, violem gravemente os direitos humanos, tais como a vida, a liberdade ou a integridade física, ou ainda, tendo em conta todos os elementos do processo, impeçam de forma manifesta que a pessoa atingida continue a viver no seu país de origem.

c) Motivos da perseguição – os que fundamentam o receio fundado de o requerente ser perseguido, que devem ser apreciados tendo em conta as noções de:

i) «Raça», que inclui, nomeadamente, considerações associadas à cor, à ascendência ou à pertença a determinado grupo étnico;

ii) «Religião», que abrange, designadamente, o facto de se ter convicções teístas, não teístas e ateias, a participação ou a abstenção de participação em cerimónias de culto privadas ou públicas, quer a título individual, quer em conjunto com outras pessoas, noutros atos religiosos ou expressões de convicções, ou formas de comportamento pessoal ou comunitário fundadas em credos religiosos ou por estes impostas;

iii) «Nacionalidade», que não se limita à cidadania ou à sua ausência, mas abrange também, designadamente, a pertença a um grupo determinado pela sua identidade cultural, étnica ou linguística, pelas suas origens geográficas ou políticas comuns ou pela sua relação com a população de outro Estado;

iv) «Grupo», um grupo social específico nos casos concretos em que: os membros desse grupo partilham de uma característica inata ou de uma história comum que não pode ser alterada, ou partilham de uma característica ou crença considerada tão fundamental para a identidade ou consciência dos membros do grupo que não se pode exigir que a ela renunciem; e,

Esse grupo tenha uma identidade distinta no país em questão, porque é encarado como diferente pela sociedade que o rodeia;

Para efeitos desta alínea, incluem-se neste grupo social específico todos aqueles que são vítimas de perseguição baseada na identidade de género, numa característica comum de orientação sexual (homossexual, bissexual, transexual) ou forçados à esterilização, à escravidão, ao estupro, à mutilação genital feminina (MFG), ao casamento, à gravidez, ao aborto, aos códigos de vestuário religioso, ao recrutamento forçado para as forças armadas, ao trabalho forçado

de crianças e todas as outras formas e/ou motivação de perseguição a estipular pelo GEAA.

v) «Opinião política», que inclui, designadamente, o facto de se possuir uma opinião, ideia ou ideal em matéria relacionada com os potenciais agentes da perseguição, às suas políticas ou métodos, quer essa opinião, ideia ou ideal sejam ou não manifestados por atos do requerente;

d) Formas de perseguição – as formas de perseguição podem cumular-se, e a sobreposição de acontecimentos que, por si só, não constituem perseguição poderá, consoante as circunstâncias, resultar numa perseguição efetiva ou ser considerada uma justificação séria para o receio de perseguições.

e) País de origem – o país ou países de nacionalidade ou, para os apátridas, o país em que tinham a sua residência habitual;

f) País de origem seguro – o país de que o requerente é nacional ou, sendo apátrida, residente habitual, em relação ao qual o requerente não tenha invocado nenhum motivo grave para considerar que o mesmo não é seguro, tendo em conta as circunstâncias pessoais do requerente no que respeita ao preenchimento das condições para ser considerado refugiado e avaliado com base num conjunto de fontes de informação, incluindo, em especial, informações de outros Estados membros, do Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), do Conselho da Europa, da lista dos países considerados seguros efetuada pela GEAA e de outras organizações internacionais pertinentes;

g) País seguro – o país em relação ao qual se possa estabelecer com segurança que não dá origem, em princípio, de forma objetiva e verificável, a quaisquer refugiados, ou em que se possa determinar com segurança e de forma juridicamente objetiva e verificável que as circunstâncias que anteriormente podiam justificar o recurso à Convenção de Genebra de 1951 deixaram de existir, atendendo nomeadamente aos seguintes elementos: respeito pelos direitos humanos, existência e funcionamento normal das instituições democráticas, estabilidade política.

h) País terceiro seguro – o país onde o requerente de asilo tenha permanecido ou transitado antes de chegar ao território espacial da União e onde, comprovadamente, não seja objeto de ameaças à sua vida e liberdade, onde sejam respeitados o princípio de não repulsão e o direito de não ser objeto de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, e onde possa requerer o estatuto de refugiado e, sendo-lhe concedido, receber proteção, nos termos da Convenção de Genebra, observadas as seguintes regras:

i) Uma ligação entre o requerente de asilo e o país terceiro em causa que permita, em princípio, que essa pessoa se dirija para esse país;

ii) Certificação de que o conceito de país terceiro seguro pode ser aplicado a determinado país ou a determinado requerente, incluindo a análise casuística da segurança do país para determinado requerente e a designação nacional de países considerados geralmente seguros;

iii) Avaliação individual, nos termos do direito internacional, da segurança do país terceiro em questão para determinado requerente e que, no mínimo, autorize o requerente a contestar a aplicação do conceito de país terceiro seguro, com o fundamento de que seria submetido a tortura, tratamento ou pena cruel, desumana ou degradante;

i) Estado terceiro – qualquer Estado que não tenha aderido à União Europeia;

j) Estrangeiro – qualquer pessoa que não seja nacional de um Estado-membro da União Europeia;

l) Voo interno – qualquer voo exclusivamente proveniente ou destinado ao território espacial da União Europeia, sem aterragem no território de um Estado terceiro;

m) Transportador – qualquer pessoa singular ou coletiva que assegura, a título profissional, o transporte de pessoas por via aérea, marítima ou terrestre;

- n) Fronteiras externas – as fronteiras terrestres e marítimas, bem como os aeroportos e portos marítimos da União Europeia, desde que não sejam fronteiras internas;
- o) Fronteiras internas – as fronteiras comuns terrestres da União Europeia, bem como os seus aeroportos, no que diz respeito aos voos internos, e os seus portos marítimos, no que diz respeito às ligações regulares de navios que efetuam operações de transbordo, exclusivamente provenientes ou destinados a outros portos no território da União Europeia, sem escala em portos fora deste território;
- p) Ponto de passagem fronteiriço – qualquer ponto de passagem autorizado pelas autoridades competentes para a passagem das fronteiras externas;
- q) Controlo fronteiriço – o controlo nas fronteiras que, independentemente de qualquer outro motivo, se baseia na única intenção de passar a fronteira;
- r) Afluxo maciço – chegada à União de um número importante de pessoas deslocadas, provenientes de um país ou zona geográfica determinados, quer tenham chegado à União por sua espontânea vontade quer tenham sido, por exemplo, assistidas por um programa de evacuação;
- s) Pessoas deslocadas – cidadãos de países terceiros ou apátridas que tiveram de deixar o seu país ou região de origem, ou tenham sido evacuados, nomeadamente em resposta a um apelo de organizações internacionais, e cujo regresso seguro e duradouro seja impossível devido à situação nesse país, e que possam eventualmente estar abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 1º A da Convenção de Genebra ou outros instrumentos internacionais ou nacionais de proteção internacional e, em especial:
- i) pessoas que tenham fugido de zonas de conflito armado e de violência endémica;
 - ii) pessoas que tenham estado sujeitas a um risco grave ou tenham sido vítimas de violações sistemáticas ou generalizadas dos direitos

humanos;

- t) Pedido ou pedido de asilo – pedido apresentado por escrito, oral ou por qualquer outro modo e escrito ou transcrito para formulário único a estipular pelo GEAA, por estrangeiro ou apátrida que possa ser considerado um pedido de proteção internacional dirigido à qualquer autoridade policial, Serviços de Estrangeiros e Fronteira e/ou qualquer outro organismo equivalente da União Europeia, ao abrigo da Convenção de Genebra, tal como alterada pelo Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967;
- u) Requerente ou requerente de asilo – um estrangeiro ou um apátrida que apresentou um pedido de asilo ou de proteção subsidiária que ainda não foi objeto de decisão definitiva;
- v) Tratamento de pedido de asilo – conjunto dos processos de análise, de investigação e de medidas tomadas em aplicação de decisões definitivas relativas a um pedido de asilo efetuadas pelo GEAA, com ou sem colaboração de outros organismos internacionais;
- x) Centro de acolhimento ou de alojamento – qualquer local utilizado para o alojamento coletivo dos requerentes de asilo;
- z) Condições de acolhimento – o conjunto de medidas adotadas a favor dos requerentes de asilo em conformidade com o presente Regulamento;
- aa) Condições materiais de acolhimento – as condições de acolhimento que compreendem o alojamento, a alimentação, o vestuário e as despesas de transporte, fornecidos em espécie ou sob a forma de subsídios ou de cupões ou de subsídios para despesas diárias;
- bb) Retenção – qualquer medida de isolamento de um requerente de asilo por um Estado-membro numa zona especial, no interior da qual o requerente é privado da liberdade de circulação;
- cc) País terceiro de acolhimento – o país no qual, comprovadamente, o requerente de asilo não seja objeto de ameaças à sua vida e liberdade, na aceção do artigo 33º da Convenção de Genebra, nem sujeito a torturas ou a tratamento desumano ou degradante, tenha obtido proteção ou usufruído da oportunidade, na fronteira ou no território daquele, de

contactar com autoridades desse país para pedir proteção ou nele tenha sido comprovadamente admitido e em que beneficie de uma proteção real contra a repulsão, na aceção da Convenção de Genebra;

dd) Pedido de proteção internacional – presume-se que todos os pedidos de proteção internacional são pedido de asilo, salvo se o nacional de um país terceiro ou apátrida solicitar expressamente outra forma de proteção susceptível de ser objeto de um pedido separado. Estes podem ser o estatuto de proteção subsidiária e o estatuto de refugiado e/ou proteção temporária definidos nas alíneas gg), hh) e ii);

ee) Refugiado – o estrangeiro que, receando com razão ser perseguido (por Estado ou por outra entidade não estatal com o beneplácito, colaboração, participação e/ou inoperância do Estado) em consequência de atividade exercida no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana ou em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, convicções políticas ou pertença a determinado grupo social, se encontre fora do país de que é nacional e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção desse país, ou o apátrida que, estando fora do país em que tinha a sua residência habitual, pelas mesmas razões que as acima mencionadas, não possa ou, em virtude do referido receio, a ele não queira voltar, e aos quais não se aplique o disposto no artigo 10.º;

O termo refugiado aplica-se, também, a todas aquelas pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, sejam obrigadas a deixarem o lugar da residência habitual para procurarem refúgio noutro lugar fora do seu de origem ou de nacionalidade;

No caso de uma pessoa que tenha mais de uma nacionalidade, a expressão «do país de que tem a nacionalidade» refere-se a cada um dos países de que essa pessoa tem a nacionalidade. Não será considerada privada da proteção do país de que tem a nacionalidade qualquer pessoa

que, sem razão válida, fundada num receio justificado, não tenha pedido a proteção de um dos países de que tem a nacionalidade;

ff) Pessoa elegível para proteção subsidiária – o nacional de um país terceiro ou apátrida que não possa ser considerado refugiado, mas em relação ao qual se verificou existirem motivos significativos para acreditar que, caso volte para o seu país de origem ou, no caso de um apátrida, para o país em que tinha a sua residência habitual, correria um risco real de sofrer ofensa grave e que não possa ou, em virtude dos referidos riscos, não queira pedir a proteção desse país;

gg) Estatuto de proteção subsidiária – o reconhecimento, por parte do GEAA, de um estrangeiro ou de um apátrida como pessoa elegível para proteção subsidiária e, conseqüentemente, para concessão de autorização de residência por razões humanitárias;

hh) Estatuto de refugiado – o reconhecimento, por parte do GEAA, de um estrangeiro ou de um apátrida como refugiado que nessa qualidade seja autorizado a permanecer em território nacional;

ii) Proteção temporária – um procedimento de carácter excecional que assegure, no caso ou perante a iminência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas de países terceiros, impossibilitados de regressar ao seu país de origem, uma proteção temporária imediata a estas pessoas, sobretudo se o sistema de asilo também não puder responder a este afluxo sem provocar efeitos contrários ao seu correto funcionamento, no interesse das pessoas em causa e no de outras pessoas que solicitem proteção;

jj) Autorização de residência e de permanência – autorização emitida pelo GEAA que permite a um estrangeiro ou a um apátrida residir/permanecer no território espacial da União Europeia;

ll) Membros de família – desde que a família já esteja constituída no país de origem, os seguintes familiares do requerente de asilo que se encontram no mesmo Estado-membro devido ao seu pedido de asilo:

i) o cônjuge do requerente de asilo ou o seu/sua companheiro (a) não casado vivendo numa relação estável, sempre que a legislação

ou a prática desse Estado-membro tratar, na sua lei sobre estrangeiros, as uniões de facto de modo comparável aos casais que tenham contraído matrimónio;

ii) os filhos menores do casal referido na subalínea ou do requerente de asilo, desde que sejam solteiros e dependentes, independentemente de terem nascido do casamento, fora do casamento, ou os adotados, nos termos do direito nacional;

iii) o pai, a mãe ou o tutor, se o requerente de asilo for menor ou solteiro;

mm) Menores não acompanhados – quaisquer pessoas nacionais de países terceiros ou apátridas com idade inferior a 18 anos que entrem no território espacial da União não acompanhadas por um adulto que, por força da lei ou do costume, se responsabilize por elas, enquanto não são efetivamente tomadas a cargo por essa pessoa, ou que tenham sido abandonados após a entrada no território espacial da União;

nn) Representante – a pessoa que age em nome de uma organização que representa um menor não acompanhado, na qualidade de tutor legal, a pessoa que age em nome de uma organização nacional que, nos termos da lei, seja responsável pela assistência e bem-estar dos menores, ou qualquer outro representante adequado designado, de acordo com a lei, para defender os interesses do menor não acompanhado;

oo) Pessoas particularmente vulneráveis – pessoas com necessidades especiais, designadamente os menores, os menores não acompanhados, os deficientes, os idosos, as grávidas, os membros de famílias monoparentais com filhos menores e as pessoas que tenham sido sujeitas a atos de tortura, violação ou outras formas graves de violência psicológica, física ou sexual;

pp) Requerente do reagrupamento – o nacional de um país terceiro com residência legal num Estado-membro e que requer, ou cujos familiares requerem, o reagrupamento familiar para se reunificarem;

qq) Reagrupamento familiar – a entrada e residência num Estado-membro dos familiares de um nacional de um país terceiro que resida

legalmente nesse Estado, a fim de manter a unidade familiar, independentemente de os laços familiares serem anteriores ou posteriores à entrada do residente;

rr) Primeiro país de asilo – o país no qual o requerente tenha sido reconhecido como refugiado e possa ainda beneficiar dessa proteção ou usufruir nesse país de proteção efetiva, nos termos da Convenção de Genebra, e onde, comprovadamente, não seja objeto de ameaças à sua vida e liberdade, onde sejam respeitados o princípio de não repulsão e o direito de não ser objeto de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, desde que seja readmitido nesse país;

ss) Permanência na União Europeia – a permanência na União Europeia, incluindo as fronteiras e zonas de trânsito do território espacial União Europeia;

tt) Retirada do pedido de asilo – ações através das quais, explícita ou tacitamente, o requerente de asilo põe termo ao procedimento desencadeado a solicitação de pedido de asilo;

uu) Perda de proteção internacional – o efeito decorrente da cessação, revogação, supressão ou recusa de renovação do direito de asilo ou de proteção subsidiária;

vv) Procedimentos e impugnação judicial – os procedimentos e a forma de reação contenciosa estabelecidos no presente regulamento;

xx) Proibição de repelir – (‘princípio de não repulsão, expulsão, devolução ou *nonrefoulement*’) o princípio de direito de asilo internacional, consagrado no artigo 33.º da Convenção de Genebra, nos termos do qual os requerentes de asilo devem ser protegidos contra a expulsão ou repulsão, direta ou indireta, para um local onde a sua vida ou liberdade estejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas, não se aplicando esta proteção a quem constitua uma ameaça para a segurança nacional ou tenha sido objeto de uma condenação definitiva por um crime ou delito particularmente grave.

CAPÍTULO II

Beneficiários de proteção internacional

Artigo 4º

Concessão do direito de asilo

1. É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência de atividade exercida no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana.

2. Têm ainda direito à concessão de asilo os estrangeiros e os apátridas que, receando com fundamento ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, não possam ou, em virtude desse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual e/ou todas aquelas pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, sejam obrigadas a deixarem o lugar da residência habitual para procurarem refúgio noutro lugar fora do seu de origem ou de nacionalidade.

3. O asilo só pode ser concedido ao estrangeiro que tiver mais de uma nacionalidade quando os motivos de perseguição referidos nos números anteriores se verifiquem relativamente a todos os Estados de que seja nacional.

4. Para efeitos do nº 2, é irrelevante que o requerente possua efetivamente a característica associada à raça, região, nacionalidade, grupo social ou político que induz a perseguição, desde que tal característica lhe seja atribuída pelo agente da perseguição.

Artigo 5º

Efeitos da concessão do direito de asilo

A concessão do direito de asilo nos termos do artigo anterior confere ao beneficiado o estatuto de refugiado e de asilado, nos termos do presente regulamento, sem prejuízo do disposto em tratados ou convenções internacionais de que a União Europeia seja parte ou a que adira.

Artigo 6º

Atos de perseguição

1. Para efeitos do artigo 4º, os atos de perseguição susceptíveis de fundamentar o direito de asilo devem constituir, pela sua natureza ou reiteração, grave violação de direitos fundamentais, ou traduzir-se num conjunto de medidas que, pelo seu cúmulo, natureza ou repetição, afetem o estrangeiro ou apátrida de forma semelhante à que resulta de uma grave violação de direitos fundamentais.

2. Os atos de perseguição referidos no número anterior podem, nomeadamente, assumir as seguintes formas:

- a) Atos de violência física ou mental, inclusive de natureza sexual;
- b) Medidas legais, administrativas, policiais ou judiciais, quando forem discriminatórias ou aplicadas de forma discriminatória;
- c) Ações judiciais ou sanções desproporcionadas ou discriminatórias;
- d) Recusa de acesso a recurso judicial que se traduza em sanção desproporcionada ou discriminatória;
- e) Ações judiciais ou sanções por recusa de cumprir o serviço militar numa situação de conflito na qual o cumprimento do serviços militar implicasse a prática de crime ou ato susceptível de provocar a exclusão do estatuto de refugiado, nos termos da alínea c) do nº 1 do artigo 10º;
- f) Atos cometidos especificamente em razão do género ou contra menores;
- g) Todos os outros atos de perseguição considerados pelo GEAA.

3. As informações necessárias para a tomada de decisões sobre o estatuto de refugiado não podem ser obtidas de tal forma que os agentes de perseguição fiquem informados sobre o facto de o estatuto de asilado estar a ser considerado ou colocar em perigo a integridade física do asilado ou da sua família residente no território espacial da União ou no Estado de origem.

4. Incumbirá, essencialmente, ao GEAA, com base nos dados, documentos e argumentos apresentados pelo requerente de asilo aquando da solicitação do pedido de asilo, e em colaboração de outros organismos internacionais, o tratamento do pedido de asilo.

5. Impende, sobre o GEAA em colaboração com qualquer outro organismos internacional, o ónus de fundamentar que o requerente de asilo não é merecedor de proteção internacional.

Artigo 7º

Agentes de perseguição

1. São agentes de perseguição:

- a) O Estado;
- b) Os partidos ou organizações que controlem o Estado ou uma parcela significativa do respectivo território;
- c) Os agentes não estatais, se ficar provado que os agentes mencionados nas alíneas a) e b) são incapazes ou não querem proporcionar proteção contra a perseguição, nos termos do número seguinte.

2. Para efeitos da alínea c) do número anterior, considera-se que existe proteção sempre que os agentes mencionados nas alíneas a) e b) do número anterior adotem medidas adequadas para impedir a prática de atos de perseguição, por via, nomeadamente, da introdução de um sistema jurídico eficaz para detetar, proceder judicialmente e punir esses atos, desde que o requerente tenha acesso a proteção efetiva.

Artigo 8º

Proteção subsidiária

1. É concedida autorização de residência por razões humanitárias aos estrangeiros e aos apátridas a quem não sejam aplicáveis as disposições do artigo 4º e que sejam impedidos ou se sintam impossibilitados de regressar ao país da sua nacionalidade ou da sua residência habitual, quer atendendo à sistemática violação dos direitos humanos que aí se verifique, quer por correrem o risco de sofrer ofensa grave.

2. Para efeitos do número anterior, considera-se ofensa grave, nomeadamente:

- a) A pena de morte ou execução;
- b) A tortura ou pena ou tratamento desumano ou degradante do requerente no seu país de origem;
- c) A ameaça grave contra a vida ou a integridade física do requerente, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno ou de violação generalizada e indiscriminada de direitos humanos;
- d) Todas as outras ofensas consideradas pelo GEAA.

3. É correspondentemente aplicável o disposto no artigo anterior.

Artigo 9º

Proteção *sur place*

1. O receio fundado de ser perseguido, nos termos do artigo 4º, ou o risco de sofrer ofensa grave, nos termos do artigo anterior, podem ter por base acontecimentos ocorridos ou atividades exercidas após a saída do Estado da nacionalidade ou da residência habitual, especialmente se for demonstrado que as atividades que baseiam o pedido de asilo constituem a expressão e a continuação de convicções ou orientações já manifestadas naquele Estado.

2. O disposto no número anterior não é aplicável quando o receio ou o risco tiverem origem em circunstâncias criadas pelo estrangeiro ou apátrida após a sua saída do Estado da nacionalidade ou da residência habitual, exclusivamente com o fim de beneficiar, sem fundamento bastante, do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária.

Artigo 10º

Exclusão e recusa do asilo e proteção subsidiária

1. Não pode beneficiar de asilo ou de proteção subsidiária o estrangeiro ou apátrida quando:

- a) Esteja abrangido pelo âmbito do ponto D do artigo 1º da Convenção de Genebra, relativa à proteção ou assistência por parte de órgãos ou agências das Nações Unidas, que não seja o ACNUR, desde que essa proteção ou assistência não tenha cessado por qualquer razão sem que a situação da pessoa em causa tenha sido definitivamente resolvida, em conformidade com as resoluções aplicáveis da Assembleia Geral das Nações Unidas;
- b) As autoridades competentes do país em que tiver estabelecido a sua residência considerarem que tem os direitos e os deveres de quem possui a nacionalidade desse país ou direitos e deveres equivalentes;
- c) Existam razões ponderosas para pensar que:
 - i) Praticou crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, nos termos dos instrumentos internacionais que estabelecem disposições relativas a estes crimes;
 - ii) Praticou crimes dolosos de direito comum puníveis com pena de prisão superior a três anos fora do território espacial da União, antes de ter sido admitido como refugiado;
 - iii) Praticou atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas, enunciados no preâmbulo e nos artigos 1º e 2º da Carta das Nações Unidas.

2. O asilo ou a proteção subsidiária podem ser recusados sempre que da sua concessão resulte perigo ou fundada ameaça para a segurança interna ou externa ou para a ordem pública.

3. A proteção subsidiária pode ainda ser recusada se o estrangeiro ou apátrida tiver cometido um ou mais crimes não abrangidos pela alínea c) do nº 1 que seriam puníveis com pena de prisão, caso tivessem sido praticados no território nacional de algum Estado-membro e tiver deixado o seu país de origem unicamente com o objetivo de evitar sanções decorrentes desses crimes.

4. Todas as outras situações previamente elencadas pelas GEAA como motivo de exclusão e recusa do asilo e proteção subsidiária.

CAPÍTULO III

Procedimento

SECÇÃO I

Disposições únicas

Artigo 11º

Pedido de asilo

Presume-se que qualquer pedido de proteção internacional é um pedido de asilo, salvo se a pessoa em questão requerer expressamente outro tipo de proteção que possa ser objetivo de um pedido distinto.

Artigo 12º

Direito de permanência no território espacial da União

1. Os requerentes de asilo são autorizados a permanecer em território espacial da União, para efeitos do procedimento de concessão de asilo, até à decisão sobre a admissibilidade do pedido.

2. Este direito de permanência não habilita o requerente à emissão de uma autorização de residência.

Artigo 13º

Efeitos do pedido de asilo sobre infrações relativas à entrada na União

1. A apresentação do pedido de asilo obsta ao conhecimento de qualquer procedimento administrativo ou processo criminal por entrada irregular no território espacial da União instaurado contra o requerente e membros da família que o acompanhem.

2. O procedimento ou o processo são arquivados caso o asilo seja concedido e se demonstre que a infração correspondente foi determinada pelos mesmos factos que justificaram a concessão do asilo.

3. Para efeitos do disposto nos números anteriores, o pedido de asilo e a decisão sobre o mesmo são comunicados à entidade onde correr o procedimento administrativo ou processo criminal pelo GEAA com a colaboração do Frontex, no prazo a estipular pelo GEAA.

Artigo 14º

Apresentação do pedido

1. O estrangeiro ou apátrida, que entre em território nacional de um qualquer Estado-membro, a fim de obter asilo, deve apresentar sem demora o seu pedido a qualquer autoridade policial, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras ou qualquer outro organismos equivalente nos Estados-membros da União Europeia, podendo fazê-lo por escrito, oral ou por outro qualquer modo, sendo neste caso lavrado auto.

2. Estes pedidos devem ser escritos ou transcritos para formulário único de asilo a adotar pelo GEAA e disponível nas 23 línguas da União Europeia.

3. Qualquer autoridade policial, Serviços de Estrangeiros e Fronteira ou organismos equivalente dos Estados-membros da União Europeia que receba o pedido referido no nº 1, remete, de imediato, pelo portal internet europeu de asilo “*e@asylum*” para o ponto de contacto nacional do GEAA que, por sua vez, remeterá, também, de imediato, para o ponto de contacto da União do GEAA, podendo dar conhecimento ao representante do ACNUR.

3. O requerente pode solicitar, até à decisão do pedido de asilo, a sua extensão aos membros da família que o acompanhem, quer sejam menores, quer sejam maiores, devendo, neste caso, o pedido ser precedido de consentimento prévio expresso das pessoas a cargo, sob pena de inadmissibilidade.

4. O requerente menor pode apresentar um pedido em seu nome.

5. O GEAA criará e manterá a curto prazo este portal internet europeu de asilo “*e@asylum*”.

6. Este portal internet europeu de asilo “*e@asylum*” permitirá ao ponto de contacto nacional e ao ponto de contacto da união do GEAA, graças a um processo de consulta automatizado, disporem de informação uniformizada, relativamente ao requerente de asilo.

Artigo 15º

Comprovativo de apresentação do pedido e informações

Após o registo, e em prazo a estipular pelo GEAA, é entregue ao requerente uma declaração comprovativa de apresentação do pedido de asilo que, simultaneamente, atesta que o seu titular está autorizado a permanecer no território espacial da União enquanto o seu pedido estiver pendente, devendo-lhe ser dado conhecimento dos seus direitos e obrigações.

Artigo 16º

Conteúdo do pedido

1. O requerente deve apresentar todos os elementos que disponha para justificar o pedido de asilo, nomeadamente:

- a) Identificação do requerente e dos membros da sua família;
- b) Indicação da sua nacionalidade, país ou países e local ou locais de residência anteriores;
- c) Indicação de pedidos de asilo anteriores;
- d) Relato das circunstâncias ou factos que fundamentam o asilo.

2. Para efeitos do disposto no número anterior, deve ainda o requerente, juntamente com o pedido de asilo, apresentar os documentos de identificação e de viagem de que disponha, bem como elementos de prova, podendo apresentar testemunhas em número a estipular pelo GEAA.

Artigo 17º

Declarações

1. Antes de proferida qualquer decisão sobre o pedido de asilo, é garantido ao requerente o direito de prestar declarações, em condições que garantam a devida confidencialidade e que lhe permitam expor as circunstâncias que fundamentam a respectiva pretensão.

2. A prestação de declarações assume carácter individual, exceto se a presença dos membros da família for considerada necessária para uma apreciação adequada da situação.

3. Para os efeitos dos números anteriores, logo que receba o pedido de asilo, o ponto de contacto nacional da GEAA notifica, de imediato, o requerente para prestar declarações no prazo a estipular pelo GEAA.

4. Se o pedido for apresentado por um menor ou incapaz incumbe ao ponto de contacto nacional da GEAA comunicar o facto ao representante da ACNUR, para efeitos de representação.

5. A prestação de declarações só pode ser dispensada:

- a) Se já existirem condições para decidir favoravelmente sobre a admissibilidade do pedido com base nos elementos de prova disponíveis;
- b) Se o requerente já tiver fornecido por outro meio as informações essenciais à respectiva apreciação;
- c) Se o requerente for considerado inapto ou incapaz para o efeito devido a circunstâncias duradouras, alheias à sua vontade.

6. Quando não houver lugar à prestação de declarações nos termos do número anterior, o ponto de contacto nacional da GEAA providencia para que o requerente ou a pessoa a cargo comuniquem, por qualquer meio, outras informações.

Artigo 18º

Relatório

1. Após a realização das diligências referidas nos artigos anteriores, o ponto de contacto nacional do GEAA elabora um relatório escrito, do qual constam as informações essenciais relativas ao pedido.

2. O relatório referido no número anterior é notificado ao requerente para que o mesmo se possa pronunciar sobre ele no prazo a estipular pelo GEAA e, simultaneamente, comunicado ao representante do ACNUR.

Artigo 19º

Apreciação do pedido

1. Na apreciação de cada pedido de asilo compete ao ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto da união do GEAA, analisar todos os elementos pertinentes, designadamente, as declarações do requerente proferidas nos termos dos artigos anteriores e toda a informação disponível, bem como desencadear todos os procedimentos necessários para tratamento justo e uniforme do pedido de asilo.

2. Na apreciação do pedido, o ponto de contacto nacional em colaboração com o ponto de contacto da união do GEAA têm em conta especialmente:

- a) Os factos pertinentes respeitantes ao país de origem à data da decisão sobre o pedido, incluindo a respectiva legislação e regulamentação e as garantias da sua aplicação;
- b) A situação e circunstâncias pessoais do requerente, de forma a apreciar, com base nessa situação pessoal, se este sofreu ou pode sofrer perseguição ou ofensa grave;
- c) Se as atividades do requerente, desde que deixou o seu país de origem, tinham por fim único ou principal criar as condições necessárias para requerer proteção internacional, por forma a apreciar se essas atividades o podem expor a perseguição ou ofensa grave, em caso de regresso àquele país;
- d) Se é razoável prever que o requerente se pode valer da proteção de outro país do qual possa reivindicar a cidadania.

3. Constitui um indício sério do receio fundado de ser perseguido ou do risco de sofrer ofensa grave o facto de o requerente já ter sido perseguido ou diretamente ameaçado de ofensa grave, exceto se existirem motivos fundados para considerar que os fundamentos dessa perseguição ou ofensa grave cessaram e não se repetirão.

4. As declarações do requerente devem ser confirmadas mediante prova documental ou outros meios de prova admitidos em direito, a não ser que estejam reunidas cumulativamente as seguintes condições:

- a) O requerente tenha feito um esforço autêntico para fundamentar o seu pedido;
- b) O requerente apresente todos os elementos ao seu dispor e explicação satisfatória para a eventual falta de outros considerados pertinentes;
- c) As declarações prestadas pelo requerente forem consideradas coerentes, plausíveis e não contraditórias face às informações disponíveis;

d) O pedido tiver sido apresentado com a maior brevidade possível, a menos que o requerente apresente justificação suficiente para que tal não tenha acontecido;

e) Tenha sido apurada a credibilidade geral do requerente.

5. Na ausência dos elementos referidos nos números anteriores deverá, todavia, o GEAA desencadear todos os meios ao seu dispor para certificar da veracidade ou não dos fundamentos invocados no pedido de asilo.

Artigo 20º

Tramitação acelerada

1. O pedido tem tramitação acelerada, sendo considerado inadmissível quando, através do procedimento previsto no presente regulamento, se verifique que:

a) Um Estado terceiro tenha concedido o estatuto de refugiado ao requerente;

b) Um país, que não um Estado-membro, for considerado o primeiro país de asilo para o requerente;

c) O requerente for autorizado a permanecer no território nacional do Estado-membro por outros motivos e, em resultado desse facto, tiver beneficiado de um estatuto que lhe confere direitos e benefícios equivalentes aos do estatuto de refugiado;

d) O requerente for autorizado a permanecer no território nacional do Estado-membro por outros motivos que o protejam contra a expulsão na pendência do resultado de um procedimento para a determinação do estatuto, nos termos da alínea c);

e) O requerente tiver apresentado um pedido idêntico posterior à pronúncia de uma decisão final;

f) Uma pessoa a cargo do requerente tiver apresentado um pedido depois de ter consentido, nos termos do nº 4 do artigo 14º, que o seu caso fosse abrangido por um pedido feito em seu nome e não existam

elementos relativos à situação dessa pessoa que justifiquem um pedido separado.

2. O pedido deve ainda ser considerado inadmissível e sujeito a tramitação acelerada, quando for evidente que não satisfaz nenhum dos critérios definidos pela Convenção de Genebra, Protocolo de Nova Iorque ou aos pressupostos definidos pelo presente regulamento por:

- a) Se verificar qualquer uma das causas previstas n.ºs 1 e 3 do artigo 10.º;
- b) O requerente, ao apresentar o pedido e ao expor os factos, ter invocado apenas questões não pertinentes ou de relevância mínima para analisar o cumprimento das condições para ser considerado refugiado;
- c) O requerente não preencher claramente as condições para ser considerado refugiado ou para lhe ser concedido o estatuto de refugiado num Estado-membro;
- d) O pedido de asilo ser considerado infundado porque:
 - i) O requerente provém de um país de origem seguro, conforme a lista previamente fixada dos países de origem seguros pelo GEAA;
 - ii) O país que não é um Estado-membro é considerado país terceiro seguro para o requerente;
- e) O requerente ter induzido em erros as autoridades, apresentando informações ou documentos falsos ou ocultando informações ou documentos importantes a respeito da sua identidade ou nacionalidade, susceptíveis de terem um impacto negativo na decisão;
- f) O requerente ter apresentado outro pedido de asilo com dados pessoais diferentes;
- g) O requerente não ter apresentado informações que permitam determinar, com um grau razoável de certeza, a sua identidade ou nacionalidade ou por ser provável que, de má fé, tenha destruído ou extraviado documentos de identidade ou de viagem susceptíveis de contribuir para a determinação da sua identidade ou nacionalidade;
- h) O requerente ter feito declarações incoerentes, contraditórias, inverosímeis ou insuficientes que retirem claramente credibilidade à

alegação de ter sido alvo de perseguição;

i) O requerente ter apresentado um pedido subsequente sem invocar novos factos pertinentes relativamente às suas circunstâncias específicas ou à situação no seu país de origem;

j) O requerente não ter apresentado o pedido mais cedo, sem motivos válidos, tendo tido a possibilidade de o fazer;

l) O requerente apresentar o pedido apenas com o intuito de atrasar ou impedir a aplicação de uma decisão anterior ou iminente que se traduza no seu afastamento;

m) O requerente, sem motivos válidos, não ter cumprido as obrigações a que se refere o artigo 16º;

n) O requerente ter entrado ou prolongado ilegalmente a sua permanência no território nacional de um Estado-membro e, dolosamente, não se ter apresentado às autoridades assim que possível, dadas as circunstâncias da sua entrada no território;

o) O requerente representar um perigo para a segurança interna ou para a ordem pública;

p) O requerente ter sido objeto de uma decisão executória de expulsão por razões graves de segurança pública e de ordem pública, por forma do direito interno dos Estados-membros da União;

q) O requerente recusar sujeitar-se ao registo obrigatório das suas impressões digitais, de acordo com o direito comunitário e interno dos Estados-membros da União;

r) O pedido ter sido apresentado por um solteiro menor que, nos termos do nº 4 do artigo 14º, tenha sido abrangido por pedido anterior, quando o pedido dos progenitores ou do progenitor responsável pelo menor tiver sido considerado inadmissível e não tiverem sido apresentado novos elementos pertinentes a respeito das suas circunstâncias particulares ou da situação no seu país de origem.

Artigo 21º

Competência para apreciar e decidir

1. Compete ao ponto de contacto nacional de cada Estado-membro em colaboração com o ponto de contacto da união do GEAA, proferir decisão fundamentada sobre os pedidos inadmissíveis, no prazo a estipular pelo GEAA, a contar do termo do prazo previsto no nº 2 do artigo 18º.

2. Na falta de decisão dentro do prazo previsto no número anterior, considera-se admitido o pedido.

3. A decisão sobre o pedido de asilo é notificada ao requerente e, simultaneamente, comunicada ao representante do ACNUR.

Artigo 22º

Efeitos da decisão

1. A decisão é notificada ao requerente no prazo a estipular pelo GEAA, com a menção de que deve abandonar o Estado-membro no prazo a fixar pelo GEAA, sob pena de expulsão imediata uma vez esgotado esse prazo, bem como dos direitos que lhe assistem nos termos do artigo seguinte.

2. Caso o requerente não cumpra o disposto no número anterior, o GEAA, em colaboração com o Frontex, deve promover o processo com vista à sua expulsão imediata do território espacial da União.

Artigo 23º

Impugnação judicial

1. A decisão proferida pelo ponto de contacto nacional dos Estados-membros em colaboração com o ponto de contacto da união do GEAA é susceptível de impugnação judicial perante o Tribunal de Justiça, no prazo de dois meses a contar da notificação ou do dia em que o requerente teve conhecimento do ato, devendo solicitar a suspensão do ato impugnado, apesar de, não ter efeito suspensivo o Tribunal pode ordenar a suspensão do ato impugnado, se considerar que as circunstâncias o exigem nos termos do disposto no parágrafo 1º e 4 do artigo 263º, alínea b) do artigo 267º e artigos 264º e 278º do TFUE.

2. A decisão judicial é proferida no prazo a estipular no Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, sendo certo que terá sempre carácter de urgente.

SECÇÃO II

Pedidos apresentados nos postos de fronteira

Artigo 24º

Regime especial

1. A decisão dos pedidos de asilo apresentados nos postos de fronteira por estrangeiros que não preencham os requisitos legais necessários para a entrada em território espacial da União está sujeita ao regime previsto nos artigos anteriores, com as modificações constantes da presente secção.

2. A autoridade policial, os Serviços de Estrangeiros e Fronteiras, ou qualquer outro organismo equivalente dos Estados-membros da União Europeia que receba requerentes de asilo nos postos de fronteira devem possuir formação apropriada e conhecimentos adequados das normas pertinentes aplicáveis no domínio do direito de asilo e refugiados ministrado pelo GEAA, com base no “*curriculum*” único europeu de asilo.

Artigo 25º

Apreciação do pedido e decisão

1. A autoridade policial, os Serviços de Estrangeiros e Fronteiras ou qualquer outro organismos equivalente dos Estados-membros da União Europeia comunica, imediatamente, a apresentação dos pedidos de asilo a que se refere o artigo anterior ao representante do ACNUR e ao ponto de contacto nacional do GEAA, que em colaboração com ponto de contacto da união do GEAA devem pronunciar-se com carácter de urgência no prazo a estipular pelo GEAA e entrevistar o requerente, se o desejarem.

2. Dentro do prazo referido no número anterior, o requerente é informado dos seus direitos e obrigações e presta declarações que valem, para todos os efeitos, como audiência prévia do interessado.

3. A prestação de declarações referida no número anterior é aplicável o disposto no artigo 17º.

4. O ponto de contacto nacional em colaboração com o ponto de contacto da União do GEAA profere a decisão fundamentada sobre os pedidos inadmissíveis no prazo a estipular pelo GEAA, mas nunca antes do decurso do prazo previsto no nº 1.

5. A decisão prevista no número anterior é notificada ao requerente com a informação dos direitos de impugnação judicial que lhe assistem e, simultaneamente, comunicada ao representante do ACNUR.

Artigo 26º

Impugnação judicial

1. A decisão proferida pelo ponto de contacto nacional do GEAA é susceptível de impugnação judicial perante o Tribunal de Justiça, no prazo de dois meses a contar da notificação ou do dia em que o requerente teve conhecimento do ato, devendo solicitar a suspensão do ato impugnado, apesar de, não ter efeito suspensivo o Tribunal pode ordenar a suspensão do ato impugnado, se considerar que as circunstâncias o exigem nos termos do disposto no parágrafo 1º e 4 do artigo 263º, alínea b) do artigo 267º, e dos artigos 264º e 278º do TFUE.

2. A decisão judicial é proferida no prazo a estipular no Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, sendo certo que terá, sempre carácter de urgente.

3. O interessado goza do benefício de proteção jurídica.

Artigo 27º

Efeitos do pedido e da decisão

1. O requerente permanece na zona internacional do porto ou aeroporto, precisamente, no centro de instalação temporária enquanto aguarda a notificação da decisão.

2. A instalação temporária de menores não acompanhados ou separados obedece a condições especiais, nos termos internacionalmente recomendados, designadamente, pelo ACNUR, UNICEF, Comité Internacional da Cruz Vermelha e, também, do GEAA.

3. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a decisão de inadmissibilidade do pedido determina o regresso do requerente ao ponto onde iniciou a sua viagem ou, em caso de impossibilidade, ao Estado onde foi emitido o documento de viagem com o qual viajou ou a outro local no qual possa ser admitido, nomeadamente, um país terceiro seguro.

4. A decisão de admissão do pedido ou o decurso do prazo previsto no nº 4 do artigo 25º sem que lhe tenha sido notificada a decisão, determinam a entrada do requerente em território espacial da União, seguindo-se a instrução do procedimento de asilo, nos termos dos artigos seguintes.

SECÇÃO III

Instrução do procedimento de asilo

Artigo 28º

Autorização de residência provisória

1. O ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto da União do GEAA, emite uma autorização de residência provisória a favor das pessoas abrangidas por pedido de asilo que tenha sido admitido, válida pelo período a estipular pelo GEAA contados da data de decisão de admissão do pedido e renovável por iguais períodos até decisão final do mesmo ou, na situação prevista no artigo 32º, até expirar o prazo ali estabelecido.

2. O modelo de autorização de residência referida no número anterior é fixado pelo GEAA.

3. Aos membros da família do requerente a quem tenham sido declarados extensivos os efeitos do asilo é emitida uma autorização de residência, nos termos do nº 1 do presente artigo.

4. Enquanto o procedimento de asilo estiver pendente, é aplicável ao requerente o disposto no presente regulamento.

Artigo 29º

Instrução

1. O ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto da União do GEAA, procede às diligências requeridas e averigua todos os factos cujo conhecimento seja conveniente para uma justa e rápida decisão, competindo-lhe a instrução dos procedimentos de asilo.

2. O prazo de instrução será estipulado pelo GEAA, prorrogável por iguais períodos, até ao limite fixado pelo GEAA, quando tal se justifique.

3. No âmbito da instrução dos procedimentos de asilo, o ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto da união do GEAA podem, se necessário, solicitar o parecer de peritos sobre questões específicas, nomeadamente, de ordem médica, cultural e/ou de outra qualquer natureza.

4. Durante a instrução, o representante do ACNUR pode juntar ao processo relatórios ou informações sobre o respectivo país de origem em colaboração com o GEAA e obter informações sobre o estado do processo.

Artigo 30º

Decisão

1. Finda a instrução, o ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto união do GEAA, elabora proposta fundamentada de concessão ou recusa de asilo.

2. O requerente é notificado do teor da proposta a que se refere o número anterior, podendo pronunciar-se sobre o mesmo no prazo a estipular pelo GEAA.

3. Da proposta referida no nº 1 é simultaneamente dado conhecimento ao representante do ACNUR que pode, no mesmo prazo, pronunciar-se sobre o seu conteúdo.

4. Após o decurso do prazo a que se referem os números anteriores, a proposta devidamente fundamenta é remetida para o Diretor Executivo do GEAA, que a apresenta ao Conselho de Administração do GEAA no prazo a estipular pelo GEAA, acompanhada dos pareceres previstos no número anterior, caso hajam sido emitidos.

5. O Conselho de Administração do GEAA decide no prazo a estipular pelo GEAA a contar da data da apresentação da proposta referida no número anterior e remete ao ponto de contacto nacional.

6. O ponto de contacto nacional do GEAA notifica a decisão proferida ao requerente, com menção do direito que lhe assiste nos termos do artigo seguinte e comunica-a, simultaneamente, ao representante do ACNUR.

Artigo 31º

Impugnação judicial

1. A decisão proferida nos termos do artigo anterior é susceptível de impugnação judicial perante o Tribunal de Justiça, no prazo de dois meses a contar da notificação ou do dia em que o requerente teve conhecimento do ato, devendo solicitar a suspensão do ato impugnado, apesar de, não ter efeito suspensivo o Tribunal pode ordenar a suspensão do ato impugnado, se considerar que as circunstâncias o exigem nos termos do disposto no parágrafo 1º e 4 do artigo 263º, alínea b) do artigo 267º, e artigos 264º e 278º do TFUE.

2. A decisão judicial é proferida no prazo a estipular no Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, sendo certo que terá sempre carácter de urgente.

Artigo 32º

Efeitos da decisão de recusa

Em caso de decisão de recusa de proteção internacional, o requerente pode permanecer no território espacial da União durante um período transitório, que não exceda o prazo a estipular pelo GEAA.

Artigo 33º

Extinção do procedimento

1. O procedimento é declarado extinto sempre que o requerente de asilo desista expressamente do pedido ou, por causa que lhe seja imputável, o mesmo esteja parado por um período superior ao prazo a estipular pelo GEAA.

2. A declaração de extinção do procedimento compete à entidade que, nos termos do presente regulamento, decida do pedido ou da concessão do direito de asilo.

3. Ainda que o procedimento seja declarado extinto nos termos do número anterior, o requerente de asilo que se apresente novamente às autoridades tem o direito de requerer a reabertura do procedimento, sendo neste caso retomado na fase em que foi interrompido.

SECÇÃO IV

Pedido subsequente

Artigo 34º

Apresentação de um pedido subsequente

1. O estrangeiro ou apátrida ao qual tenha sido negado o direito de asilo pode, sem prejuízo do decurso dos prazos previstos para a respectiva impugnação judicial, apresentar um pedido subsequente, sempre que disponha de novos elementos de prova que lhe permitam beneficiar do direito de proteção internacional ou quando entenda que cessaram os motivos que fundamentaram a decisão de inadmissibilidade ou de recusa do pedido de asilo.

2. O pedido subsequente é dirigido ao ponto de contacto nacional que remeterá, de imediato, ao ponto de contacto da União do GEAA e deve ser instruído com todos os documentos de prova que fundamentam a sua apresentação, podendo o ponto de contacto de nacional, em colaboração

com o ponto de contacto da união do GEAA, conceder ao requerente um prazo razoável a estipular, para apresentar novos factos, informações ou elementos de prova, bem como, o GEAA deverá, por sua iniciativa, desenvolver todos os esforços no sentido de colaborar com o requerente de asilo.

3. O ponto de contacto nacional do GEAA informa o representante do ACNUR logo que seja apresentado um pedido subsequente.

4. O ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto da União do GEAA, procede à apreciação preliminar do pedido, no prazo máximo a estipular pelo GEAA, a contar da sua apresentação ou da data de apresentação dos elementos que, nos termos do nº 2, tenham sido solicitados ao requerente.

5. Quando da apreciação preliminar resultem indícios de que o requerente preenche as condições para beneficiar do direito de asilo, o procedimento segue os termos previstos nos artigos 28º e seguintes, podendo ser dispensada a realização de diligências de prova já produzidas no processo anterior que aproveitem ao requerente.

6. Caso conclua que não foram apresentados novos elementos de prova, o Diretor Executivo do GEAA profere proposta de decisão de inadmissibilidade do pedido e apresenta ao Conselho de Administração do GEAA no prazo a estipular pelo GEAA.

7. O Conselho de Administração do GEAA decide no prazo a estipular pelo GEAA a contar da data da apresentação da proposta referida no número anterior e remete ao ponto de contacto nacional.

8. O ponto de contacto nacional do GEAA notifica o requerente no prazo a estipular pelo GEAA da decisão atendendo ao resultado da apreciação preliminar, bem como da possibilidade de impugnação judicial perante o Tribunal de Justiça.

9. Quando o requerente se encontre em território nacional de um Estado-membro, a notificação da decisão a que se refere o número anterior deve

ainda mencionar que deve abandonar o país no prazo a estipular pelo GEAA.

Artigo 35º

Aplicação extensiva

As disposições constantes das secções I, II, III e IV do presente capítulo são correspondentemente aplicáveis às situações previstas no artigo 8º.

SECÇÃO V

Reinstalação de refugiados

Artigo 36º

Pedido de reinstalação

1. Os pedidos de reinstalação de refugiados sob o mandato do ACNUR são apresentados ao ponto de contacto nacional que, de imediato, comunica ao ponto de contacto da União do GEAA.

2. O ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto da União do GEAA, assegura as diligências necessárias à tramitação e decisão dos pedidos no prazo a estipular pelo GEAA.

3. O representante da ACNUR é informado sobre os pedidos apresentados e pode emitir parecer sobre os mesmo, no prazo a estipular pelo GEAA.

4. O ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto da União do GEAA, decide sobre a aceitação do pedido de reinstalação no prazo a estipular pelo GEAA.

5. A aceitação do pedido de reinstalação confere aos interessados estatuto idêntico ao previsto no capítulo VI.

.....

Conclusão:

Os Estados-membros estão cada vez mais expostos à chegada maciça de refugiados, vítimas globais dos mais elementares atentados à dignidade da pessoa humana, mas cidadãos que clamam por uma solidariedade efetiva e uma proteção uniforme. Felizmente, na União Europeia em 2010, criou-se o Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo (GEAA), com missão de facilitar, coordenar e reforçar a cooperação prática em matéria de asilo entre os EM, bem como contribuir para uma melhor aplicação do Sistema Europeu Comum de Asilo. Apesar disso, o instituto de asilo na UE continua em crise, porque o GEAA não tem poder de decisão e porque não existe uma uniformização das políticas de asilo, nomeadamente dos critérios de atribuição e de rejeição. Aliás, não faz qualquer sentido que um EM considere, por exemplo, como motivo justificativo para atribuição do estatuto de asilado a perseguição por mutilação genital e o EM vizinho não o releve. Deste modo, consideramos que esta proposta de Regulamento Europeu que apresentamos ao atribuir ao GEAA, competências para apreciar, gerir e decidir as questões referentes ao asilo, permitirá uniformizar as políticas de asilo na União Europeia e contribuirá para aniquilar a arbitrariedade e a discricionabilidade dos Estados-membros aquando da apreciação e decisão dos pedidos de asilo.

Bibliografia

AA.VV.: *Dicionário de termos Europeus*, Lisboa, Alêtheia Editores, 2005;
ABAD, Gracia.: “Los Desafíos de la UE en materia migratoria: La cooperación con terceros Estados” in *UNISCI, Universidad Complutense de Madrid Discussion Papers*, nº 15, Outubro, 2007;
ACNUR.: *A situação dos Refugiados no Mundo – Cinquenta anos de Acção Humanitária*, Almada, ACNUR, 2000;

_____.: *A situação dos refugiados no Mundo 1997-98 – Um programa humanitário*, Lisboa ACNUR, 1998;

_____.: *Manual de Procedimiento y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiado*, Ginebra, ACNUR, HCR/IP/4/Spa/Rev.1, 1992;

ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel A., REMI NJIKI, Michel.: “TJCE- Sentencia de 17.02.2009, ELGAFAJI c. STAATSSECRETARIS VAN JUSTITIE – C-465/07 – Política Europea de Asilo y Refugio – Artículo 3 CEDH- Protección subsidiaria – Amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado – prueba” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.35, Madrid, enero/abril, 2010;

ADOLFO VIEIRA, Manuel.: *Derecho de asilo diplomático (asilo político)*, in *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica*, Montevideo, 1961;

AGNÈS COMBESQUE, Marie.: *Introdução aos Direitos do Homem*, Lisboa, Terramar, 1998;

ALBAYRAK, Nebahat.: “Conference on Recent Developments in European and International Asylum Policy and Law” in J.GOUDAPPEL e S.RAULUS.: *The future of asylum in the European Union - Problems, proposals and human rights*, The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, Springer, 2011;

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de.: *Curso de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 12ª ed. Renovar, 2º V, 2000;

ALCOCEBA GALLEGU, Amparo.: “Tratado de Lisboa: menos Europa, más Estado?” in JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.): *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008;

ALDECOA LUZARRAGA, Francisco.: “ El Tratado de Lisboa como salida al laberinto constitucional” in JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE

NANCLARES (coord.): *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008;

ALEINIKOFF, T. Alexander, WEIL, Patrick .: “Ciudadania” in PAPADEMETRIOU, Demetrios G. (Coord.): *A Europa e os seus Imigrantes no século XXI*, Lisboa, ed. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 2008;

ALLAND, Denis.: “Le dispositif international du droit de l’asile – Rapport Général” in *Droit d’asile et des réfugiés*, Societe Francaise pour le Droit Internacional, Colloque de Caen, Paris, ed. A. Pedone, 1997;

ALONSO GARCÍA, Ricardo.: “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea” in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, nº 209, 2000;

ALTERMAN BLAY, Eva.: “ Violência contra a mulher e políticas públicas” in *Estudos Avançados*, São Paulo, Vol. 17, nº 49, Sept./Dec., 2003;

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José.: “Europa 2020/2030: Retos e Incógnitas sobre el Futuro de la Unión” in JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coordinador): *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008;

ANGEL, Benjamin, CHALTIEL-TERRAL, Florence.: *Quelle Europe après le Traité de Lisbonne*, Paris, Bruylant, Lextenso éditions, 2008;

ANTÓN GUARDIOLA, Carmen.: “El asilo y el refugio en la Unión Europea” in *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo* (LLORET, Jaune Ferrer., CABALLERO, Susana Sanz, Dir), Valencia, Tirant lo Blanch, 2008;

ANTONIO TRAVIESCO, Juan.: *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Argentina, 2º ed. Heliasta, 1996;

ARDITTIS, Solon, LEWIS, Richard, MANCHIP, Colin.: *From Rome to the Hague- European Union policy-making on asylum*, London, Institute for Public Policy Research (IPPR), 2005;

ARGEREY VILAR, Patricia.: “La dimensión exterior de la acción de la Unión Europea en la lucha contra la inmigración ilegal” in AA.VV.: *La seguridad de la UE: Nuevos factores de crisis*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2007;

B. DE MAEKELT, Tatiana.: “Instrumentos Regionales en Materia de Asilo. Asilo Territorial y Extradición. La Cuestión de los Refugiados ante las Posibilidades de una Nueva Codificación Interamericana” in AA.VV.: *Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982;

BACHE, Ian, GEORGE, Stephen.: *Politics in the European Union*, New York, Oxford University Press, 2º ed., 2006;

BADE, Klaus J.: *Europa en movimiento - Las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días*, Barcelona, Crítica, 2003;

BARAHONA DE BRITO, Alexandra.: “Condicionalidade política e cooperação para a promoção da democracia e dos direitos humanos” in AA.VV.: *Além do Comércio – Ampliar as Relações Europa – Mercosul*, IV Fórum Euro/Latino-Americano, Lisboa, IEEI, 1997;

BARANDA CAÑIZARES, Marta Sainz de.: “La información sobre países de origen en el contexto del asilo” in TRUJILLO PÉREZ, Antonio Javier, ORTEGA TEROL, Juan Miguel (Coord.): *Inmigración y asilo – Problemas Actuales y Reflexiones al Hilo de la Nueva Ley*, Madrid, Ediciones Sequitur, 2010;

BARROS MOURA, José.: O Tratado de Amesterdão (1997) in revista *Janus*, 2004;

BARROT, Jacques.: “The EU’s area of Freedom, Security and Justice successes of the last ten years and the challenges ahead” in GUILD, Elspeth, CARRERA, Sergio, EGGENSCHWILER, Alejandro.: *The Area of Freedom, Security and Justice ten years on Successes and Future Challenges under the Stockholm Programme*, Brussels, Centre for European Policy Studies, 2010;

BASCHERINI, Gianluca.: “Las políticas migratorias en Europa: una visión comparada” in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Consejería de Justicia y Administración Pública, número 10, Julio-Diciembre de 2008;

BAUBÖCK, Rainer.: “Obtenção e Perda de Nacionalidade em 15 Estados-membros da UE – Resultados do Projecto Comparativo NATAC” in

- PAPADEMETRIOU, Demetrios G. (Coord.): *A Europa e os seus Imigrantes no século XXI*, Lisboa, ed. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 2008;
- BAXTER, R. R.: “International Law in “Her Infinite Variety” in *International and Comparative Law Quarterly -ICLQ*, v. 29, Out. 1989;
- BENDITO CAÑIZARES, Maria Teresa.: “El programa de la Haya. Un quinquenio para consolidar el espacio de libertad, seguridad y justicia” in *Europa, Europa* (Coord. Alvaro Xosé López Mira, Celso Cancela Outeda), Santiago de Compostela, Tórculo Edicións, 2006;
- BENGOETXEA, Joxerramon.: *La Europa Peter Pan – El Constitucionalismo Europeo en la Encrucijada*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2005;
- BERGER, Nathalie.: *La politique européenne d’asile et d’immigration – enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000;
- BERTOZZI, Stefano.: “European Pact on migration and asylum: A Stepping Stone towards Common European Migration Policies” in *Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Milano, Giuffrè Editore, Anno XIX, Número 1, 2009;
- _____.: “Schengen: Achievements and Challenges in Managing an Area Encompassing 3.6 million Km²” in *Centre for European Policy (CEPS) Working Document n° 284/February*, 2008;
- BETHKE, Maria e BENDER, Dominik.: *The Living Conditions of Refugees in Italy*, Frankfurt, Förderverein PRO ASYL e.V., 2011;
- BETTATI, Mario.: *L’asile politique en question. Un status pour réfugiés*, Paris, P.U.F., 1985;
- BLANC ALTEMIR, Antonio.: *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los Cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid, Tecnos, 2001;
- BLANC, Hubert.: “Schengen: Le chemin de la libre circulation en Europe. Problèmes Juridiques et Institutionnels” in *Revue du Marché Commun*, Bruxelles, n° 351, 1991;

BLENGIO VALDÉS, Mariana.: “Declaracion Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Analisis Comparativo” in AA.VV.: *50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Montevideo, 1ª ed. Fundacion de Cultura Universitaria, 2001;

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco.: *Dicionário de Política*, Brasília, 11ª ed. UnB, V. I, 1998;

BOLESTA, Andrzej.: “New Asylum and Immigration Policy in Europe” in BOLESTA, Andrzej.: *Conflict and displacement – International Politics in the Developing Word*, Bialystok, 2004;

_____.: *Conflict and displacement – International Politics in the Developing Word*, Bialystok, 2004;

BOLESTA-KOZIEBRODZKY, Leopoldo.: *Le droit d`asilo*, Leyde, Sythoff, 1962;

BRÖHMER, Jürgen.: *State Immunity and the violation of Human Rights*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1997;

BROUWER, Evelien.: *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe – Digital Borders and Real Rights – Effective Remedies for Trird-Country Nationals in the Schengen Information System*, Leiden- Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008;

BRUIN, René.: “Border Control: Not a Transparent Reality” in J.GOUDAPPEL e S.RAULUS.: *The future of asylum in the European Union - Problems, proposals and human rights*, The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, Springer, 2011;

BYRNE, Rosemary, NOLL, Gregor, VEDSTED-HANSEN, Jens.: “Understanding Refugee Law in an Enlarged European Union”, in *Institute for International Integration Studies (IIIS), Dublin, Discussion Paper*, nº 11/November 2003;

C. HATHAWAY, James.: “A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law” in *HILJ*, nº 31, 1, 1990;

_____.: *The rights of refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005;

CABRAL DE MONCADA, Hugo, MERÊA, Paulo, RIBEIRO, Teixeira.: “O Asilo Interno em Direito Internacional Público (Origem, Evolução e Estado Actual do Problema)” in *Boletim da Faculdade de Direito-Universidade de Coimbra*, Vol. XX1, 1945;

CAMISÃO, Isabel, LOBO-FERNANDES, Luís.: *Construir a Europa – O processo de integração entre a teoria e a história*, Cascais, 1ª ed. Principia, 2005;

CANAS, Vitalino, PACHECO, Umberto.: Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a avaliação do sistema Dublin – Assembleia da República – Comissão de Assuntos Europeus, 2009;

CARLINER, David.: “Domestic and International Protection of Refugees”, *Guide to International Human Rights Practice*, (Hannum, H. Dir.), Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1984;

CARLOS ZÁRATE, Luis.: *El Asilo en el Derecho Internacional Americano*, Bogotá, ed. Iqueima, 1957;

CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesus.: *La Cooperación Policial en la Unión Europea: Acervo Schengen y Europol*, Madrid, Colex, 2003;

CARRERA, Sergio e GUILD, Elspeth.: *The French Presidency’s European Pact on immigration and asylum: intergovernmentalism vs. Europeannisation? Security vs. Rights?* Centre for European Policy Studies, Policy Brief, nº 170, September, 2008;

CARRERA, Sergio e GEYER, Florian.: “Tratado de Lisboa y un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y Fragmentación en la Unión Europea” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, nº 29, enero/abril, 2008;

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio.: “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 9, 2001;

CARRO MARTÍNEZ, Antonio.: “La Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad” in *Revista de Administración Pública*, num.126, Septiembre-diciembre, 1991;

- CARVALHO RAMOS, André de.: “Direito ao acolhimento: principais aspectos da proteção aos refugiados no Brasil” in CUNHA PEREIRA, Rodrigo da.: *Direito de Família – Uma abordagem psicanalítica*, Belo Horizonte, Editorial Del REY, 2008;
- CASTRO, Cláudia.: “Tratado de Roma, Tratado do amor” in *50 Anos do Tratado de Roma*, AA.VV. (coord. Alessandra Silveira), Lisboa, Quid Juris, 2007;
- CHETAIL, Vincent, BAULOZ, Celine.: *Improving US and EU Immigration Systems - The European Union and the Challenges of Forced Migration: From Economic Crisis to Protection Crisis?* Geneva, European University Institute, 2011;
- CHIAVARIO, Mário.: *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo – nel sistema delle fonti normative in matéria penale*, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1969;
- CIERCO, Teresa.: *A instituição de Asilo na União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2010;
- CLARO QUINTÁNS, Irene .: “El sistema «EURODAC» y la identificación de los solicitantes de asilo en la Unión Europea” in SUSANA DE TOMÁS MORALES, ESTHER VAQUERO LAFUENTE, CHRISTINE HELLER DEL RIEGO (Coords.): *El Día de Europa, Las Transformaciones de la Unión Europea: La Ampliación y la Convención Europea*, Madrid, Universidad Comillas, 2004;
- CLAVERA ARIZTI, Isabel Maria.: “El asilo en la Unión Europea”, in AAVV.: *Inmigración, Extranjería y Asilo*, Madrid, Colex, 2005;
- COLLYER, Michael.: “Stranded Migrants and the Fragmented Journey” in *Journal of Refugee Studies*, Vol.23, nº 3, 2010;
- CONROY, Melanie.: “Refugees Themselves: The Asylum Case for Parents of Children at Risk of Female Genital Mutilation” in *Harvard Human Right Journal*, Vol. 22, 2009;
- CORCUERA ATIENZA, Javier.: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002;

CORNU, Gérard.: Vocabulaire Juridique, Paris, Presses Universitaires de France, 1987;

CORREIA BAPTISTA, Eduardo.: *IUS COGENS em Direito Internacional*, Lisboa, ed. Lex, 1997;

CORTÉS MARTÍN, José Manuel.: “TJCE – Sentencia de 27.06.2006, Parlamento Europeo/Consejo, C-540-/03 – Restricciones al Reagrupamiento Familiar de Nacionales de Terceros Países Versus Respeto de los Derechos Fundamentales” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 26, Madrid, enero/abril, 2007;

CRÉPEAU, François.: *Droit d’asilo – De l’hospitalité aux controles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995;

CRISTINA SANTINHO, Maria.: *Refugiados e Requerentes de Asilo em Portugal: Contornos Políticos no Campo da Saúde*, Tese submetida como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Antropologia, especialização em Antropologia Urbana, Lisboa, Instituto Universitário de Lisboa, 2011;

CRUZ VILLALON, Pedro.: “Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales” in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Num.25, Enero-Abril, 1989;

D. FRY, James.: “European Asylum Law: Race-to-the-bottom harmonization?” in *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol.15, nº1, 2005;

D’OLIVEIRA MARTINS, Guilherme.: “Uma Europa mediadora e aberta” in ÁLVARO DE VASCONCELOS (Coord.): *Valores da Europa – Identidade e Legitimidade*, Cascais, IEEI/Principia, 1999;

DA LOMBA, Sylvie.: “The EU Qualification Directive and Refugees Sur Place” in J.GOUDAPPEL e S.RAULUS.: *The future of asylum in the European Union - Problems, proposals and human rights*, The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, Springer, 2011;

DELORS, Jacques.: *Memórias*, Lisboa, Quetzal editores, 2004;

DÍAZ CREGO, María.: “Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: De la Carta a la Constitución” in *Revista Española de Derecho*

Constitucional, núm.74, mayo-agosto, 2005;

DIEZ DE VELASCO, Manuel.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tomo I, ed. Tecnos, 17ª edición, 2009;

_____.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tomo I, ed. Tecnos, 9ª edición, 1991;

_____.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tomo I, ed. Tecnos, 12ª edición, 1999;

DONAIRE VILLA, Francisco Javier.: “El Tratado de Amsterdam y la Constitución” in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, Núm. 54, Septiembre-Diciembre, 1998;

_____.: *La Constitución y el Acervo de Schengen*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002;

DRÜKE, Luise.: “A harmonização da Política de Asilo e a C/G 1996 – Perspectivas da protecção de refugiados nos países da União Europeia” in *Actas dos IV Cursos Internacionais de Verão de Cascais* (30 de Junho a 5 de Julho de 1997), Cascais, Câmara Municipal de Cascais, Vol. I, 1998;

DUNSHEE DE ABRANCHES, C. A.: “Conclusiones e Recomendaciones” in AA.VV.: *Asilo y protección internacional de refugiados en America Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982;

DURAN CARLOS, Villan.: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*; Madrid, 1ª Edição, Editorial Trotta, 2002;

DURÃO BARROSO, José Manuel.: “La Passion de l’Europe”, *Politique Internationale*, nº 112, 2006;

_____.: prefácio in, STEINER, George.: *A ideia de Europa*, Lisboa, ed. Gradiva, 2004;

DUVERGER, Maurice.: *L’Europe des Hommes*, Paris, Odile Jacob, 1994;

EHLERS, Dirk.: “La Protección de los Derechos Fundamentales en Europa – Una contribución desde la perspectiva alemana” in *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto, 2006;

EINARSEN, Terje.: “Mass flight: The case for international asylum” in *International Journal of Refugee Law*, V.7, nº4, 1995;

EL-ENANY, Nadine, THIELEMANN, Eiko.: “The impact of EU asylum policy on National Asylum Regimes” in WOLFF, Sarah, GOUDAPPEL, Flora A.N.J., ZWAAN, Jaap W. de (editors).: *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm, The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, 2011;*

ELSEN, CH.: “L`esprit et les ambitions de Tampere. Une ère nouvelle pour la coopération dans le domaine de la Justice et des Affaires intérieures?” in *Revue du Marché commun et de l`Union Européenne*, nº433, novembre-décembre 1999;

ELSEN, Charles.: “Schengen et la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Besoins actuels et options futures” in DEN BOER, Monica.: *The Implementation of Schengen: First the Widening, Now the Deepening*, Netherlands, European Institute of Public Administration, 1997;

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción.: “La regulación del asilo en el ámbito comunitario antes del Tratado de la Unión Europea: el Convenio de Dublín y el Convenio de aplicación de Schengen” in AAVV. *Derechos de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1996;

ESPADA RAMOS, Maria Luísa.: “Asilo e Inmigración en la Unión Europea” in *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, Octubre-Diciembre, 1994;

EULALIO DO NASCIMENTO E SILVA, Geraldo, ACCIOLY, Hildebrando.: *Manual de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Saraiva, 2002;

FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria.: *Asilo y Refugio en la Unión Europea*, Granada, Editorial Comares, 2007;

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel.: *Diccionario Jurídico*, Navarra, Cuarta Edición, AranzadiThomson, 2006;

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio.: “El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros” in *Derecho y conocimiento*, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, Vol.1, 2001;

_____.: *Derecho comunitario de la inmigración*, Barcelona, Ed. Atelier, Libros Jurídicos, 2006;

_____.: *La desprotección internacional de los Derechos Humanos (a la luz del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)*, Huelva, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1998;

FERNÁNDEZ SOLA, Natividad.: *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Editorial DYKINSON, 2004;

FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio F.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia” in JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.): *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008;

_____.: *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001;

FISCHEL DE ANDRADE, José H.: *Direito Internacional dos Refugiados – Evolução Histórica (1921 -1952)*, Rio de Janeiro, São Paulo, Editora Renovar, 1996;

FOLGUERA CRESPO, Pilar, PÉREZ BASTAMANTE, Rogelio.: *El Tratado de Ámsterdam, Análisis y Comentarios* (Dirigido por: MARCELINO OREJA AGUIRE y Coordinado por: FRANCISCO FONSECA MORILLO), Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España, V.I., 1998;

– FONSECA MORILLO, Francisco J.: “Los derechos de los nacionales de terceros países en la Unión Europea. Situación jurídico-política tras la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión” in *Revista CIDOB D`Afers Internationals*, nº 53, 2001;

FONTOURA SOBRAL, Pinto Heraclito.: “Direito de Asilo”, in *Tribuna da Imprensa*, 30.IX.74;

FULLERTON, Maryellen.: “A Tale of Two Decades: War Refugees and Asylum Policy in the European Union” in *Brooklyn Law School Legal Studies, Research Paper*, nº 175, 2009;

_____.: “Inadmissible in Ibéria: The fate of asylum seekers in Spain and Portugal” in *Brooklyn Law School Legal Studies, Research Papers*, nº 41, 2005;

G. STOESSINGER, Jonh.: *The Refugee and the World Community*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1956;

GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas.: *Access to Asylum – International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011;

GARCÍA ANDRADE, Paula.: “La Responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE y el respeto de los derechos fundamentales: Comentario a la sentencia del TJUE de 21 de Diciembre de 2011 en los asuntos N.S. y M.E y otros” in *Revista General de Derecho Europeo*, nº 27, 2012;

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, TIZZANO, Antonio, ALONSO GARCÍA, Ricardo.: *Código de la Unión Europea*, Madrid, 1ª ed., editorial Civitas, 1996;

GARCIA GUTIÉRREZ, Laura.: “La posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en el ELSJ” in JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.): *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008;

_____.: “TJCE – Sentencia de 18.12.2007, Reino Unido/Consejo, C-77/2005 – Creación de la Agencia FRONTEX – Validez – Exclusión del Reino Unido – Acervo y Protocolo de Schengen” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, num.34, septiembre/diciembre, 2009;

GARCÍA MACHO, Ricardo-Jesús.: “El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución española” in AAVV. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo Garcia de Enterría*, v. II, Madrid, ed. Civitas, 1991;

GASPAR, Jorge, LUCINDA FONSECA, Maria.: “A formulação de Políticas Urbanas eficazes na Nova era das Migrações” in PAPADEMETRIOU, Demetrios G. (Coord.): *A Europa e os seus Imigrantes no século XXI*, Lisboa, ed. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 2008;

GEDDES, Andrew.: *Immigration and European integration – Beyond fortress Europe?* Manchester, European Policy Research Unit Series, Manchester University Press, 2008;

GIL-BAZO, Maria Teresa.: “The Protection of Refugees under the Common European Asylum System. The Establishment of a European Jurisdiction for Asylum Purposes and Compliance with International Refugees and Human Rights Law” in *Cadernos Europeos de Deusto*, Bilbao, Num.36/2007;

GIULIANO, Mario.: *Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè, tomo II, 1974;

GONZÁLEZ ALONSO, Luís Norberto.: “La Jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia” in *Revista de Derecho Comunitario Europea*, Año nº 2, nº4, 1998;

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María.: “Efectividad de los Derechos Fundamentales en el Plano Internacional: La Ejecución en España de los Dictámenes y Decisiones Internacionales en materia de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales” in AAVV.: “La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (Dir: Andrés de la Oliva Santos y Coordinadores: Marien Aguilera Morales, Ignacio Cubillo López), Madrid, Colex, 2008;

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Enrique.: “Asilo e Inmigración en la Unión Europea” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 6, nº 13, 2002;

GOODWIN-GILL, Guy S.: “Asylum: The law and politics of change”, *International Journal of Refugee Law*, V.7, nº 1, 1995;

_____.: “The Refugee International Law”, 2ª ed. *University Press*, Oxford, 1998;

_____.: *The refugee in international law*, New York, 2ª Claredon, 1996;

- _____.: *Towards a Comprehensive Regional Policy Approach- The Case for Close Inter-Agency Cooperation*, Ottawa, Carleton University, 1993;
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel.: *Direito Comunitário*, Coimbra, 2ª edição, Almedina, 2003;
- GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J.: *Derecho de Asilo y «No Rechazo » Del Refugiado*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, Dykinson, 1997;
- GOSALBO BONO, Ricardo.: “Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión: insuficiencia y soluciones” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 1, enero/junio, 1997;
- GOUCHA SOARES, António.: “A União Europeia como potência global? As alterações do Tratado de Lisboa na política externa e de defesa” in *Revista Brasileira de Política Internacional*, Vol. 54, nº 1, Brasília, 2001;
- GRAHL-MADSEN, Atle.: *Territorial asylum*, Estocolmo, Almqvist, Wiksel International, 1980;
- GOUDAPPEL, Flora A. N. J., RAULUS, Helena S.: *The Future of Asylum in the European Union? Problems, proposals and human rights*, The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, 2011;
- GROS ESPIELL, Hector.: “Derechos humanos, derechos internacional humanitario y derecho internacional de los refugiados” in *Etudes et Essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en honneur de Jean Pictet*, Genève, Comité International de la Croix-Rouge, 1984;
- _____.: “El derecho internacional americano sobre asilo territorial y extradición en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre estatuto de los refugiados” in AA.VV.: *Asilo y Protección Internacional de Refugiados en America Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982;
- GUILD, E., NIESSEN, J.: *The developing immigration and asylum policies of the European Union. Adopted Conventions, Resolutions, Recommendations, Decisions and Conclusions*, The Hague, Kluwer Law International, 1996;

GUILD, Elspeth, CARRERA, Sergio.: “The European Unión’s Area of Freedom, Security and Justice ten years on” in GUILD, Elspeth, CARRERA, Sergio, EGGENSCHWILER, Alejandro.: *The Area of Freedom, Security and Justice ten years on Successes and Future Challenges under the Stockholm Programme*, Brussels, Centre for European Policy Studies, 2010;

GUILD, Elspeth.: “EU policy on labour migration – A first look at the Commission’s Blue Card Initiative” in *Centre for European Policy Studies*, nº 145, 2007;

GUILLIEN, Raymond, VINCENT, Jean.: *Lexique de termes juridiques*, Paris, Quatrième Édition, Dalloz, 1978;

GUTIÉRREZ CASTILLO, Víctor Luis.: “Reflexiones en torno al tratado por el que se establece una Constitución para Europa: Antecedentes, Elaboración y Aportaciones” in MARÍA DOLORES ADAM MUÑOZ, IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (Coord.): *Nacionalidad, Extranjería y Ciudadanía de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2005;

HAINZ, Michael.: “Una Europa cerrada o una Europa de los derechos” in *Rev. FS.*, núm. 179, 1990;

HARTLING, Poul.: “Declaracion del Señor Poul Hartling en la Apertura del Coloquio sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en America Latina, Ciudad de México, 11 de Maya de 1981” in AA.VV.: *Asilo y Protección Internacional de Refugiados en America Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982;

HAUSER, Denise.: “La protección internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Desarrollo” in “*Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional, Cidadania, Democracia e Direitos Fundamentais*” (ANNONI, Danielle, organizadora), Rio de Janeiro, ed. América Jurídica, 2002;

HERLIHY, Jane, GLEESON, Kate, TURNER, Stuart.: “What Assumptions about Human Behaviour underlie Asylum Judgments?” in *International Journal of Refugee Law*, Vol.22, nº 3, 2010;

HEUVEN GOEDHART, G.J.Van.: “Refugee Problems and their Solution” in *Nobel Lectures Peace 1951-1970*, London, Nobel Foundation, 1999;

HOBGING, Peter.: “The Management of the EU’s External Borders From the Customs Union to Frontex and E-Borders.” in GUILD, Elspeth, CARRERA, Sergio, EGGENSCHWILER, Alejandro.: *The Area of Freedom, Security and Justice ten years on Successes and Future Challenges under the Stockholm Programme*, Brussels, Centre for European Policy Studies, 2010;

IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara.: “El valor de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la sentencia del TJCE en el asunto 540/03” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, num.26, enero/abril, 2007;

JACQUES LE GOFF.: prefacio in Klaus J. BADE.: *Europa en movimiento, Las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días*, Barcelona, Crítica, 2003;

J. BADE, Klaus.: *Europa en movimiento, Las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días*, Barcelona, Crítica, 2003;

J. HATTON, Timothy, G.WILLIAMSON, Jeffrey.: “Refugees Asylum Seekers and Policy in Europe” in *National Bureau of Economic Research (NBER)*, Working paper 10680, 2004;

J. HATTON, Timothy.: “European Asylum Policy” in *IZA Discussion Paper*, nº 1721, 2005;

JACINTO NUNES, Manuel.: *De Roma a Maastricht*, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1993;

JORGE URBINA, Julio.: *Derecho Internacional Humanitario. Conflictos Armados y Conducción de las Operaciones Militares*, Santiago, Tórculo Edicións, 2000;

JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, ARBUE-VIGNALI, Eduardo y PUCEIRO RIPOLL, Roberto: “El asilo, el refugio y la extradición”, Capítulo XVIII, *Derecho Internacional Público. Principios Normas y Estructuras*, Tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1ª edición, mayo de 2008;

JULIEN-LAFERRIÈRE, François.: “Le droit d’asile en question” in *Problèmes politiques et sociaux*, nº 880, Paris, La Documentation française, 13 de Setembro 2002;

KALADHARAN NAYAR, M.G.: “The Right of Asylum in International Law: Its Status and Prospects” in *Saint Louis University Law Journal*, V. XVII, 1972;

KAUNERT, Christian, LÉONARD, Sarah.: “The EU asylum policy: Towards a common area of protection and solidarity?” in WOLFF, Sarah, GOUDAPPEL, Flora A. N. J., ZWAAN, Jaap W. de (editors).: *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm, The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, 2011;*

KLOTH, Karsten.: “The Dublin Convention on Asylum – An Introduction – Dublin Convention – Background and History”, editado por MARINHO, Clotilde.: “The Dublin Convention on Asylum – Its Essence, Implementation and Prospects”, in *European Institute of Public Administration*, 2000;

KLOTH, Karsten.: “The Dublin Convention on Asylum: A General Presentation”, editado por FARIA, Cláudia.: “The Dublin Convention on Asylum – Between Reality and Aspirations” in *European Institute of Public Administration*, 2001;

KOFI ANNAN, prefácio in ACNUR.: *A situação dos Refugiados no Mundo 2000, Cinquenta Anos de Acção Humanitária*, Lisboa, ACNUR, 2000;

LACERDA DE MOURA, Maria.: *Platão, Apologia de Sócrates*, Rio de Janeiro, ed. Tecnoprint, 1967;

LAMASSOURE, Alain.: *Histoire Secrète de la Convention Européenne*, Paris, Éditions Albin Michel, 2004;

LAMBERT, Hélène.: “Building a European Asylum Policy under the ‘First Pillar’ of the Consolidated Treaty establishing the European Community” in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 11, nº 2, 1999;

_____.: “The EU asylum qualification directive, its impact on the jurisprudence of the United Kingdom and International Law”, in *ICLQ*, vol

55, January, 2006;

_____.: “Transnational Judicial Dialogue, Harmonization and the Common European Asylum System” in *ICLQ*, vol. 58, July, 2009;

LANE SCHEPPELE, Kim.: “Other People’s PATRIOT Acts: Europe’s Response to September 11” in *Loyola Law Review*, Vol. 50, 2004;

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz.: *Derecho Europeu – Textos Básicos*, Bilbao, Universidade de Deusto, 1992;

LATER, Celso.: *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988;

LAVENEX, Sandra.: *The Europeanisation of Refugee Policies – between human rights and internal security*, Hampshire (England), Ashgate Publishing Limited, 2002;

LAWRENCE OPPENHEIM, Lassa Francis.: *Tratado de Derecho Internacional Público*, Tradução de LÓPEZ Oliván y CASTRO Rial, Barcelona, Bosch, Tomo I, Vol. II, 1961;

LEAL DE SOUSA, Sérgio Henrique, FRUTUOSO HILDEBRAND, Cecília Rodrigues, CARVALHO DA SILVA BECK, Jucineide.: “Direito Internacional dos Refugiados” in *Revista de Direito*, vol. XI, nº 13, Ano 2008;

LEWIS, Hope.: “Between Irua and “Female Genital Mutilation”: Feminist Human Rights Discourse and the Cultural Divide” in *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 8, 1995;

LINDE PANIAGUA, Enrique.: *El sistema de competencias de la Unión Europea en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Madrid, Colex, 2006;

LIROLA DELGADO, Isabel.: “El Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras. Comentario al Reglamento nº 562/2006 del Parlamento y del Consejo, de 15 de marzo de 2006” in *Revista de Derecho Europeo*, nº 13, mayo, 2007;

_____.: “Los derechos de libre circulación y residencia en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” in RUÍZ MIGUEL, Carlos.: *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicación e Intercambio Científico, 2004;

_____.: “Por fin una política de inmigración de la Unión en el Tratado de Lisboa?” in JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.): *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008;

_____.: *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Madrid, Fundación Universidad Empresa, Civitas, 1994;

LOBO MONTEIRO, Lara.: “Aspectos Históricos e Contemporâneos acerca da Proteção Internacional dos Refugiados” in *Revista Eletrônica de Direito Internacional* (CEDIN), V.I, 2º semestre, 2007;

LOBO-FERNANDES, Luís.: “A Crise do Tratado Constitucional e a Integração Europeia: Os Dilemas da Nova Macrorregião” in *Europa, Europa* (Coord. Alvaro Xosé López Mira, Celso Cancela Outeda), Santiago de Compostela, Tórculo Edicións, 2006;

LÖPER, Friedrich.: “The Dublin Convention on Asylum: Interpretation and Application Problems”, editado por MARINHO, Clotilde.: “The Dublin Convention on Asylum – Its Essence, Implementation and Prospects” in *European Institute of Public Administration*, 2000;

LOPEZ AGUILAR, Juan Fernando.: “Maastricht y la Problemática de la reforma de la Constitución (Unión Europea, derechos de los extrajeros y reforma, constitucional: teoría y case study” in *Revista de Estudios Políticos*, Núm.77, Julio-Septiembre, 1992;

LÓPEZ CASTILLO, Antonio.: “Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, in *Revista de Estudios Políticos*, nº 113, Julio-Septiembre, 2001;

_____.: “En torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE” in *Revista de Estudios Políticos*, nº 113, Julio-Septiembre, 2001;

LÓPEZ GARRIDO, Diogo.: *El Derecho de Asilo, Madrid*, ed. Trotta – Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1991;

_____.: Prólogo in PÉREZ DE NANCLARES, José Martín y URREA CORRES, Mariola.: *Tratado de Lisboa – Textos consolidados del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, Madrid, Real Instituto Elcano, Marcial Pons, 2ª ed. 2010;

LOUIS GAZZANIGA, Jean.: “Le droit d’asile religieux: évolution historique” in AA.VV.: *Droit d’asile, de, voir d’accueil, Paris*, ed. Desclée de Brouwer, 1995;

LUCAS PIRES, Francisco.: “O Direito e a Política de Asilo na União Europeia – Por uma maior juridificação do direito comunitário de asilo” in *Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA*, 66 Colloquia -9 – A Inclusão do Outro, Coimbra, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002;

_____.: *A Revolução Europeia*, Lisboa, Publicação do Gabinete em Portugal do Parlamento Europeu, 2ª edição, 2008;

_____.: *Amsterdão do Mercado à Sociedade Europeia?* Cascais, Principia, 1998;

LUÍSA DUARTE, Maria.: *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública do Direito Comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992;

_____.: *União Europeia e Direitos Fundamentais – No espaço da internormatividade*, Lisboa, Ed. AAFDL, 2006;

MAGNETTE, Paul, WEYEMBERGH, Anne.: *L’Union européenne: La fin d’une crise?* Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2008;

MAGNO, Patrícia.: “Refugiado, Cidadão Universal: uma análise do direito à identidade pessoal” in *Lugar Comum*, nº 27, jan-abr, 2009;

MAGNOS SODER, Rodrigo.: “As (in) definições do conceito de refugiado na União Europeia” in AA.VV.: *Direito, Cidadania & Políticas Públicas*, Porto Alegre, Editora Imprensa Livre, 1ª ed., 2011;

_____.: *O direito de asilo na União Europeia: um olhar normativo sobre a “Europa-Fortaleza”*, dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação

em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, orientada pela Prof^a Dr^a Martha Lucía Olivar Jimenez, Porto Alegre, 2007;

MANGAS MARTÍN, Araceli.: “El escoramiento intergubernamental de la Unión” in JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.): *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008;

_____.: “La Reforma Institucional en el Tratado de Ámsterdam” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, nº 3, enero/jun, 1998;

_____.: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008;

MARTÍN ARRIBAS, Juan José.: *Los Estados Europeos frente al desafío de los Refugiados y el Derecho de Asilo*, Madrid, editorial Dykinson, 2000;

MARTÍNEZ CUADRADO, Miguel.: *El Tratado de Ámsterdam, Análisis y comentarios*, (Dirigido por: Marcelino Oreja Aguirre y Coordinado por: Francisco Fonseca Morillo) Madrid, McGRAW-HILL/Interamericana de España, V.I, 1998;

MARTÍNEZ MARÍN, J., MARTÍN MARTÍN, J., ÁVILA MARTÍN, C.: *Diccionario de Términos Jurídicos*, Granada, editorial Comares, 1994;

MARTÍNEZ SIERRA, José Manuel.: “El Tratado de Niza” in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21, Num. 62, Mayo-Agosto, 2001;

MARTINIELLO, Marco.: “European Citizenship, European Identity and Migrants: Towards the post-National State?” in MILES, Robert y THRÄNHARDT, Dietrich.: *Migration and European Integration – The Dynamics of Inclusion and Exclusion*, London, Pinter Publishers, 1995;

McADAM, Jane.: “Complementary protection and beyond: How states deal with human rights protection”, *working-paper nº 118, Faculty of Law*, University of Sydney, UNHCR, 2005;

MEIJERS, Hans.: “Refugees in Western Europe: “Schengen” affects the entire refugee law” in *International Journal of Refugee Law*, Oxford, Vol. 2, nº 3, 1990;

MELO FRANCO, João e ANTUNES MARTINS, Herlander.: *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*, Coimbra, 3ª ed. Almedina, 1991;

MERON, Theodor.: "Convergence of International Humanitarian Law and Human Rights Law" in WARNER, Daniel.: (editor) *Human Rights and Humanitarian Law, The Quest for Universality*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1997;

MEYERSTEIN, Ariel.: "Retuning the Harmonization of EU Asylum Law: Exploring the Need for an EU Asylum Appellate Court" in *California Law Review*, 93, 1509, 2005;

MIEKO MORIKAWA, Márcia.: *Deslocados internos: Entre a soberania do Estado e a Protecção Internacional dos Direitos do Homem – Uma crítica ao sistema internacional de protecção dos refugiados*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006;

MILLÁN MORO, Lucía.: Prólogo in FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria.: *Asilo y Refugio en la Unión Europea*, Granada, Editorial Comares, 2007;

MILLION-DELSOL, Chantal.: *Le Principe de subsidiarité*, Paris, PUF, 1993;

MINDUS, Patricia.: "Europeanisation of Citizenship within the EU: Perspectives and Ambiguities" in *Jean Monnet European Centre, Università Degli Studi di Trento, Working Papers SS*, nº 2, 2008;

MONAR, J.: "Justice and Home Affairs" in *Journal of Common Market Studies*, annual review, September, V. 37, 1999;

MONAR, Jörg, WESSELS, Wolfgang.: *The European Union after the Treaty of Amsterdam*, London, Continuum, 2001;

MONROY CABRA, Marco Gerardo.: *Derecho Internacional Público*, Santa Fé de Bogotá – Colombia, 4ª Edición, Temis, 1998;

MONTALVÃO SARMENTO, Cristina.: "Europa Transatlântica. Diálogos Culturais e Culturas Estratégicas" in MONTALVÃO SARMENTO, Cristina & FERNANDA ENES, Maria (Coord.): *Cultura – Revista de História e Teoria das Ideias (Ideias de Europa)*, Centro de História da Cultura, UNL, Vol. XIX/IIª Série, 2004;

MONTEIRO, Manuel e FERREIRA, Jorge.: *Tratado de Amesterdão – Edição Comparada, Comentada e Anotada*, Lisboa, Edições Cosmos, 1998;

MOREIRA LOPES, André Ramon, MEDEIROS DE MOURA, Laércio, MENDONÇA DE ROCHA, Leonardo, CARVALHO FILHO, Paulo Bertoldo Medeiros de.: “Asilo político e a intervenção do Brasil na crise Hondurenha” in *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, nº 75, 2010;

MOREIRA, Adriano.: *Teorias das Relações Internacionais*, Coimbra, 5ª ed., Almedina, 2005;

_____.: *Teorias das Relações Internacionais*, Coimbra, 4ª ed., Almedina, 2002;

MOREZ, Francielli.: “O Refúgio e a Questão da Identificação Oficial dos Refugiados no Brasil” in *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Vol. 5, 2009;

MORGADES GIL, Silvia.: “La Protección de los Demandantes de Asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del tribunal europeo de los Derechos Humanos” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.37, Madrid, septiembre/diciembre, 2010;

MOTA DE CAMPOS, João.: *Direito Comunitário*, Lisboa, 5ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Vol. I, 1989;

MOUSSALLI, Michel.: “Declaracion del Director de Proteccion Internacional de Refugiados en el Coloquio de Mexico”, in AA.VV.: *Asilo y Protección Internacional de Refugiados en America Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982;

MUÑOZ AUNIÓN, Antonio.: *La Política Común Europea del Derecho de Asilo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006;

MUSALO, Karen.: “A short History of Gender Asylum in the United States: resistance and ambivalence may very slowly be Inching towards recognition of women’s claims” in *Refugee Survey Quarterly (RSQ)*, Vol. 29, nº 2, 2010;

NAYER, André.: “La Communauté Européenne et les refugies” in *Revue Belge de Droit International*, vol. XXII, 1989;

NOGUEIRA DE BRITO, Miguel.: “O Patriotismo como Civilidade: Egas Moniz, Maquiavel e as Nações Europeias” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XIII, Nº 2, Coimbra Editora, 2001;

NOREK, Claude.: “Le droit d’asile en France dans la perspective communautaire” in *Revue Française de Droit International*, nº 5 (2), 1989;

NORMAN, Peter.: *The Accidental Constitution – The making of Europe’s Constitutional Treaty “...the definitive account ...”* *The Economist*, Brussels, EuroComment, 2005;

_____.: *The Accidental Constitution, The making of Europe’s Constitutional Treaty*, Brussels, EuroComment, 2005;

NORONHA RODRIGUES, José.: “A “Constituição Europeia” e o Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça” in *Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela – Dereito*, vol. 17, nº 2, 2008;

_____.: “Espaço de Liberdade, de Segurança e Justiça (ELSJ) ou Espaço de Segurança, Liberdade e Justiça (ESLJ)” in EUROPE DIRECT – Rede de Informação da União Europeia, no *Jornal Açoriano Oriental e Jornal Diário Insular*, de 3 de Junho de 2010;

_____.: “The “European Constitution” and the Space of Freedom, Security and Justice”, in AA.VV.: *Direito, Cidadania & Políticas Públicas* (Coord. Rodrigo Soder, Marli M. M. da Costa, Ricardo Hermany), Porto Alegre, Brasil, 1ª edição Impresa Livre, 2011;

_____.: “European Constitution” and the Space of Freedom, Security and Justice” in *European Scientific Journal*, European Scientific Institute, Vol. 10, March, 2011;

_____.: “Las Lenguas y los Derechos Lingüísticos en la Unión Europea” in *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, nº 14, 2010;

_____.: “Política Exterior e de Segurança Comum” in *Revista SCIENTIA IURIDICA* da Universidade de Minho (CEJUR) Toma LVIII – nº 317 – Janeiro-Março, 2009;

_____.: “European Common Foreign and Security Policy” in *European Scientific Journal*, European Scientific Institute, Vol. 10, March, 2011;

_____.: “A Cidadania e os Direitos Fundamentais para o século XXI”, AA.VV.: *Temas de Integração*, Coimbra, Almedina, nº 29 e 30, 1º e 2º Semestre de 2010;

_____.: “Políticas de Asilo e de Direito de Asilo na União Europeia” in *Revista SCIENTIA IURIDICA* da Universidade de Minho (CEJUR) Toma LIX – nº 321 – Janeiro-Março, 2010;

NÚÑEZ FEIJÓO, Alberto.: Prologo in *TRATADO DA UNIÓN EUROPEA E TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÓN EUROPEA – Versións Consolidadas tras o Tratado de Lisboa – Edición Comentada*, Santiago, Fundación Galicia Europa, 2010;

O'DOWD, John.: “Mutual Recognition in European Immigration Policy: Harmonised Protection or Co-ordinated Exclusion?” in J.GOUDAPPEL e S.RAULUS.: *The future of asylum in the European Union - Problems, proposals and human rights*, The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, Springer, 2011;

OLESTI RAYO, Andreu.: “Las Políticas de la Unión Europea relativas al control en las Fronteras, Asilo e Inmigración”, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Consejería de Justicia y Administración Pública, número 10, Julio-Diciembre de 2008;

_____.: “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – TJCE-Sentencia de 31-01-2006, Comisión/España, C-503/03, Libre circulación de personas, Sistema de Información de Schengen, Lista de no Admisibles” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, num. 25, Madrid, septiembre-diciembre, 2006;

OLIVÁN LÓPEZ, Fernando.: “La nación difusa: la inmigración y la búsqueda de los Derechos políticos” in *Studia Carande*, 1999;

ORAÁ, Jaime, GÓMEZ ISA, Felipe.: *Textos básicos de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000;

ORDÓÑEZ SOLÍS, David.: “El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea” in *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119,

enero/marzo, 2003;

ORTEGA TEROL, Juan Miguel.: “Asilo y refugio, de la vocación protectora al temor al otro y la pulsión por la seguridad”, in TRUJILLO PÉREZ, Antonio Javier, ORTEGA TEROL, Juan Miguel (Coordinadores).: *Inmigración y asilo – Problemas Actuales y Reflexiones al hilo de la nueva ley*, Madrid, ediciones Sequitur, 2010;

_____.: “Presentación: Asilo y refugio en Europa, de la vocación protectora al temor al otro y a la pulsión por la seguridad” in TRUJILLO PÉREZ, Antonio Javier, ORTEGA TEROL, Juan Miguel (Coordinadores).: *Inmigración y asilo – Problemas Actuales y Reflexiones al hilo de la nueva ley*, Madrid, ediciones Sequitur, 2010;

ORTEGA y GASSET, José.: *Europa y la Idea de Nación (Y Otros Ensayos sobre Problemas del Hombre Contemporáneo)*, Madrid, Alianza Editorial, 1998;

P. AUS, Jonathan.: “Eurodac: A Solution Looking for a Problema?” in *European Integration online Pap* (ELOP), 2006;

PAPADEMETRIOU, Demetrios G., O’NEIL, Kevin.: “Estratégias de Selecção de Imigrantes Económicos” in PAPADEMETRIOU, Demetrios G. (Coord.).: *A Europa e os seus Imigrantes no século XXI*, Lisboa, ed. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 2008;

PAPADEMETRIOU, Demetrios G.: “Gerir melhor as migrações internacionais: princípios e perspectivas para maximizar os benefícios das migrações” in PAPADEMETRIOU, Demetrios G. (Coord.).: *A Europa e os seus Imigrantes no século XXI*, Lisboa, ed. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 2008;

PASCOUAU, Yves, LALAYLE, Henri.: *Conditions for Family Reunification Under Strain – A comparative study in nine EU member states*, Brussels, European Policy Centre, 2011;

PASTOR POLOMAR, Antonio.: “La regla inclusio unius exclusio alterius y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, el Reino Unido y los otros” in JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.).: *El*

Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional, Madrid, Iustel, 2008;

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio.: “La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales” in JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.): *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008;

PATRNOGIC, Jovica.: “Réflexions sur la relation entre le droit international humanitaire et le droit international des Réfugiés, leur promotion et leur diffusion” in *Rev. RC.*, 1988;

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, LLAMAS CASCÓN, Ángel, FERNÁNDEZ LIESA, Carlos.: *Textos Básicos de Derechos Humanos – Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, (BARRANCO AVILÉS, M^a Del Carmen, DOMÍNGUEZ REDONDO, Elvira, ESCUDERO ALDAY, Rafael, PAVÓN PÉREZ, Juan Antonio, RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel, Dirs.), Navarra, Editorial Aranzadi, 2001:

PENNINX, Rinus.: “Os processos de integração dos imigrantes: Resultados da investigação científica e opções políticas.” in PAPADEMETRIOU, Demetrios G. (Coord.): *A Europa e os seus Imigrantes no século XXI*, Lisboa, ed. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 2008;

PERÉZ DE NANCLARES, José Martín y.: “Comentario a lo artículo 18º Derecho de Asilo” in MANGAS MARTÍN, Araceli (Dir.): *Carta de Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008;

_____.: “La Flexibilidad en el Tratado de Amsterdam: Especial referencia a la noción de cooperación reforzada” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 2, nº 3, 1998;

_____.: *La inmigración y el asilo en la Unión Europea – Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, Editorial Colex, 2002;

_____.: in MANGAS MARTÍN, Araceli (Dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo*,

Bilbao, Fundación BBVA, 2008;

_____.: “La entrada en vigor del Tratado de Lisboa: Un nuevo marco jurídico estable para el desarrollo de la Unión Europea” in PÉREZ DE NANCLARES, José Martín y, URREA CORRES, Mariola.: *Tratado de Lisboa – Textos consolidados del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, Madrid, Real Instituto Elcano, Marcial Pons, 2ª ed. 2010;

PÉREZ DE NANCLARES, José Martín, URREA CORRES, Mariola.: *Tratado de Lisboa*, Madrid, Marcial Pons, 2008;

PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel.: “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto” in *Derecho Internacional Humanitario* (Coord. José Luis Rodríguez –Villasante y Prieto), Cruz Roja Española - Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002;

PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio, URUBURU COLSA, Juan Manuel.: *História da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

PEYDRO CARO, Miguel.: *Delitos político, extradición y derecho de asilo*, Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, Madrid Ediciones de Conferencias y Ensayos, 1960;

PHILIPPE SÉGUR, Philippe.: *La Crise du droit d`asile*, Paris, PUF, 1998;

PINTO OLIVEIRA, Andreia Sofia.: *O Direito de Asilo na Constituição – Âmbito de Protecção de um Direito Fundamental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

PIZA ESCALANTE, Rodolfo E., CISNEROS SANCHEZ, Maximo.: “Algunas ideas sobre la incorporacion del derecho de asilo y de refugio al sistema interamericano de derechos humanos” in AA.VV.: *Asilo y Protección Internacional de Refugiados en America Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982;

PONS RAFOLS, Xavier.: “Las Cooperaciones Reforzadas en el Tratado de Niza” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 9, enero-junio, 2001;

- PONTE IGLESIAS, Maria Teresa.: *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual*, Santiago, Tórculo Edicións, 2000;
- PONZ RAFOLS, Xavier.: “Las Potencialidades de las cooperaciones reforzadas en la Unión” in JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.): *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008;
- PRAKASH SINHA, Surya.: *Asylum and International Law*, The Hague, Martinus, Nijhoff, 1971;
- PRAT BALLESTER, Jorge.: *La Lucha por Europa, Barcelona*, 1ª ed. Luís Miracle editor, 1952;
- PRICE, Matthew E.: *Rethinking Asylum: History, Purpose, and Limits*, Combridge, Cambridge University Press, 2009;
- QUADROS, Fausto.: *Direito da União Europeia*, Coimbra, ed. Almedina, 2004;
- QUEL LÓPEZ, Francisco Javier.: “Análises de las Reformas en el Espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza “in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 5, nº 9, 2001;
- RAIMUNDO, Isabel.: *Imperativo Humanitário e Não-Ingerência – Os novos desafios do Direito Internacional*, Lisboa, Edições Cosmos – Instituto de Defesa Nacional, 1999;
- RAIMUNDO POPPER, Karl.: *Autobiografia intelectual*, S. Paulo, 2ª ed. Cultrix, 1986, p.94;
- RAITIO, Juha.: “A few remarks to evaluate the Dublin System and the Asylum Acquis” in J.GOUDAPPEL e S.RAULUS.: *The future of asylum in the European Union - Problems, proposals and human rights*, The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, Springer, 2011;
- RAULUS, Helena.: “Fundamental Rights in the area of Freedom, Security and Justice” in WOLFF, Sarah, GOUDAPPEL, Flora A. N. J., ZWAAN, Jaap W. de (editors): *Freedom, Security and Justice after Lisboan and Stockholm*, The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, 2011;

REAL MOLINA. Ricardo Villa Real, ARCO TORRES, Miguel Ángel Del.: *Diccionario de Términos Jurídicos*, Granada, 2ª edición, Comares Editorial, 2006, p. 42;

REALE, Egídio.: “Le Droit d’Asile”, *RCADI*, I, 1938;

REDONET Y LÓPEZ-DORIGA, Luís.: *Nacimiento del derecho de asilo*, Discursos leídos ante la Real Academia de la Historia, Madrid, 1928;

REYES BETANCOURT, Mauricio.: “La crisis del asilo y el refugio en América Latina” in *International Association for the Study of Forced Migration (IASFM)*, IASFM13: Governing Migration, 2011;

RICCI ASCOLI, Alessandra.: “Conditions and Criteria for Determining Asylum” in J. GOUDAPPEL e S. RAULUS.: *The future of asylum in the European Union - Problems, proposals and human rights*, The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, Springer, 2011;

RICO ALDAVE, Hipólito.: *El Asilo histórico. Análisis institucional y fuentes jurídicas. Su incidencia en Navarra*, Navarra, ed. Universidad Pública de Navarra, 2010;

RIMMER, Susan Harris.: “Women cut in half: Refugee women and the Commission for reception, truth-seeking and reconciliation in Timor-Leste” in *Refugee Survey Quarterly (RSQ)*, Vol. 29, nº 2, 2010;

ROCHA, Garcia da.: “ O Direito de Asilo no âmbito comunitário e no acordo Schengen” in *Portugal, a Europa e as Migrações*, Lisboa, Conselho Económico e Social, 1995;

RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro.: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” in *Societas & Lex. Revista de la Justicia, ls Finanzas y las Nuevas Tecnologías*, nº 3-4, 2001;

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (Coord.): *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002;

ROLDÁN BARBERO, Javier.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: Su Estatuto Constitucional” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 7, Núm.16, Septiembre-Diciembre, 2003;

RONDANINI, Alejandro.: “El Derecho a solicitar asilo” in AAVV.: *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, capítulo XIV, 1997;

ROUGEMONT, Denis de.: *Vingt-Huit Siècles D'Europe – La conscience européenne a travers les textes d'Hésiode a nos jours*, Paris, Librairie Payot, 1961;

RUIZ DE SANTIAGO, Jaime.: “Temas relevantes del Derecho Internacional de los Refugiados con respecto al problema de los refugiados en América Latina” in *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, V.I, nº 1, 1999;

RUÍZ MIGUEL, Carlos.: “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” in RUÍZ MIGUEL, Carlos.: *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2004;

SÁ, Luís.: *A Crise das Fronteiras, Estado, Administração Pública e União Europeia*, Lisboa, Edições Cosmos, 1997;

SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés.: “El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio” in JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.): *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008;

SAJÓ, András.: “Constitutional Law in Twenty Years from Now” in *ACTA JURÍDICA HUNGARICA*, 42, nºs 3-4, 2001;

SALINAS DE FRÍAS, ANA.: “La protección frente a la mutilación genital femenina” in TRUJILLO PÉREZ, Antonio Javier, ORTEGA TEROL, Juan Miguel (Coordinadores): *Inmigración y asilo – Problemas Actuales y Reflexiones al Hilo de la Nueva Ley*, Madrid, Ediciones Sequitur, 2010;

SALVADOR LARA, Jorge.: “El concepto de asilado territorial según los convenios interamericanos y la noción de refugiados según los instrumentos internacionales de Naciones Unidas” in AA.VV.: *Asilo y protección internacional de refugiados en America Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982;

SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel.: “A propósito de la nueva Ley de asilo” in TRUJILLO PÉREZ, Antonio Javier, ORTEGA TEROL, Juan Miguel (Coordinadores).: *Inmigración y asilo – Problemas Actuales y Reflexiones al Hilo de la Nueva Ley*, Madrid, Ediciones Sequitur, 2010, p. 31;

SANDERSON, Mike.: “Book reviews – Alexandre BETTS, Protection by Persuasion: International Cooperation in the Refugee Regime, Cornell University Press, Ithaca, 2009, xiii + 214 pp, ISBN 978-0-8014-4824-9” in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 0, nº 0, 2010;

SEPÚLVEDA, Cesar.: “El asilo Territorial en el Sistema Interamericano. Problemas Capitales”, in AA.VV.: *Asilo y protección internacional de refugiados en America Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982;

_____.: “Palabras Del Licenciado Cesar Sepúlveda en la Clausura del Coloquio sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en America Latina” in AA.VV.: *Asilo y protección internacional de refugiados en America Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982;

SEVERIANO TEIXERIA, Nuno.: “A Identidade Europeia de Segurança e Defesa: Enquadramento Conceptual e Prospectivo” in AA.VV.: *Portugal e a Identidade Europeia de Segurança e Defesa*, Lisboa, Centro de Estudos EuroDefense – Portugal, Caderno 1, 1999;

SIBERT, Marcel.: “Questão de asilo territorial na Idade Média” in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Ano VII, Nº 15 e 16, Janeiro-Dezembro, 1952;

SICILIA OÑA, Beatriz.: *Derechos Fundamentales y Constitución Europea*, Vitoria-Gasteiz, Ararteko, 2006;

SILENZI CIANCIARULO, Marisa.: “Terrorism and Asylum Seekers: Why the real ID ACT is a false promise” in *Legal Studies Research Paper Series*, Chapman University – School of Law, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, Paper nº 8-71, 2006;

SOLANES CORELLA, Angeles.: “Un decálogo sobre la crisis del asilo en España” in *Revista de ciencias sociales*, nº 218, 2010;

SPENCER, Sarah.: “O desafio da integração na Europa” in PAPADEMETRIOU, Demetrios G. (Coord.): *A Europa e os seus Imigrantes no século XXI*, Lisboa, ed. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 2008;

STEINER, George.: *A ideia de Europa*, Lisboa, ed. Gradiva, 2004;

STOFFEL VALLOTTON, Nicole.: “La adhesión de la UE al Convenio Europeo de los Derechos Humanos” in JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.): *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008;

TERLOUW, A., GORDON, C., LAURENCE, L.: “A New Immigration law for Europe? The 1992 London and 1993 Copenhagen Rules on Immigration”, Nederlands Centrum Buitenlanders, Standing Committee of Experts, International Immigration, *Refugee and Criminal Law*, 1993;

THIELEMANN, Eiko R.: “Does Policy Matter? On Governments’ Attempts to Control Unwanted Migration” in (IIIS) *Discussion Paper n° 9*, Institute for International Integration Studies, Trinity College Dublin, 2003;

TORRES, Mário.: “A Lei dos Estrangeiros face à Constituição” in *O Cidadão – Revista Trimestral de Direitos Humanos*, ano I, n° 2, Abril-Maio-Junho, 1993;

TRUJILLO HERRERA, Raúl.: “La Política de Asilo de la Unión Europea a la Luz del Actual Paradigma de Seguridad” in *Revista de Estudios Políticos*, Núm.127, Madrid, enero-marzo, 2005;

_____.: *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*, Madrid, ed. DYKINSON, 2003;

URBANO DE SOUSA, Constança.: “A protecção temporária enquanto elemento de um sistema Europeu de asilo. A proposta de directiva comunitária sobre protecção temporária” in *Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano II, N° 3 – 2001;

URIARTE ARAÚJO, Daoiz G.: “Los Límites a los Derechos Humanos en la Declaración Universal” in AAVV.: *50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Montevideo, 1º ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2001;

URREA CORRES, Mariola.: *La Cooperación reforzada en la Unión Europea, Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Madrid, Colex, 2002;

V. GARLICK, Madeline.: “The Common European Asylum System and the European Court of Justice New Jurisdiction and New Challenges” in GUILD, Elspeth, CARRERA, Sergio, EGGENSCHWILER, Alejandro.: *The Area of Freedom, Security and Justice ten years on Successes and Future Challenges under the Stockholm Programme*, Brussels, Centre for European Policy Studies, 2010;

VALLE GÁLVEZ, Alejandro Del.: “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa” in JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.): *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008;

_____.: “La Refundación de la Libre Circulación de Personas, Tercer Pilar y Schengen el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 3, 1998;

_____.: “Las Fronteras de la Unión – El modelo Europeo de Fronteras” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 6, nº 12, 2002;

VAN DE RIJT, Wouter.: “Schengen depuis de 26 mars 1995” in DEN BOER, Mónica.: *The Implementation of Schengen: First the Widening Now the Deepening*, Netherlands, European Institute of Public Administration, 1997;

VAN DER WOUDE, Mar, MEAD, Philip.: “Free movement of the tourists in Community Law” in *Common Market Law Review (CMLR)*, 1988;

VAN HÖVELL, W.: “The Goals of the Common European Asylum System” in J. GOUDAPPEL e S. RAULUS.: *The future of asylum in the European Union - Problems, proposals and human rights*, The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, Springer, 2011;

VANDVIK, Bjarte.: “Extraterritorial Border Controls and Responsibility to Protect: a View from ECRE” in *amsterdamlawforum*, VU University Amsterdam, Vol. 1:1, 2008;

_____.: “The Future of Asylum in Europe? A View from the European Council on Refugees and Exiles” in J. GOUDAPPEL e S. RAULUS.: *The*

future of asylum in the European Union - Problems, proposals and human rights, The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, Springer, 2011;

VEDSTED-HANSEN, Jens.: “Conditions and Criteria for Determining Asylum” in J. GOUDAPPEL e S. RAULUS.: *The future of asylum in the European Union - Problems, proposals and human rights*, The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, Springer, 2011;

VERCAUTEREN, Pierre.: “European Integration and the Crisis of the State”, Queen’s Paper on Europeanization, nº 7, 2001;

VIEIRA DE PAULA, Bruna.: “O princípio de non-refoulement, sua natureza Jus Cogens e a protecção internacional dos Refugiados” in *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Ano 7, Vol. 7, Número 7, 2006-2007;

VILLAPPANDO, Wando.: “Nuevas características del asilo com especial referencia a la situación Europea” in *ELSA – Direitos Humanos: a promessa do século XXI*, Porto, Universidade Portucalense, ELSA, 1996;

VINK, Maarten P.: “Negative and Positive Integration in European Policies” in *European Integration online Papers* (EIoP), Vol. 6, nº 13, 2002;

VITORINO, António.: “Introdução” in PAPADEMETRIOU, Demetrios G (Coord.): *A Europa e os seus Imigrantes no século XXI*, Lisboa, ed. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 2008;

_____.: *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Cascais, 1ª ed. Principia, 2002, p.13.

WALZER, Michael.: *As Esferas da Justiça – Em defesa do pluralismo e da igualdade*, Lisboa, Editorial Presença, 1999;

WEIS, Paul.: “Recent Development in the Law of Territorial Asylum” in *RDH*, I, 39, 1968;

WERLE, Gerhard.: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005;

WIHTOL DE WENDEN, Catherine.: *La citoyenneté européenne*, Paris, Presses de Sciences Politiques, 1997;

_____.: *L'Immigration en Europe*, Nancy, Collection "Vivre en Europe", ed. La Documentation française, 1999; WOLFF, Sarah, GOUDAPPEL, Flora A. N. J., ZWAAN, Jaap W. de.: "The are of Freedom, Security and Justice" in WOLFF, Sarah, GOUDAPPEL, Flora A. N. J., ZWAAN, Jaap W. de (editors).: *Freedom, Security and Justice after Lisboan and Stockholm*, The Hague, The Netherlands, T.M.C.Asser Press, 2011;

WOLFF, Sarah, TRAUNER, Florian.: "A European Migration policy fit for future challenges" in WOLFF, Sarah, GOUDAPPEL, Flora A. N. J., ZWAAN, Jaap W. de (editors).: *Freedom, Security and Justice after Lisban and Stockholm*, The Hague, The Netherlands, T.M.C.Asser Press, 2011,;

WOLFF, Sarah, ZAPATA-BARRERO, Ricard.: "Border Management: impacting on the construction of the EU as a Polity?" in WOLFF, Sarah, GOUDAPPEL, Flora A. N. J., ZWAAN, Jaap W. de (editors).: *Freedom, Security and Justice after Lisboan and Stockholm*, The Hague, The Netherlands, T.M.C.Asser Press, 2011;

YVES CARLIER, Jean.: "Réfugiés Refusés" in *Journal of Refugee Studies*, nº. 41, Brussels, 1986;

ZOLTÁN MEHENSZ, Cortel.: "El Derecho de Asilo de los Antiguos Grego-Romanos" in *Revista La Ley*, Tomo 108, 1962.

-

¹ Este artigo foi redigido com base nas conclusões extraídas da tese de doutoramento em direito, defendida e aprovada "Com Laude" na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, sob a douda orientação das Professora Doutora Maria Teresa Ponte Iglesias e Professora Doutora Isabel Lirola Delgado.

² Diretor do Centro de Estudos Jurídico-Económico (CEJE), Professor Auxiliar na Universidade dos Açores e Coordenador da área de Direito na mesma Universidade, Doutor em Direito (Ph.D.) pela Universidade de Santiago de Compostela, grau de Doutor em Direito reconhecido pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre em Direito (DEA) e em Relações Internacionais, email: noronha@uac.pt

³ Cfr. http://www.inforpress.publ.cv/index.php?option=com_content&task=view&id=61364&Itemid=2, consultado a 1/3/2015.

⁴ (*) Inspirado na Lei Portuguesa nº 27/2008, de 30 de Junho.
JO L 349 de 25.11.2004, p.1.

- ⁵ JO L 378 de 27.12.2006, p. 41-71.
- ⁶ JO L 53 de 22.2.2007, p.1.
- ⁷ JO L 144 de 06.06.2007, p.1.
- ⁸ JO L 144 de 6.6.2007, p. 22.
- ⁹ JO L 144 de 6.6.2007, p. 45.
- ¹⁰ COM (2007) 301 final, Bruxelas, 6.6.2007.
- ¹¹ JO L 131 de 21.5.2008, p. 7.
- ¹² COM (2008) 359 final, Bruxelas, 17.6.2008.
- ¹³ DOC. 14358, Bruxelas, 16.10.2008.
- ¹⁴ JO C 115 de 4.5.2010, p.1.
- ¹⁵ JO L 132 de 29.5.2010, pp. 11-28.
- ¹⁶ V.g. Recomendação 293 (1961), 434 (1965), 564 (1969), 775 (1976), 773 (1976), 787 (1976), 1016 (1985), 1088 (1988), 1163 (1991), 1236 (1994), 1237 (1994), 1309 (1996), 1327 (1997), 1475 (2000), 1440 (2000), 1470 (2000), 1624 (2003), 1645 (2004), 1703 (2005), 1768 (2006), 1808 (2007) e outros.
- ¹⁷ JO C 340 de 10.11.1997.
- ¹⁸ O Gabinete de Apoio entra em pleno funcionamento até 19 de Junho de 2011.
- ¹⁹ JO L 316 de 15.12.2000, p. 1-10 e JO L 062 de 05.03.2003, p. 1-5.

OS EUROPEUS NA CONSTRUÇÃO EUROPEIA ESBOÇO DE UMA CIDADANIA EUROPEIA

Durante muito tempo fui *anti-europeu* (...) No entanto, renegando-a, eu prestava inconscientemente homenagem à Europa.

Adolescente, tinha adquirido, como muitos sem o saber, uma educação europeia. Foi o seu rasto que me levou a preferir a humanidade às pátrias e era ele quem me convidava a contestar os nacionalismos e a apreciar o cosmopolita, era o humanismo europeu que me conduzia além da província europeia em nome do universal. Edgar Morin, *Pensar a Europa*

Isabel Baltazar

Embora a dimensão da cidadania europeia esteja inscrita, há mais de vinte anos, no Tratado de Maastricht (1992)²⁰, onde pode ler-se: “ É instituída a Cidadania da União” e, a seguir, “É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-membro”²¹, na realidade, trata-se de um mecanismo formal de afirmação de um direito não assumido e, por isso, não vivido pelos cidadãos dos 28 estados membros. Não é, por isso, de estranhar que o ano de 2013 tenha sido o Ano Europeu dos Cidadãos, para mostrar, pelo menos, a existência implícita de uma Cidadania na União Europeia. No entanto, o balanço foi insatisfatório, como mostram os resultados das sondagens aos cidadãos da Europa sobre

esta temática, que revelam bem a ignorância sobre o tema, ou, se o conhecem, manifestam-se tendencialmente pela negativa, como veremos a seguir.

Uma Europa dos Cidadãos?

A propósito da celebração do Ano dos Cidadãos, Portugal acolheu a vice-presidente da Comissão Europeia, Viviane Reading, no dia 22 de Fevereiro, na Sala dos Capelos, em Coimbra, para um debate com os cidadãos. Se no próprio local foram evidentes as expressões de sentimentos antieuropeístas ou, pelo menos, de posições marcadamente cépticas sobre a existência de uma verdadeira cidadania activa, a imprensa marcaria, sem dúvida, um tom crítico e assumidamente negativo. Luís Reis Torgal afirmaria:

“Tratou-se, todavia, de um debate? Claro que não. Estes actos, assim realizados, acabam por justificar os políticos que representam uma determinada linha de acção e nada discutem, nem sequer ouvem, porque um verdadeiro debate é outra coisa – é um tempo da razão e de consciência crítica e não um *espectáculo do poder*. E que tem feito esta Europa pela universidade? Inventou-se o Erasmus, que saudavelmente pretendia promover a internacionalização dos alunos...criou-se o processo de Bolonha, que partiu de uma *declaração* com boas intenções, mas que se prolongou com outros objectivos, alargando o tempo de vida do estudante na universidade, sem acentuar a exigência da sua formação. Aumentou o número de graduados, sobretudo mestres e doutores, muitos que continuam, no entanto, à espera de um trabalho com o mínimo de estabilidade. Multiplicam-se comissões de avaliação, de reconhecimento da qualificação das instituições, sem que elas na verdade tivessem melhorado. Surgem os rankings e fala-se de inputs e de outputs. Ouvem-se constantemente palavrões e palavras como

empreendedorismo, alavancagem, excelência, porque esta vai faltando, diluídas na massificação (...).

Provavelmente, muitos professores e estudantes nem estiveram presentes no tal “debate” porque não podiam faltar às aulas, que agora constituem menos espaços do saber mas unidades burocráticas, tal como não podem participar em conferências e colóquios, que os levariam a pensar. E torna-se cada vez mais perigoso pensar (...). Naturalmente, também eles...esperam por uma fénix renascida das cinzas. Não quero ouvir o discurso desta *Europa*, que já não é a Europa dos Cidadãos, nem mesmo a Europa dos Estados, e muito menos a Europa da Cultura”²².

Apesar das tentativas forçadas de incluir na construção europeia uma cidadania europeia, formalmente prevista como sabemos, mas forçada, tão forçada como a paz saída de Versalhes, e que viria a revelar-se numa “paz podre”. Esta Cidadania, inscrita nos tratados e objecto dos mais eloquentes discursos dos políticos, não é vivida como uma cidadania activa, objectivo essencial para lhe dar a necessária visibilidade. Por isso, à questão “Tu és um cidadão português, um cidadão europeu ou os dois?”, até os mais jovens respondem: “Eu sinto-me mais português, também sou dinamarquês, não é? Mas sinto-me português e dinamarquês, não me sinto...assim europeu... Quer dizer, claro que me sinto mais europeu do que africano! Mas não me sinto propriamente um cidadão europeu”²³.

Europa e Europeus

É de salientar que, embora as elites intelectuais, desde os pais fundadores da Europa, sempre tenham incluído os europeus na Construção Europeia, as políticas foram em sentido bem diferente, construindo uma Europa a partir de alicerces económicos e fachada jurídica, sendo, agora, difícil inverter a situação, incluindo políticas sociais e instituindo um capítulo específico sobre a cidadania da união. No entanto, as palavras sobre uma Europa para os europeus dos visionários da Europa não ficariam esquecidas pela História que lhes virá dar razão. Um desses homens seria a figura marcante de Jean Monnet que, nas suas *Memórias*²⁴, para além da sua autobiografia, faz uma reflexão aprofundada sobre a ideia de uma verdadeira união europeia que não pode emergir sem uma união dos povos europeus. As suas palavras são o reflexo da consciência da distância entre o ideal europeu e a realidade europeia em projecto. No seu tempo como no tempo em que vivemos:

“Quando consideramos este período, que correspondia à metade do século, chama-nos a atenção a extraordinária efervescência intelectual que havia em torno do ideal europeu. Se retermos os manifestos dos partidos e dos movimentos militantes, as declarações dos dirigentes políticos e os artigos na imprensa – o *Economist* e o *Times* de Londres publicavam editoriais admiráveis dignos do *Federalist* de Jay, Hamilton e Madison –, temos o sentimento de que uma corrente de pensamento tão rica como essa só poderia levar à realização da mais ampla unidade europeia. E é verdade que o vocabulário e a dialéctica comunitária de hoje já estavam fixados na época, mas isso não tinha nada a ver com a acção. Em 1946, em Zurique, Churchill apelava no sentido da criação urgente dos Estados Unidos da Europa – mas tinha em mente o Conselho da Europa. Em 1929, em Genebra, Briand preconizava uma ligação federal entre os **povos da Europa** – mas tinha especificado que os direitos soberanos dos Estados não seriam com isso afectados. Não

obstante, a opinião estava convencida de que as fórmulas mágicas tinham sido pronunciadas e não compreendia que a realidade resistisse de forma tão obstinada”²⁵.

Este fundador da Europa tinha consciência de que a realidade não correspondia ao ideal europeu, e de que os povos não participavam do projecto europeu que, cada vez mais, ia mostrando que os interesses dos estados se sobrepunham aos interesses dos cidadãos. E a união europeia pensada pelos fundadores era, cada vez mais, uma comunidade de interesses económicos e de uma rivalidade, mesmo que camuflada, entre os estados dessa pretensa união: “Em contrapartida, preocupávamo-nos com a situação real, que longe dos aproximar da união europeia, progressivamente afastava as oportunidades desta. A França opunha-se aos seus aliados relativamente à política alemã e a sua diplomacia mergulhava no passado”²⁶. Jean Monnet confessava que o próprio Robert Schuman estava desiludido com o desenrolar dos acontecimentos:

“Para um homem sensível que tinha estabelecido como objectivo supremo da sua vida política a reconciliação entre os dois povos, foi o início de um período de grande perplexidade. *Que fazer?* perguntava aos que o rodeavam. Os meus sentimentos, ele conhecia-os: *A paz só pode assentar na igualdade – dizia-lhe eu. Falhámos a paz em 1919 porque lhe introduzimos discriminação e espírito de superioridade. Estamos a recomeçar os mesmos erros*”²⁷.

Palavras sobre o curso da História e a sua repetição, e que as lições da História não são, por vezes, bem aprendidas. A paz só era verdadeira se fosse uma paz entre os povos da Europa, e não resultava de acordos de interesses entre os estados. Era algo anímico e muito mais profundo. Então, como hoje, era preciso construir os baluartes da paz através de sentimentos de união de valores entre os povos da Europa, conduzidos pela voz dos seus estados: “Nada é possível sem os homens, nada é duradouro sem as

instituições”²⁸. Jean Monnet era um visionário desta Europa Unida dos Povos, mas tinha bem consciência das dificuldades de todo o lento processo de construção europeia, pelo seu pioneirismo:

“Queremos estabelecer as relações da França e da Alemanha numa base inteiramente nova...e virar aquilo que os dividia, nomeadamente as indústrias de guerra, para um benefício comum que será também o benefício da Europa. A Europa reencontrará então o papel eminente que desempenhava no mundo e que as suas divisões lhe fizeram perder. A sua unidade não prejudicará a sua diversidade, bem pelo contrário. Essa diversidade, que é a sua riqueza, será benéfica para a civilização e influenciará a evolução de potências como a própria América”²⁹.

Esta unidade na diversidade apontava o caminho para o respeito pela identidade dos seus cidadãos, com a possibilidade de conjugação com uma identidade comum europeia perante outros povos e estados fora da Europa. O ideal europeu de Jean Monnet e Robert Schuman parecia bom, mas difícil de realizar. Muitos desafios se colocavam, dentro e fora da própria Europa, e os efeitos das guerras sucessivas e de uma paz trémula passavam para os cidadãos da Europa, que viviam tempos de intranquilidade e a quem a ideia de Europa parecia uma quimera e a possibilidade até de novos conflitos emergentes. Também o chanceler Adenauer tinha esta consciência:

“No decurso das nossas conversas, achei-o preocupado, tal como eu, com os efeitos psicológicos da nova guerra fria, que cindia a opinião pública europeia, objecto de disputa passivo das lutas pela influência de americanos e soviéticos. (...) Pela minha parte, aconselhava antes que não se detivesse nessas polémicas e a que fugisse ao cerco através da afirmação da nossa vontade de avançar pelo nosso próprio caminho...a construção da Europa”³⁰.

É bem interessante constatar que, então como agora, estava em causa a perigosa ideia de uma americanização da Europa e dos Europeus, e que era urgente criar uma unidade europeia e preservar a identidade dos cidadãos europeus. Diz Monnet:

“Muitas vezes na minha vida, tive oportunidade de manter este discurso que se resume na seguinte frase: *Tratemos de ser bem sucedidos naquilo que estamos a fazer, e não nos deixemos determinar pela opinião que outros têm de nós nem por aquilo que queriam que fizéssemos*. Não acho que seja a via do egoísmo, pelo contrário. O melhor contributo que se pode dar à civilização é o de dar realização aos homens no seio de comunidades construídas em liberdade. Mas, para lá chegar, temos de nos concentrar unicamente nesse objectivo e de não esperar nada dos outros, a não ser que venham ter connosco quando verificarem que a nossa vontade é inquebrantável”³¹.

Este visionário tem consciência de que a cidadania faz parte integrante da construção europeia, mas que o processo é lento, muito lento, e que os resultados mais imediatos são alcançados na dimensão económica. Essa seria a primeira etapa de outras que se seguiriam, prosseguindo um processo de sucessivos pequenos passos, transpostas muitas dificuldades, para que o aprofundamento da união fosse uma realidade e a paz cada vez mais uma garantia. Jean Monnet sabe que uma Europa sem os europeus não tem sentido, mas que “há um método para construir a Europa – não há dois diferentes em cada momento. Não saímos do tempo da Comunidade Europeia, do tempo da delegação da soberania em instituições comuns, único meio de assegurar a independência e o progresso dos nossos povos, e a paz nesta parte do mundo. Era isto que eu queria dizer num livro para o qual precisava de todo o meu tempo e todas as minhas forças”³².

A Rebelião dos Europeus

Ortega y Gasset tem uma explicação muito profunda sobre as razões da dificuldade de encontrar a concretização do ideal de cidadania europeia, tão frágil quanto a própria realidade europeia. Diz ele:

“Compreende-se que nem toda a gente perceba com evidência a realidade da Europa, porque a Europa não é uma *coisa*, mas um equilíbrio...Segredo grande e paradoxal, sem dúvida! Porque o equilíbrio ou balança de poderes é uma realidade que consiste essencialmente na existência da pluralidade. Se esta pluralidade se perdesse, aquela unidade dinâmica esvanecer-se-ia. Europa é com efeito, um enxame: muitas abelhas e um só voo”³³.

É neste contexto de rebelião que se compreende o problema da Europa e dos europeus. O “enxame” de abelhas só voa numa única direcção em momentos cruciais da história em que essa união é uma questão de sobrevivência. Nos restantes, “as abelhas” voam em direcções diversas, tantas quantas as vontades dos europeus de cada estado que, nesses momentos, não se sentem unidos por um interesse comum. É este o problema da Europa e o dos europeus, como pensa e afirma com grande verdade e profundidade Ortega y Gasset:

“Este enxame de povos ocidentais que se lançou a voar sobre a história desde as ruínas do mundo antigo caracterizou-se sempre por uma forma dual de vida. Pois aconteceu que, conforme cada um ia formando o seu génio particular, se ia criando entre eles um repertório comum de ideias, maneiras e entusiasmos. Mais ainda. Este destino, que ao mesmo tempo os fazia progressivamente homogêneos e progressivamente diversos, há-de entender-se como paradoxo de alguma forma superlativo. Porque neles a homogeneidade não foi alheia à

diversidade. Pelo contrário: cada novo princípio uniforme fertilizava a diversificação”³⁴.

É na História da Europa que encontramos as raízes para a unidade e diversidade do velho continente. É na sua profundidade que encontramos as raízes para a dificuldade original de constituição de uma cidadania europeia. Os povos ocidentais sempre tiveram uma forma peculiar de vida, caracterizada pelos diferentes povos que se cruzaram na sua história. Senão vejamos:

“A ideia cristã engendra as igrejas nacionais; a recordação do *Imperium Romano* inspira as diversas formas de estado; a *restauração das letras*, no século XV, desencadeia as literaturas divergentes; a ciência e o princípio unitário do homem como *razão pura* cria os distintos estilos intelectuais que modelam diferencialmente até às extremas abstracções da obra matemática. Enfim e para cúmulo: até a ideia extravagante do século XVIII, segundo a qual todos os povos hão-de ter uma constituição idêntica, produz o efeito de despertar romanticamente a consciência diferencial das nacionalidades, o que vem a ser como incitar cada qual para a sua vocação particular”³⁵.

Se reflectirmos sobre todos estes momentos de construção da História da Europa, deparamo-nos, paradoxalmente, com raízes comuns de uma identidade europeia, e, portanto, de um povo europeu, e, simultaneamente, com identidades próprias de cada um dos seus estados. E para maior perplexidade, com uma vontade comum dos europeus de adoptarem princípios comuns e, na prática, de se confrontarem com nacionalismos, quase sempre, exacerbados. No entanto, os cidadãos da Europa diferenciam-se dos cidadãos americanos ou de outras partes do globo. Se pensarmos, por exemplo, nos ideais saídos da Revolução Francesa – Liberdade, Igualdade e Fraternidade – vemos como eles modelaram toda a história ocidental da Europa do século XVIII, e, afinal, como continuam a conduzir a História

Contemporânea. Os povos europeus moveram-se num espaço comum, vivendo e convivendo uns com os outros desde o século XI, e esta convivência revelou-se umas vezes pacífica, outras conflituosas. Ontem como hoje, as guerras intereuropeias mostram a tendência natural dos povos para arranjam conflitos provenientes de poderes territoriais ou de confronto de culturas. No entanto, face ao resto do mundo, a Europa une-se pela paz e pela afinidade de espaços históricos comuns, em que os seus povos se sentem unidos por uma cultura europeia comum, e por espaço físico também comum e diferenciado dos outros continentes. A História e a Geografia da Europa revelam uma convivência, um espaço social inserido num espaço geográfico, onde encontramos características comuns aos cidadãos europeus. Esta convivência gera uma sociedade marcada por traços identitários próprios: costumes, usos, língua, direito, poder político. Os povos europeus são há muito tempo uma sociedade, com características próprias e específicas, e, por outro lado, cada uma das nações que a integra revela características próprias e que lhe dão uma identidade nacional que se confronta com a pretensa identidade europeia. É aqui que se pode entender o confronto actual entre cidadãos nacionais e cidadãos europeus, e a dificuldade política de instituir, na prática, uma cidadania europeia activa. É aqui os antieuropeístas ou eurocépticos encontram as razões das suas apologias:

“Não nego que os Estados unidos da Europa sejam uma das fantasias mais mólicas que existem e não me faço solidário do que outros pensaram sob estes signos verbais. Mas, por outro lado, é sumamente improvável que uma sociedade, uma colectividade tão madura como a que já formam os povos europeus, não ande perto de criar o artefacto estatal através do qual formalize o exercício do poder público europeu já existente. Não é, pois, debilidade ante as solicitações da fantasia nem inclinação por um *idealismo* que detesto, e contra o qual combati toda a minha vida, o que me leva a pensar assim. Foi o realismo histórico que me ensinou a ver a unidade da Europa como sociedade não é um *ideal*, mas um facto de quotidianidade muito antiga. Ora bem, uma vez que já

se viu isto, impõe-se necessariamente a probabilidade de um Estado geral europeu”.

Assumindo a possibilidade de um estado supranacional, emerge, também, uma cidadania europeia, decorrente dos seus cidadãos unidos por raízes históricas comuns supranacionais. Estes cidadãos europeus não são uma utopia, mas, antes, uma consequência do voo da história rumo à constituição desse “enxame”. Essas abelhas nasceram das ruínas do mundo antigo que levaram à constituição de estados unidos pela sua história. A realidade europeia torna a França, a Alemanha, a Itália ou Espanha, como Estados Unidos Europeus, fundamentados na sua história.

Civilização Europeia

A civilização europeia, embora com uma identidade própria, sempre originou a *Rebelião das Massas*, ou seja, uma e diversa, em virtude da ausência de um sistema de normas regulador da vida em sociedade. Este fenómeno levou à origem de povos-massas que se rebelam uns contra os outros, perante uma Europa demissionária da sua História e dos seus valores europeus: “Não é esta a situação presente do mundo? Anda por aí um runrum de que já não regem os mandamentos europeus e, por via disso, as pessoas – homens e povos – aproveitam a ocasião para viver sem imperativos. Porque só havia os europeus”³⁶. A actualidade da situação da Europa é uma coisa estranha. Os mandamentos da Europa perderam a sua vigência e eficácia e a Europa está à deriva. A Europa deixa de mandar, deixa de conduzir e surge a trindade – França, Inglaterra e Alemanha – que assumem o destino europeu. As nações e os cidadãos europeus ficam sem rumo e sentimentalmente desmoralizados, porque já não há Europa, mas Europas dentro da Europa. E nesta situação ninguém é capaz de substituir a hegemonia da velha Europa, decadente e sem futuro previsível. Diz Gasset que “não importaria que a Europa deixasse de mandar se houvesse alguém capaz de substituí-la. Mas não há nem sombra disso. Nova Iorque e Moscovo não são nada de novo em relação à Europa. Uma e outra são duas parcelas do mandamento europeu que perderam o seu sentido ao dissociarem-se do resto. (...) Ambas, com efeito, pertencem plenamente ao que algumas vezes chamei fenómenos de *camouflage* histórica. A *camouflage* é, por essência, uma realidade que não é a que parece”³⁷.

De tudo o que foi dito, pode concluir-se que não há alternativa à civilização europeia em termos de identidade e história, porque os novos povos não têm ideias e (sobre) vivem da própria civilização europeia que lhes serve de paradigma. Até a própria América nasce da colonização do velho continente, mas face à Europa, ainda está a construir a sua história. E se a Europa não existisse? Seria o caos. Seria o mundo sem referências, sem

comando, à deriva: “É tão certo como se diz que a Europa está em decadência e se demite do mando, abdica? Não será esta aparente decadência a crise benfeitora que permitirá que a Europa seja literalmente Europa? Não seria necessário *a priori* a evidente decadência das nações europeias, se algum dia fossem possíveis os Estados Unidos da Europa, a pluralidade europeia substituída pela sua unidade formal?”³⁸.

Também o Homem Europeu aparece nesta unidade essencial e pluralidade accidental, em cada momento da História. Também na actualidade. Eis aqui a chave para compreender a ideia de cidadania europeia instituída a partir de Maastricht e um ano europeu dos cidadãos (2013) a recordar esta unidade não vivida. As nações europeias, como os cidadãos da Europa, como toda a humanidade, têm dificuldade em viver em unidade permanente. É natural a emergência de conflitos e a pluralidade de opiniões, que tornam o homem europeu num homem-massa, e, conseqüentemente, na sua desintegração. É esta a lição da História. E as nações, feitas de homens europeus, pelejam rapidamente entre si, formam ligas opostas, desfazem a sua unidade, para a seguir se voltarem a recompor. É a luta permanente entre guerra e paz, entre cidadãos europeus e cidadãos nacionais: franceses, ingleses, espanhóis, italianos, alemães...ou portugueses, e o desejo de regressar à paz, à unidade essencial que, depois das querelas, deseja a homogeneidade de almas, porque todas elas são diferentes, mas possuem uma mesma arquitectura psicológica, uma identidade europeia, bem reconhecida para quem olha para os europeus a partir de fora: ciência, direito, arte, valores. E os cidadãos europeus, como toda a humanidade, só podem (sobre) viver de coisas espirituais. Tudo o resto passa. É por isso que esta homogeneidade natural e essencial mostra a possibilidade real de existir o cidadão europeu e, conseqüentemente, de acreditarmos no aprofundamento da cidadania europeia. Nenhuma nação da Europa consegue viver muito tempo isolada, como nenhum europeu vive sozinho, num individualismo que o empobrece: o seu conteúdo mental não aparece ao Francês de França, ao Espanhol de Espanha, nem ao português de Portugal. Todos eles fazem parte de um fundo comum europeu, assumido ou não, e cada um deles tem muito mais de Europeu do que cada

uma das suas identidades nacionais. Ortega y Gasset fundamenta esta nossa tese:

“Se se fizesse a experiência imaginária de nos limitarmos a viver puramente com o que somos como *nacionais* e, em jeito de mera fantasia, se se extirpasse ao homem médio francês tudo o que usa, pensa, sente, por recepção dos outros países continentais, sentiria terror. Veria que não lhe é possível viver só disso; que as quatro partes do seu haver íntimo são bens jacentes europeus. Não se vislumbra que outra coisa de monta podemos fazer os que existimos neste lado do planeta a não ser realizar a promessa do vocábulo *Europa* significa desde há quatro séculos. Só se opõe a isto o preconceito das velhas nações, a ideia de nação como passado. Agora vai-se ver se os Europeus também são filhos de Loth e se obstinam em fazer história com a cabeça virada para trás. A alusão a Roma e, em geral, ao homem antigo, serviu-nos de admoestação; é muito difícil que um certo tipo de homem abandone a ideia de estado que uma vez se lhe meteu na cabeça”³⁹.

Em conclusão, a ideia de estado-nação confronta-se com a ideia de nação-Europa, impedindo ou dificultando o aprofundamento do processo de construção europeia e a visibilidade do homem europeu na sua plenitude histórica essencial. O mundo sofre hoje de uma crise económica, moral e espiritual que se manifesta, entre outros sintomas, pela eclosão de um antieuropeísmo, acusando a Europa da causa de todos os males. O homem europeu vive à deriva e, sem uma orientação nascida de fundamentos greco-romanos e do cristianismo, que foram o seu berço, vive uma rebelião das massas. A Europa deixou de mandar no mundo e o homem europeu de conduzir o seu barco. A tempestade eclodiu na Europa e no mundo inteiro que, apesar de tudo, vivia das referências essenciais do mundo europeu. Assim, o mundo inteiro está em crise, mas, mais do que uma crise económica, sempre cíclica como a história nos ensinou, vive uma grave crise mental, com a desagregação do homem europeu que lhe servia de

paradigma. A Europa deixou de estar segura de mandar e o mundo de ser mandado. E não teve substituto, a não ser, talvez, uma americanização da Europa, ideia tão artificial, tão frágil e tão *light*, como a própria Europa decadente. O mundo continua à espera de uma bússola que conduza a um porto seguro, e, muito particularmente, os europeus vivem numa rebelião de massas que causa a sua própria destruição. É urgente assumir, de novo, a vida do espírito sobre a vida material, os valores sobre as coisas efémeras e tão passageiras que não dão felicidade nem aos europeus nem aos homens deste planeta: “Todo o mundo se apercebe da urgência de um novo princípio de vida. Mas – como sempre acontece em crises idênticas – alguns ensaiam salvar o momento com uma intensificação extremada e artificial, precisamente, do princípio caduco. É este o sentido da erupção nacionalista dos anos que correm”⁴⁰. Todos estes nacionalismos são becos sem saída. São caminhos que não levam a parte nenhuma. É preciso regressar à Europa, e decidir construir uma grande nação com os povos europeus que são o seu coração e cuja pulsação bate incerta. A Europa do cidadão europeu equilibrado e feliz é a solução para uma Europa que vive de planos de solução de crises – económica e moral de governos e de homens-massa, a primeira é resolvida pela economia, a segunda, muito mais grave e profunda, é resolvida pelo regresso aos valores espirituais do ocidente. Os cidadãos europeus precisam de se esvaziar do homem-massa, de uma massificação que conduziu ao pior dos individualismos. Um homem esvaziado da sua própria história. Um homem sem futuro.

Por uma cidadania europeia

Denis de Rougemont foi um dos intelectuais mais determinantes na reflexão sobre a Europa, no período entre-guerras e depois de 1945, ao lado de outros pensadores como Gabriel Marcel ou Emmanuel Mounier que, também, merecem um estudo sobre a sua visão da Europa. É de salientar que a filosofia personalista não poderia pensar a Europa a partir, apenas, do pragmatismo político. O futuro dos europeus seria a sua grande preocupação e ocuparia grande parte da sua vida. Para além da filosófica preocupação com a pessoa humana, na base destes personalismos estava, também, a crença na possibilidade de mobilizar os europeus na construção de uma Europa comum. Para isso, tornava-se necessário exortar os europeus a participarem na construção europeia, mobilizados na defesa do bem geral. É nesse contexto que se enquadra, Denis de Rougemont escrever uma carta dirigida a todos os europeus:

"Albanesas, Albaneses!

Alemãs Federais e de Leste, Alemães Federais e de Leste!

Austríacas, Austríacos!

Bálticas e Bálticos da Estónia, da Letónia e da Lituânia! Belgas, Belgas!

Bougresses, Bougres

Checoslovacos (bis)!

Cipriotas, Cipriotas!

Dinamarquesas, Dinamarqueses!

Espanholas, Espanhóis!

Finlandesas, Finlandeses!

Francesas, Franceses!

Helenas e Gregos!

Holandesas e Holandeses!

Húngaras e Magiares!
Inglesas e Ingleses!
Irlandesas, Irlandeses!
Italianas, Italianos!
Jugoslavas, Jugoslavos!
Luxemburguesas e seus Burgueses!
Maltesas, Malteses!
Norueguesas, Noruegueses!
Otomanas e Turcos!
Polacas, Polacos!
Portuguesas, Portugueses!
Romenas, Romenos!
Suecas, Suecos!
Suíças e Suíços dos vinte e dois Cantões"⁴¹.

Uma carta bem personalizada e que procura dirigir-se particularmente a cada um daqueles europeus, pelo menos no princípio da epístola, já que depois, passarão a ser, apenas, chamados no seu conjunto, como o próprio admite:

"Na realidade, nunca poderemos fazer qualquer coisa juntos se de cada vez tivermos de começar por nos enumerarmos nos dois géneros e segundo a ordem alfabética – o que exige mais de vinte e quatro palavras de saudação – antes que se diga algo, e apenas dá uma pálida ideia dos incómodos, obstáculos, perdas de tempo e de energias advenientes da existência dos nossos Estados-Nações, desde que se trate de colaborar seja no que for. Deixai-me, portanto, tratar-vos muito simplesmente assim: EUROPEIAS; EUROPEUS!"⁴².

É de lembrar que esta *Carta Aberta aos Europeus* já tinha uma história anterior a ser escrita. Muito antes de 1970, já Denis de Rougemont tinha escrito sobre os europeus, particularmente na obra *Les chances de l'Europe*⁴³, e até na clássica e célebre *L'Amour et L'Occident* publicada em 1938⁴⁴. A sua visão da vida era pacífica, tendo-lhe até custado a liberdade em 1939, ao defender a invasão alemã da França e a ocupação de Paris. Seria também um resistente contra os fascismos que nessa altura despontavam, fundando a Liga de Gothard. As suas posições eram incómodas para os políticos que o enviariam para os Estados Unidos da América com o pretexto de falar da Suíça aos americanos. Aí encontraria Saint Exupéry, Marcel Duchamp, André Breton e Coudenhove-Kalergi, entre muitos outros. Seria com aquele último que teria a possibilidade de partilhar a Ideia de Europa e, muito particularmente, as suas ideias para a Europa⁴⁵. Ideias que regressariam ao velho continente a propósito da União Europeia dos Federalistas, congresso em que ambos estariam presentes. A data de 8 de Setembro de 1946 seria o marco inicial para uma série de discursos de Denis de Rougemont sobre a Europa. O problema da reconstrução europeia e a necessidade de uma unidade europeia eram os temas que ocupavam os intelectuais, políticos e economistas da época. Rougemont discursava sobre a união da Europa, acreditando na sua real possibilidade. Para além do seu espírito visionário, que o fazia sonhar com uma Comunidade Cultural Europeia, o escritor suíço também propunha medidas concretas e efectivas para a unidade europeia a curto prazo: enunciava os problemas da reconstrução europeia paralelamente à necessidade de unir os europeus num projecto comum. Um desses momentos seria o discurso no seio do Congresso da União Europeia dos Federalistas em Montreux (1947), onde nasceria a ideia do Congresso Europeu da Haia, a realizar no ano seguinte sob a presidência de Winston Churchill. Seria na capital Holandesa que Rougemont iria proferir aquela que ficaria, para sempre, conhecida como *Mensagem aos Europeus*, e que contém em si as linhas fundamentais que seriam apresentadas mais tarde na *Carta Aberta aos Europeus*.

Todo o historial descrito sobre o percurso de Rougemont, por um lado, e todo um contexto histórico vivido a seguir ao primeiro conflito europeu até aos anos cinquenta, justificam a *Carta Aberta aos Europeus* como um ponto de chegada sobre a defesa da unidade da Europa. Para além da realidade nacional, este autor acreditava na realidade europeia. A este propósito, é interessante ler:

"Dizem-me, porém, que não existis!

Dizem-me que na Europa só existem Franceses, Ingleses, Alemães, Suíços, Albaneses, etc., e que os *Europeus* são apenas uma concepção de espírito. A este título, não existem Suíços, mas apenas súbditos de vinte e dois Estados federados chamados cantões; não existem Franceses, mas apenas Bretões, Bascos, Occitanos, Alsacianos, Catalães, Corsos, naturais de Nice, Poitou, Bourbon, Béarn, do condado da Borgonha, da Sabóia, para não dizer mais. A França, a Suíça e as outras nações não são, todavia, simples concepções de espírito, antes realidades bem marcadas nos mapas e delimitadas por fronteiras. No entanto, são mais transitórias que a Bretanha, Castela, Escócia ou Berna, que existiam antes do Estado-Nação onde hoje se encontram englobadas e que, sem a menor dúvida, sobrevirão"⁴⁶.

Para Rougemont as fronteiras são artificiais, como artificiais são, também, os Estados-Nação. Assim, qualquer um, se individualmente, pode a qualquer momento perder a soberania, ou cedê-la a favor de uma união de estados, "por dependência obrigatória, económica, social ou ideológica"⁴⁷. O que nunca se perderá é a "alma europeia", fortalecida por uma união europeia. Por isso, eis a opção: "Ou então, escolheis a união da Europa e fundais o único poder capaz de salvaguardar a vossa entidade nacional e regional, as vossas maneiras de ser diferentes, o vosso direito a permanecerdes iguais a vós próprios"⁴⁸.

Sem a união europeia, qualquer estado pode ser esmagado, ser colonizado, desaparecer. Com a união europeia, para além de persistirem os estados sobrevivem os europeus. É este o sentido das suas palavras: "Por outras palavras, se não existirdes como Europeus, não existireis mais ou por muito tempo como Franceses, Checos ou Suíços. Sereis colonizados um após outro e insensivelmente desnaturados pelo dólar ou pelos vossos partidos comunistas, como o haveis sido ainda não há muito pelo nacional-socialismo"⁴⁹. Parafraseando Rougemont, a Europa sempre existiu: "Deixareis de existir por não terdes reconhecido que só de vós depende existir – pois, apesar de tudo, já existir, já existis todos desde há séculos e apenas se trata de o reconhecer! Portanto, aqueles que dizem que não existis terão razão enquanto alimentarem as vossas divisões. Na verdade, só podereis existir todos juntos"⁵⁰. Eis a solução para a Europa ser, ainda, mais Europa: a união de todos os europeus.

Para Denis de Rougemont a cultura era a base de qualquer possível união, também porque era na história cultural da Europa que se encontravam os fundamentos comuns dos europeus. Compreende-se, assim, toda a missão em prol da cultura que preencheu a vida deste autor. Para além da criação do Centro Europeu da Cultura em Genebra, seria Rougemont a promover, também, a Conferência Europeia da Cultura (1949) sob a presidência de Salvador de Madariaga. No ano seguinte, participa na instituição do Congresso para a Liberdade da Cultura, assumindo a sua presidência de 1952 a 1966⁵¹. É, ainda, de referir que, para além de outros eventos culturais, também ligados à ecologia e à defesa do meio ambiente pelos europeus, foi fundador da *Revista Cadmo*, também ligada às questões europeias. Após a sua morte, a 6 de Dezembro de 1985, as suas ideias seriam continuadas por uma fundação com o seu nome, que continua a promover o debate e a reflexão sobre a Europa e os europeus.

A Educação Europeia

A grande originalidade de Denis de Rougemont está em acreditar que o caminho para criar uma verdadeira união europeia está na educação. Cabe aos professores difundirem as várias culturas dos países europeus, como pertencentes a uma cultura europeia:

“Roland de Lassus não pertence nem à Bélgica, nem à França, nem à Itália actuais, do mesmo modo que Grünewald não se tornou um pintor francês em virtude da anexação de Colmar à França, quase três séculos depois da sua morte. Quer se trate de música, de pintura, de arquitectura, de filosofia ou de ciência, para já não falar de religião que a todos inspira à partida, não existe um único ramo na nossa cultura que não resulte de mil intercâmbios tecendo a obra comum dos europeus; e não existe uma única que se possa estudar de maneira séria ou inteligível no campo limitado pelas fronteiras de uma só das nossas nações actuais. Não há uma pintura francesa como não há química alemã ou matemáticas soviéticas, porque antes de todas estas divisões arbitrárias existia a grande comunidade de criações e influências mútuas que sempre se chamará Europa na história do espírito humano”⁵².

A melhor maneira de criar cidadãos europeus é através de uma educação europeia. A verdadeira unidade europeia não começa nos políticos, mas nos cidadãos educados para serem europeus. Por isso, é necessário contar a Europa às crianças e jovens para vir a formar cidadãos europeus. O grito de Rougemont é de alarme:

“Ó professores todo-poderosos do ensino secundário! Mostrar isto sem descanso, a todo o momento, aos vossos alunos, não é somente fazer História honesta após um século de falsificação nacionalista das

perspectivas; é também fazer a Europa nos espíritos jovens e mostrar a sua unidade fundamental, base da união que está por fazer”⁵³.

São palavras bem actuais, ainda por concretizar. A Educação para a Europa é a solução apresentada para uma mais profunda construção europeia. Urge *e-ducere*, isto é, conduzir os alunos a “fazer Europa antes de fazer a Europa; o mesmo é dizer que se trata menos de ensinar a união da Europa que de educar nos nossos filhos o Europeu, pelo próprio estilo da educação”⁵⁴. Era esta a via apresentada para ultrapassar a decadência europeia, bem expressa por Paul Valéry, já em 1919, logo após a primeira guerra mundial: “Nós as civilizações, sabemos agora que somos mortais”⁵⁵. Apesar dos sinais de decadência europeia, sentidos em todos os tempos, “a civilização europeia é a única que se tornou efectivamente universal”⁵⁶. Conclui Rougemont: “Onde está, portanto, todo este eclipse da Europa como cultura? No espírito dos seus intelectuais, somente”⁵⁷.

Esta ideia de uma Educação Comum Europeia, tendo no horizonte a criação de um espírito comum europeu, seria retomada na actualidade com a proposta alemã de criação de um Livro Europeu de História, por ocasião da sua presidência da União Europeia. Com o sugestivo título “E se a Europa lesse o mesmo livro de História?”, a imprensa portuguesa daria conta desse projecto. Esse livro teria como destinatários os estudantes dos 27 estados-membros, servindo-se do manual franco-alemão como modelo. Esta intenção, protagonizada pela ministra da Educação, alemã, Annette Schavan, pretendia “ajudar a relançar os valores comuns europeus”⁵⁸. Embora alvo de muitas críticas, nomeadamente do ministro polaco, Roman Gyvertich, este projecto entusiasmou Ângela Merkel, chanceler alemã, mas, também, conquistou Espanha. Para a Holanda, a República Checa e a Dinamarca, a ideia não os entusiasma, sendo mesmo perigosa para o Reino Unido, parecendo usar o sistema educativo para explorar o seu passado nazi.

Carta aberta a todos os europeus

A mensagem final é de esperança na Europa dos europeus. Uma Europa unida na diversidade, proposta por Denis de Rougemont e que soa bem actual. Para o autor, fazer a Europa passa pela solução federalista como sabemos. Diz ele:

“O obstáculo a toda a união possível da Europa, portanto, a toda a união federal, não é outro senão o Estado-Nação, tal como Napoleão o modelou, integralmente centralizado com vista à guerra. É este modelo que todos os povos da Europa, grandes e pequenos, imitaram uns após outros, ao longo do século XIX, seguidos nos nossos dias pelo resto do mundo, principalmente pelo Terceiro Mundo, mal descolonizado neste aspecto...”⁵⁹.

No entanto, o que está verdadeiramente em causa é criar um espírito europeu. Um espírito só possível entre uma unidade de culturas, sempre de cariz espiritual, protagonizada pelos europeus e nunca pelos estados. Lembra Rougemont que um estado-nação submete pela força realidades diferentes, que não têm entre si nenhum elo natural: fronteiras, língua, economia, ideologias ou religiões. No fundo, é unir realidades essencialmente distintas, como afirma o autor:

“Nada, portanto, mais hostil a toda a espécie de união mais ou menos séria ou sincera que este Estado-Nação que, aliás, se revela incapaz de responder às exigências concretas do nosso tempo, pois é simultaneamente demasiado pequeno para o mundo, demasiado grande para as suas regiões e sem outra correspondência que não seja acidental com um espaço económico definido pela natureza das coisas ou por um projecto racional.

Ora, eis a ironia trágica da nossa história: é na base deste obstáculo radical a toda a união que nos esforçamos desde há vinte e cinco anos, por unir a Europa! Eis o que explica suficientemente, creio eu, o motivo por que não se avançou um metro em direcção à nossa união política.

Quer se lhe chame a Europa das pátrias, das nações, dos Estados ou das soberanias, a união da Europa não se fará sobre a grande confusão, tão cara aos homens de Estado, das nossas diversidades e das nossas divisões”⁶⁰.

Embora esta visão seja influenciada por uma opção federalista de base, não deixa de ser bem actual a encruzilhada anunciada: a unidade da Europa com base numa natureza “acidental”, a unidade de interesses económicos, sem avistar, nem ao longe, qualquer consenso político e, ainda mais longínquo, um verdadeiro projecto europeu com base cultural e que envolva os europeus. Lembra o autor que “ainda não se avançou um metro em direcção à nossa união política”, quadro de uma actualidade impressionante, por faltar o sentido de uma verdadeira união, só possível se fundamentada em interesses mais profundos. Esta união não pode ser feita pelos homens de estado, tem de ser feita pelos europeus:

“Europeias, Europeus, deixai de imaginar que os vossos homens de Estado têm verdadeiramente a intenção de fazer a Europa! (...) A Europa não se fará também espontaneamente, pela *força das coisas*, que é a medida exacta da fraqueza do nosso espírito, ou por ser necessária, ou ainda em virtude de qualquer *sentido da História* que nunca ninguém conheceu, não conhece nem poderá vir a conhecer, na verdade, antes dos fins dos tempos e do Juízo Final.

Europeias, Europeus, sereis vós quem fará a Europa e mais ninguém, com a única condição de que o queirais verdadeiramente”⁶¹.

A Europa dos Europeus é muito mais duradoura do que a Europa das Nações. Como dizia Renan, “As nações não são nada de eterno.

Começaram, acabarão. A confederação europeia substituí-las-á provavelmente”⁶². A humanidade permanecerá para além da vontade dos estados; os europeus são a verdadeira realidade europeia. É sobre a realidade europeia que se pode edificar uma Europa unida. É, sem dúvida, uma tarefa mais difícil de realizar do “que a Europa dos mitos nacionais, mas incomparavelmente mais interessante de viver!”⁶³.

Esta Europa – a Europa dos europeus – será o resultado do espírito europeu, representado pelas europeias e europeus de todos os tempos. Esta Europa fundamentada numa comunidade cultural europeia tem a adesão de (quase) todos os europeus. Nesse sentido, são cada vez menos os antieuropeus, sobretudo os jovens com menos de trinta anos, a quem Denis de Rougemont se dirige especialmente:

“Europeias, europeus de menos de trinta anos! Podereis, finalmente, compreender que a única possibilidade de fazer a revolução é fazer a Europa das regiões, refazer uma comunidade”⁶⁴. Esta revolução não significa destruir tudo para fazer de novo, mas construir algo de novo a partir da realidade vivida: “A revolução que preconizo, a única que fará a Europa e que só pode ser feita pela Europa prestes a fazer-se, consiste, em notável analogia com a Renascença e as suas etapas, em deslocar o centro do sistema político não só da Nação para a Europa, mas também para a Humanidade no seu conjunto e, ao mesmo tempo, para a pessoa”⁶⁵.

Esta humanidade no seu conjunto transporta em si a memória histórica na qual encontra as bases para uma união. É a partir desta base de natureza histórico-cultural que constrói o seu futuro. Será uma utopia? Responde o próprio Rougemont: “ Se me disserem agora que não passa de utopia querer ultrapassar o Estado-Nação, respondo que se trata, ao contrário, da grande tarefa política do nosso tempo ou, mais precisamente, dos próximos vinte anos. Na verdade, só a este preço faremos a Europa e fá-la-emos para toda a Humanidade, pois devemos-lhe isso!”⁶⁶. Esta Europa não é a Europa ideal, é a Europa possível: “Uma Europa que não será necessariamente a mais poderosa ou a mais rica; será, isso sim, esse canto do planeta indispensável

ao mundo de amanhã, onde os homens de todas as raças poderão encontrar não talvez mais felicidade, mas mais sabor, mais sentido de vida”⁶⁷.

São estas as últimas palavras da *Carta Aberta aos Europeus*. Uma carta aberta no tempo, à espera de poder ser ouvida e a sua mensagem concretizada. Uma carta para os europeus do seu tempo e de todos os tempos. Uma carta que na actualidade encontra os primeiros passos de realização. Será o século XXI o tempo do visionário?

Reflexão final: Que Europa? Que cidadania na construção europeia?

Como foi referido ao longo deste artigo, a cidadania europeia está inscrita num aprofundamento do processo de construção europeia. A cidadania prevista pelo Tratado de Maastricht iniciou a sua marcha há mais de vinte anos, que em História é um espaço de tempo demasiadamente curto para se vislumbrarem mudanças significativas nas mentalidades. A instituição da cidadania europeia é uma realidade decretada pelos tratados; mas as mentalidades não se mudam por decreto, e, só muito lentamente vão interiorizando um conjunto de direitos e deveres de cidadania europeia. Parecia que o texto jurídico instituía uma fórmula capaz de defender os interesses dos cidadãos dos estados membros da União Europeia. E esta cidadania europeia surgia como uma força legitimadora de um projecto europeu alicerçado na paz e na democracia. Sobretudo para evitar novos conflitos de nações de um continente convalescente de dois conflitos à escala mundial. Esta cidadania era gerada para evitar conflitos transnacionais decorrentes da emergência de cidadãos de identidades de todos os estados membros da União Europeia. Parecia ser um conceito complementar às cidadanias nacionais e que combatia as naturais tendências nacionalistas. No entanto, revelar-se-ia tão frágil quanto o próprio projecto europeu, tão inacabado como esta Europa.

As resistências nacionalistas rapidamente emergiram para mostrar que a identidade nacional se confrontava, claramente, com uma pretensa identidade europeia. Os cidadãos da Europa, curiosamente, revelar-se-iam

primeiramente, e sempre, como cidadãos identitários do seu próprio estado, tornando esta cidadania europeia cada vez mais uma miragem. Foi esta atitude que provocou o reconhecimento da urgência da adesão dos Europeus ao próprio projecto de construção europeia, tendo como necessidade a própria criação de um “Ano dos Cidadãos Europeus”. Foi esta, até agora, a última etapa de resgate de uma base de apoio popular e de promoção da ideia de uma identidade europeia, não aglutinadora das identidades nacionais, mas congregadora das várias identidades. Os Europeus não responderam a esta vontade e continuam bem distanciados do sentimento de pertença a uma Europa que quer ser dos cidadãos. A sua voz não é uníssona, mas, muito pelo contrário, é tão polifónica quanto os seus próprios estados. Cada um dos cidadãos nacionais tem bem definido as suas competências cognitivas, cívicas e ético-afectivas, que estão bem longe de se fundirem numa voz única europeia, e nem mesmo no sentimento de pertença a uma cidadania europeia. A sua participação cívica revela bem esta evidência.

Perante este cenário, que fazer? Tudo parece impossível para alterar as mentalidades dos cidadãos europeus a quem é ouvida a sua voz; restam os outros, aqueles que ainda não têm voz, nem voto, mas pertencem e já nasceram nesta União Europeia: as crianças e os mais jovens. Resta esta esperança de uma Europa feita pelos europeus: estes que ainda estão na escola e podem aprender a ser cidadãos europeus. A escola como alicerce da cidadania europeia aparece como a solução para o futuro da Europa. É um futuro (ainda) incerto de Educação para a Cidadania, tão incerto, como o futuro da própria Europa, uma “crisálida”, como lhe chama Edgar Morin:

“A bomba encontra-se sobre ela, mas a Europa está tranquila; ela está no centro do perigo, mas encontra-se fora da história. Ela está no centro do perigo, mas encontra-se fora da história. A Europa está na periferia da idade do ferro planetária, mas não pode sair-se sozinha. À sua volta o mundo encontra-se agónico. A palavra agonia significa luta angustiante, conflito interno. Todo o nascimento, como toda a morte, é

agónico. Encontramo-nos na agonia de um mundo que não consegue nascer porque nos encontramos na agonia de um mundo que não consegue morrer. Não sabemos qual das duas será finalmente, a agonia da morte ou a agonia da nascença. Nós já não temos futuro visível. O mundo encontra-se na noite e no nevoeiro, os quais cobrem também a Europa. Já o dissemos: não sabemos se a meia Europa subjugada se libertará, se a meia Europa livre será subjugada, se a Europa será finalmente marginalizada, vassalizada, helvetizada, helenizada, atomizada. Antes de fazer planos e rataplães precisamos de inscrever a incerteza no nosso pensamento, ligar o risco e sorte no nosso espírito, fazer a aposta da Vida perante o Nada.

Nesta incerteza, temos pelo menos a certeza de que uma nova metamorfose da Europa começou”⁶⁸.

É também desta incerteza que vive a cidadania europeia. A Europa não tem um projecto definitivo sobre o seu futuro, e esta cidadania incerta depende do próprio futuro da Europa. Como diz Edgar Morin: “A metamorfose europeia está inacabada. Nós não somos nem lagarta, nem borboleta, encontramos-nos ainda na crisálida. O esforço decisivo está por fazer. A metamorfose pode abortar, mas está em curso. Sabê-lo é contribuir para ela”⁶⁹. A Europa será o que resultar desta metamorfose. A Europa será, também, o que os cidadãos europeus quiserem fazer deste projecto inacabado.

-

²⁰ Em 1992, o Tratado de Maastricht estabeleceu a cidadania da União. Está incluída na Parte II (artigos 17.º a 22.º) do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

²¹ Tratado de Maastricht, Parte II, artº 8º.

²² Luís Reis Torgal, “A visita de Viviane”, in *Jornal Público*, 4 de Março de 2013, p. 46.

²³ Excertos de entrevistas realizadas a alunos do 9ºAno, no âmbito do trabalho de Vitória Cardona, *Educar para a Cidadania Europeia, Realidade, Desafio ou Utopia?*, Lisboa, Príncípia Editora, 2007, p. 9.

²⁴ Jean Monnet, *Memórias*, Lisboa, Ulisseia, 2004.

- ²⁵ *Idem, ibidem*, p. 287.
- ²⁶ *Idem, Ibidem*, pp. 287-288.
- ²⁷ *Idem, Ibidem*, p. 289.
- ²⁸ *Idem, Ibidem*, p. 309.
- ²⁹ *Idem, Ibidem*, p. 313.
- ³⁰ *Idem, Ibidem*, p. 359.
- ³¹ *Idem, Ibidem*.
- ³² *Idem, Ibidem*, 524.
- ³³ Ortega y Gasset, *A Rebelião das Massas*, Lisboa, Relógio D'Água, sd, p. 15.
- ³⁴ *Idem, Ibidem*, p. 11.
- ³⁵ *Idem, Ibidem*.
- ³⁶ *Idem, Ibidem*, p. 135.
- ³⁷ *Idem, Ibidem*, p. 136.
- ³⁸ *Idem, Ibidem*, pp. 138-139.
- ³⁹ *Idem, Ibidem*, p. 171.
- ⁴⁰ *Idem, Ibidem*, p. 173.
- ⁴¹ *Idem, ibidem*, pp. 7-8.
- ⁴² *Idem, ibidem*, pp. 8-9.
- ⁴³ Denis de Rougemont, *Les chances de l'Europe*, Neuchâtel, Editions de la Baconniere, 1962.
- ⁴⁴ Esta obra está traduzida em português com o título *O Amor e o Ocidente*, Lisboa, Vega, 1989.
- ⁴⁵ Esperamos publicar em breve um estudo sobre Coudenhove-Kalergi para mostrar todas as virtualidades da sua "Pan-Europa".
- ⁴⁶ Denis de Rougemont, *op. cit.*, pp. 9-10.
- ⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 10.
- ⁴⁸ *Idem, ibidem*.
- ⁴⁹ *Idem, ibidem*.

⁵⁰ *Idem, ibidem.*

⁵¹ Curiosamente, também em Portugal se fazem ouvir os ecos deste movimento, protagonizados em Lisboa pelo Centro Nacional de Cultura.

⁵² *Idem, Ibidem*, p. 59.

⁵³ *Idem, ibidem*, p. 59.

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 70.

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 85.

⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 89.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 94.

⁵⁸ “E se toda a Europa lesse o mesmo livro de História?”, *Diário de Notícias*, 8 de Março de 2007, p. 3.

⁵⁹ *Idem, Ibidem*, p. 118.

⁶⁰ *Idem, ibidem*, pp. 119-120.

⁶¹ *Idem, Ibidem*, p. 133.

⁶² Ernest Renan, *Qu'est-ce qu'une Nation?* Paris, 1882, p. 11.

⁶³ Denis de Rougemont, op. cit., p. 179.

⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 185.

⁶⁵ *Idem, Ibidem*, pp. 185-186.

⁶⁶ *Idem, Ibidem*, p. 190.

⁶⁷ *Idem, Ibidem*, p. 190.

⁶⁸ Edgar Morin, *Pensar a Europa*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1988, pp. 167-168.

⁶⁹ *Idem, ibidem.*

SISTEMA EUROPEU COMUM DE ASILO: PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS ADVINDAS DA “CRISE DOS REFUGIADOS” NA EUROPA

Alexandre Barbosa de Lucena Leal⁷⁰

Marília Daniella Freitas Oliveira Leal⁷¹

*“Um homem, por ser exilado, não perde sua qualidade de homem nem,
por consequência, o direito de habitar qualquer parte da terra (...)”*

Vattel, 1916.

Resumo: O objetivo deste trabalho é investigar o Sistema Europeu Comum de Asilo como mecanismo de proteção aos refugiados que chegam aos milhares na Europa advindos de conflitos armados e violações de direitos humanos com o escopo de esclarecer, de forma breve, a posição que a União Europeia assumiu, desde a década de 1990, quando veio a incrementar, através de um Sistema Comum, os meios para a adoção de uma política única de concessão de asilo aos refugiados a ser respeitada pelos diversos Estados que compõem o Bloco. Normas que estabelecem padrões comuns de exigência e buscam a cooperação foram adotadas pela União Europeia na tentativa de garantir que os refugiados fossem tratados da mesma maneira, independente do Estado europeu em que solicitarem o asilo. O número crescente de migrantes forçados, especificamente os

refugiados, ocupam destaque no cenário internacional como consequência de perseguição, ou temor fundado de perseguição, por raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a grupo social, e não possa ou não queira retornar ao seu país em virtude desse temor. Vale ressaltar que há uma proteção específica para esse tipo de migrante desde 1951, com a ratificação, pela maior parte dos países europeus, da Convenção das Nações Unidas sobre os Refugiados, acrescida pelo Protocolo de Nova Iorque, de 1967, sendo, portanto, uma obrigação internacional. Traçar-se-á um panorama geral do Sistema Europeu Comum de Asilo por meio da análise das bases legais que o constitui e das diversas revisões das Diretivas que tratam sobre o tema. Como embasamento metodológico, a pesquisa será de cunho teórico numa abordagem qualitativa a partir de fontes legais e documentais sobre o objeto de estudo em questão. Assim, este artigo se propõe a analisar até que ponto a efetividade da adoção de um Sistema Europeu Comum de Asilo resolveria a atual crise migratória na Europa na tentativa de proteger os direitos humanos dessas pessoas.

Palavras-chave: Refugiados. Sistema Europeu Comum de Asilo. Direitos Humanos.

Introdução

Este artigo analisa o sistema de concessão do direito de Asilo aos refugiados no território da União Europeia. Esse é um tema difícil de ser abordado, uma vez que envolve aspectos da soberania dos Estados membros pertencentes ao bloco europeu. Um dos impasses para se solucionar o crescente número de pedidos de concessão de asilo dentro da União Europeia é justamente que cada Estado trata o asilo, na sua estrutura político-legal interna, de forma individualizada, e, como consequência, políticas divergentes são adotadas sobre o mesmo assunto. Com o escopo de uniformizar a política de concessão de asilo dentro do território da União Europeia, a partir da década de 1990, procurou-se sistematizar o direito de asilo no espaço europeu, uma vez que nele existem fronteiras abertas e livre circulação de pessoas entre os Estados membros.

No primeiro momento, analisa-se o regime internacional de proteção aos refugiados embasado na Convenção da ONU de 1951 que concede direitos aos refugiados, que são pessoas obrigadas a migrar em virtude de perseguição, ou temor fundado de perseguição, por raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a grupo social, e não possa ou não queira retornar ao seu país em virtude desse temor, bem como os conceitos sobre o direito humano de asilo, sua sistematização única e as bases legais para a concessão, na tentativa de proteger essas pessoas.

Em seguida, traçam-se as dificuldades de consenso sobre o tema do asilo, uma vez que aos Estados ainda cabe a prerrogativa final de concessão ou não desse direito. Ao final, sugere-se uma maior cooperação entre os Estados membros da União Europeia no sentido de efetivar as políticas de concessão de asilo de forma harmonizada, por meio da implementação e melhoramento do Sistema Europeu Comum de Asilo, como meio de proteger os direitos humanos dos refugiados dentro do seu território.

O Regime Internacional dos Refugiados

O fenômeno migratório não é novo na história da humanidade, remonta a metáfora de Adão, o primeiro homem, segundo a tradição Cristã, que foi expulso do paraíso, e saiu em busca de outro lugar para viver. As migrações internacionais surgiram como um dos fenômenos de maiores repercussões e transformações sociais no século XX.

O Instituto de Migrações e Direitos Humanos (IMDH, 2013) conceitua migrante como “toda pessoa que se transfere de seu lugar habitual, de sua residência comum, ou de seu local de nascimento, para outro local, região ou país”.

Para o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR, 2012), “migração e deslocamento são tradicionais saídas para responder a crises, como conflitos e perseguições”. Por vezes, comunidades inteiras se deslocam buscando melhores condições de vida e redução da vulnerabilidade, gerando consequências e transformações tanto no local de onde partem como no lugar em que chegam.

Doutrinariamente, os migrantes se dividem em voluntários (migrantes econômicos) e os forçados, que são aqueles obrigados a deixar o lugar de origem motivados por ameaças, guerras, conflitos, fome, catástrofes naturais, etc. Assim, os refugiados, objeto desse estudo, são espécies do gênero migrante forçado (MOREIRA, 2006, p. 19).

Para Cierco (2010), o imigrante econômico deixa seu país de origem para fugir da pobreza e da miséria, já o refugiado não tem alternativa: foge da perseguição, insegurança e morte.

Não é tarefa fácil distinguir os tipos de migrantes, razão pela qual também se torna difícil a concessão do asilo, uma vez que não se consegue proteger todos da mesma forma, dando-se prioridade àqueles que estão em situação de risco iminente e, por isso, necessitam do amparo da Convenção de Genebra de 1951 que regula o Estatuto dos Refugiados.

Essa Convenção, juntamente com o Protocolo Adicional de 1967, estabelecem o Estatuto dos Refugiados, assegurando que qualquer pessoa possa exercer o direito de procurar e de gozar de refúgio em outro país, caso necessite. Foi criada em resposta ao deslocamento de mais de quarenta milhões de pessoas no pós-Segunda Guerra e na tentativa de evitar novas violações aos direitos do homem.

Em sendo assim, o direito de asilo é um direito humano. Todavia, a decisão de conceder ou não o asilo é uma manifestação do poder soberano do Estado, cabendo-lhe a última palavra.

O referido diploma trouxe um conceito limitado de refugiado, afirmando ser toda pessoa que esteja fora de seu país de nacionalidade ou de residência habitual em virtude de perseguição, ou temor fundado de perseguição, por raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a grupo social, e não possa ou não queira retornar em virtude desse temor (art1º A, Convenção da ONU de 1951). A constatação da qualidade de refugiado tem apenas caráter declarativo e os indivíduos que preencherem esses requisitos poderão ser assim considerados. Esse diploma legal retira, portanto, outras violações a dignidade da pessoa e aos direitos humanos como hipóteses de concessão de asilo e, conseqüentemente, da condição jurídica de refugiado protegido internacionalmente.

Nesse diapasão, vale destacar que na Declaração de Cartagena sobre refugiados de 1984 alargaram-se as hipóteses de concessão do estatuto do refugiado a novos grupos de pessoas que necessitavam de proteção “devido a grave e generalizada violação de direitos humanos”. É considerada um instrumento de proteção moderno e de grande contribuição para a América Latina (ONUBR, 2014).

O direito internacional dos refugiados tem caráter humanitário, destacando-se como um viés dos direitos humanos, já que objetiva proteger as pessoas nas situações descritas pela Convenção de Genebra de 1951 e compreende instrumentos normativos de proteção. No caso da União Europeia, em que todos os membros são signatários dessa Convenção, portanto, obrigados a segui-la, há diretivas que instrumentalizam a proteção

dessas pessoas, além da política comum de concessão de asilo que vem sendo incrementada desde a década de 1990, como se verá adiante.

Evolução Histórica do Asilo e Aspectos Contemporâneos

Os conceitos de asilo e refúgio não podem ser dissociados, no entanto, existem diferenças entre os termos. O asilo implica em uma proteção que um Estado confere a um indivíduo estrangeiro e refugiado é a condição jurídica desse estrangeiro quem recebe o asilo.

A concessão de asilo consiste em possibilitar proteção a alguém que está em situação de perigo ou em risco iminente. Já a noção de refúgio se baseia na condição jurídica de quem recebe o asilo e é um *status* relativamente recente. É uma prerrogativa do Estado, detentor de soberania e não um direito subjetivo daquele que pede asilo (CIERCO, 2010).

Na língua inglesa, a pessoa que solicita que lhe seja atribuída a condição de refugiado se chama *asylum seeker*, portanto, no que se refere a essas pessoas utiliza-se o termo “concessão de asilo” em detrimento de “solicitação de refúgio”.

A busca por asilo se confunde com a própria história da humanidade. Mas é na Europa do século XIX que o termo “refugiado” aparece pela primeira vez. Em 1573, a França adota o termo para designar os calvinistas (estrangeiros) que fugiam de perseguição religiosa nos Países Baixos. Cem anos mais tarde, a Inglaterra também utiliza o termo para se referir aos calvinistas fugidos da França, depois do Édito de Fontainebleau em que Luís XIV proibiu o culto protestante na França, tentando converter os calvinistas ao catolicismo. Com a Revolução Francesa, o número de refugiados chegou a 130 mil pessoas (CIERCO, 2010).

O início do século XX foi marcado por diversas revoltas e movimentos políticos, cujas consequências, dentre outras, foi a produção de grande número de refugiados. No período entre guerras, a situação dessas pessoas em todo o mundo não tinha sido resolvida. Havia a necessidade de uma norma internacional que definisse a condição de refugiado tratando de seus

direitos, deveres e formas de proteção, ao invés de acordos para situações específicas e respostas pontuais.

Assim, as conquistas realizadas pelo Direito internacional sobre a questão dos refugiados se inicia com a assinatura do Acordo de Genebra relativo à entrega dos certificados de identidade aos refugiados russos, em 1922, o chamado “Passaporte Nansen”, uma vez que o Pacto das Nações, ao final da 1ª guerra mundial, nada acordou sobre os direitos dos refugiados que surgiram após esse conflito mundial.

Esse documento, idealizado por Fridjof Nansen⁷², representante norueguês na Liga das Nações (1919), foi reconhecido por 52 países, o que ajudou centenas de pessoas que de outra forma não poderiam ser acolhidas por outros estados do mundo, uma vez que não dispunham de nenhum documento para transitarem ou serem admitidos em outro território (CIERCO, 2010).

Nesse ínterim, a Liga das Nações estabeleceu inúmeros instrumentos normativos de caráter internacional no intuito de proteger os refugiados, entre 1920 e 1930, no entanto, de nenhuma maneira era fácil que os países aceitassem as obrigações pactuadas (HATHAWAY, 1984).

Diante da ineficácia dos instrumentos normativos adotados até então para proteger os refugiados, em 1933, ocorreu uma Conferência Internacional, em que foi discutida e adotada a Convenção sobre o Estatuto Internacional dos Refugiados, dispondo sobre proteção social, emprego, educação e restringindo a prática de expulsão do refugiado. Foi ratificada por apenas 8 países, no entanto, sua importância consistiu em ser um dos primeiros instrumentos internacionais de proteção ao refúgio (ALLAND, 1997).

No fim da segunda grande guerra, segundo Vernant (1953), estima-se que existiam mais de 1.600.000 refugiados. O que se vislumbrou, pós atrocidades cometidas no conflito, foi a necessidade de restringir a atuação do Estado e assegurar a proteção aos direitos do homem.

Desse modo, a Carta das Nações Unidas, assinada em 1945, não trazia disposições expressas para a questão dos refugiados, todavia, marca o início de uma agenda voltada para o desenvolvimento de um direito internacional dos refugiados.

As Nações Unidas, em 1949, criaram o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) com o escopo de assegurar a proteção dos refugiados e procurar soluções permanentes para a questão e, em 1951, a Convenção de Genebra, dispondo sobre o estatuto dos Refugiados, foi adotada. A Convenção consolida instrumentos legais e internacionais anteriores relativos aos refugiados e estabelece o acolhimento e o tratamento dos refugiados. Com o surgimento de novas situações de conflitos e perseguições, houve a necessidade de proteger os novos fluxos de refugiados que surgiram. Desse modo, um Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados em 1967 foi levando os países a aplicar as normas para todos os refugiados que preenchessem as hipóteses do estatuto, todavia, agora sem limite geográfico ou temporal (ACNUR, 2012).

O Asilo na União Europeia

As migrações forçadas tornaram-se a ordem do dia nos países europeus. A Europa é um polo de atração de migrantes pela sua concentração de riqueza, pelo passado colonial e situação político-econômica. Um dos grandes entraves a evolução do direito internacional dos refugiados seria a abrangência do conceito de refugiado e a dificuldade de distingui-lo dos migrantes voluntários ou econômicos, uma vez que não se pode reconhecer o Estatuto dos Refugiados a todos aqueles que fogem buscando melhoria em sua condição de vida (CIERCO, 2010).

A atual situação dos refugiados exige medidas efetivas que ultrapassem as vontades isoladas dos Estados, mostrando-se como um problema global que pode colocar em xeque a segurança e a paz internacional.

A Convenção Europeia da Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades individuais (1950) não dispõe diretamente sobre o direito de

asilo e proteção aos refugiados, todavia, o Protocolo Adicional de 1963 proíbe expulsões coletivas de estrangeiros e o Protocolo Adicional de 1984 enuncia as condições em que isso pode ser feito, além de garantir direitos que podem ser usufruídos por refugiados e pessoas deslocadas. Essas normas se aplicam às pessoas que se encontram em território europeu, sejam refugiadas ou não.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem garante a aplicação dessa Convenção defendendo que, mesmo não estando diretamente normatizados nesse instrumento os repatriamentos podem causar violação de direitos e, até mesmo, condenação à morte caso essas pessoas sejam obrigadas a voltar ao seu país de origem.

Não há norma internacional que obrigue qualquer Estado do mundo a receber um refugiado sem que assim deseje, uma vez que se estaria maculando a soberania. O refugiado não é isento de ser repatriado para seu país de origem, mesmo pelos Estados que ratificaram a Convenção da ONU de 1951, que impede apenas certos casos de deportação e reenvio.

Os países da Europa, em sua maioria, têm invocado sua prerrogativa de soberania e controle de fronteiras externas no sentido de limitar o fluxo de migrantes e refugiados e o instituto do asilo está sendo desrespeitado como direito humano, uma vez que a concessão ou não depende de poder discricionário do Estado e este, ao negar o pedido de asilo, pode expulsar o requerente do seu território reenviando ao seu país de origem ou a um país terceiro. Na falta de instrumento internacional obrigatório sobre o asilo, os países devem agir em conformidade com os normativos que tratam sobre direitos do homem e impedem esse tipo de comportamento (CIERCO, 2010).

O que está expresso em vários instrumentos internacionais de proteção ao refugiado é o princípio do *non-refoulement* ou não-expulsão, corolário dos princípios que embasam os direitos do homem, incluindo o direito de buscar e se beneficiar do asilo tendo em vista perseguições e perigo de morte. Esse princípio refere-se a não aceitação de qualquer atitude do Estado que force um refugiado a voltar a seu país de origem ou o reenvie

para onde possa sofrer perseguição ou ameaça a sua vida. O artigo 33 da Convenção da ONU de 1951, portanto, garante que nenhum Estado expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida e a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação a certo grupo social ou opiniões políticas.

Embora esse princípio tenha sido aceito quando da ratificação da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 pela maior parte dos países europeus, o risco de *refoulement* tem aumentado, pois há crescente tendência de se impedir a entrada de refugiados nos aeroportos e portos marítimos. Tais atitudes impossibilitam sequer que o refugiado procure proteção e/ou requeira asilo, uma vez que, em nome das políticas de controle de imigração irregular, os Estados impedem que o refugiado adentre seu território, reenviando para situações em que sua vida pode estar correndo perigo. No caso da União Europeia, há o acolhimento efetivo desse princípio na Diretiva 83, de 2004, que estabelece normas mínimas relativas às condições a serem preenchidas por nacionais de países terceiros e apátridas para poderem se beneficiar do estatuto dos Refugiados ou de pessoa que, por outros motivos, necessita de proteção internacional.

A conduta sobre migrações e controle de fronteiras por parte dos países europeus está mais restrita justificando-se no aumento do número de pedidos de asilo, às vezes realizados por quem não detém as condições para ser refugiado, pela crise econômica e pela segurança. De fato, inúmeras pessoas, em busca de melhores condições de vida e de emprego, tendem a utilizar o asilo como uma ferramenta para conseguir adentrar e permanecer no país que escolheu, todavia, isso impede que as pessoas que realmente estejam sofrendo perseguições e temam por sua vida possam garantir proteção. Dessa forma, a cada dia os países europeus estão restringindo ainda mais o conceito de refugiado impedindo a concessão de asilo. Diante disso, alguns países europeus estão aderindo a um conjunto de medidas paliativas e emergenciais como alternativa jurídica para acolher os migrantes como é o caso das proteções temporárias, o estatuto humanitário,

em Portugal; o estatuto da tolerância, na Alemanha e a autorização excepcional de permanência no Reino Unido, permitindo uma estadia temporária até as condições permitirem o regresso dessas pessoas aos seus países de origem.

Apesar do Tratado de Roma (1957) e da colaboração existente entre os Estados que compõem a União Europeia, em se tratando de livre circulação de pessoas, nada havia sido previsto em relação à imigração e à política de acolhimento e proteção aos refugiados. Nas matérias que abordam a soberania dos Estados, as discussões são mais sensíveis. O primeiro passo, no que diz respeito a livre circulação de pessoas dentro do espaço regional europeu, foi dado pela França, Alemanha, Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos, quando em 1985, assinaram o Acordo de Schengen, decidindo criar entre si um espaço sem fronteiras internas (TIZANO *et al* 1997).

A cooperação europeia em matéria de asilo, segundo Lobko (1992), só se iniciou a partir de 1986, com o Ato Único Europeu (AUE) cujo objetivo era abolir o controle de pessoas – europeus e nacionais de países terceiros – nas fronteiras internas da Comunidade, permitindo a livre circulação, o que gerou receio em vários países membros e uma redefinição da política de controle mais severo das fronteiras externas. Os países que acolheram essa ideia de livre circulação de todos, incluindo nacionais de países terceiros, entraram no processo Schengen, adotando a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen⁷³ (CAS).

Apesar do avanço, essa Convenção objetivava proteger os países dos pedidos de asilo que não correspondiam às hipóteses da Convenção de Genebra de 1951, diminuindo o fluxo migratório clandestino para a Europa, o tráfico de drogas e o crime organizado, uma vez que, embora as fronteiras internas tenham sido abolidas, as externas foram reforçadas. A CAS determinou, em seu texto, qual Estado terá a responsabilidade de analisar o pedido de asilo. O aumento do número de pedidos de asilo levou, em 1990, à adoção da Convenção de Dublin que elencava critérios que determinavam o Estado responsável para analisar o pedido de asilo efetuado dentro do bloco europeu⁷⁴ tinha como objetivo evitar o “asilo shopping” ou pedidos

múltiplos, em que o solicitante fazia o pedido de asilo em vários Estados da Comunidade; e os refugiados “em órbita”, em que os requerentes de asilo eram enviados de um Estado a outro, sem que nenhum se responsabilizasse pelo pedido do mesmo (CIERCO, 2010).

Segundo Gray (2013), as questões relativas ao asilo na UE foram levadas a um patamar supranacional somente a partir de 1997, conferindo maior poder à Comissão Europeia para legislar sobre o assunto. Assim, no Conselho de Tampere, os países membros do bloco europeu assumiram o compromisso de desenvolver ações efetivas e uma política uniforme e comum de asilo, constituindo os pilares do Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA).

Essas normas foram ratificadas no Tratado de Lisboa (2009) com o objetivo de assegurar o tratamento igualitário aos refugiados, baseado no princípio da solidariedade e do compartilhamento justo de responsabilidades entre os Estados membros, conforme art. 80 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Para estabelecer o SECA, diversas diretrizes foram adotadas, valendo ressaltar que essas diretivas, dentro do bloco, são hierarquicamente superiores às leis nacionais, portanto, de observância obrigatória. A primeira diretriz, adotada em 2001, diz respeito à proteção temporária aos refugiados impondo aos Estados membros uma resposta coletiva ao fluxo de massa de pessoas que precisam de proteção (Diretriz do Conselho Europeu 55/2001/CE).

Tirlea (2012) afirma que a Diretriz de Condições de Acolhimento (Diretriz 9/2003/CE, revisada pela Diretriz 33/2013/UE) estabelece condições mínimas de acolhimento aos solicitantes de refúgio, enquanto esperam a decisão, como alimentação, saúde, habitação, possibilidade de procurar emprego, em um prazo máximo de 9 meses, além de outros direitos. Acrescenta, ainda, que inova ao trazer normas comuns sobre restrição de detenção de pessoas vulneráveis e assistência jurídica.

Em 2003, a Diretriz de Regulamento de Dublin substituiu a Convenção com o mesmo nome, em vigor desde 1990, tratando sobre a

responsabilidade do estado membro que teve papel principal na entrada do refugiado em território europeu em analisar o pedido de asilo – regra do Primeiro País Seguro em que o migrante chegou. A finalidade principal dessa diretriz foi evitar os fenômenos de “asilo shopping” e “refugiados em órbita”, uma vez que garante que o pedido deve ser feito apenas em um país, ao qual chegou (TIRLEA, 2012). Todavia, esse regramento possui inúmeros inconvenientes, cujo principal problema é que gera obrigações discrepantes entre os Estados europeus que fazem fronteira com país em conflito, uma vez que são os mais próximos e, portanto, os primeiros a receber os migrantes. Esses Estados ficam sobrecarregados em detrimento de outros. Necessário se faz um compartilhamento justo das responsabilidades, bem como uma flexibilização a regra de Dublin (GRAY, 2013).

A Diretriz 84 de 2004 do Conselho Europeu, revisada em 2011 (Diretriz 95/2011/UE), chamada de Diretriz do Estatuto do Refugiado, elenca as condições para a concessão do Estatuto do Refugiado, garantindo proteção internacional e uma série de benefícios que devem ser observados por todos os Estados membros de maneira uniforme, uma vez que antes da Diretriz o solicitante poderia usufruir de proteção das formas mais variadas a depender em que país membro se encontrasse. A diretiz vai além dos critérios estabelecidos pela Convenção da ONU de 1951, acrescentando às hipóteses de concessão de refúgio a perseguição ou o fundado receio de perseguição sexual e por motivos de gênero, além de configurar como perseguidores não apenas o Estado, mas atores não estatais, e limitar o *refoulement* apenas ao caso de o refugiado constituir perigo à segurança nacional do estado acolhedor e/ou caso tenha cometido crimes graves (TIRLEA, 2012).

Em 2005, foi adotada a Diretriz de procedimentos de Asilo (Diretriz 85/2005/CE, revisada pela Diretriz 32/2013) regulando todo o processo de pedido de asilo a ser adotado por todos os Estados membros, além de elencar os direitos e garantias inerentes à condição de solicitante de refúgio. Todavia, essa normativa recebeu inúmeras críticas por ser confusa e gerar

interpretações divergentes abordando apenas aspectos mínimos do processo de solicitação de asilo, sem introduzir soluções para os vários aspectos da questão (KAUNERT *et al*, 2011)

Desse modo, muito embora essas várias diretrizes tenham sido adotadas, os atuais métodos de recepção não estão sendo suficientes para a quantidade de refugiados que chega à Europa, uma vez que, com o aumento no número de conflitos em todo o mundo, cresce também a quantidade de refugiados que chega à Europa.

Um dos grandes problemas enfrentados pelos refugiados é que o reconhecimento dessa condição está diminuindo cada vez mais, muito embora o número de pedidos esteja aumentando, ou seja, os Estados estão limitando a concessão de asilo sob a justificativa que determinada pessoa não preenche todos os requisitos para ser um refugiado, caracterizando-os, na maioria das vezes, como migrante econômico e, com isso, pessoas em extrema situação de vulnerabilidade deixam de receber a proteção necessária. Violam, assim, o estabelecido na Convenção da ONU de 1951, desrespeitando os direitos humanos dessa população, uma vez que não reconhecido como refugiado.

De acordo com dados fornecidos pelo ACNUR (2015), a Alemanha continua sendo o destino mais procurado pelos migrantes que adentram o território europeu. Foi o país que recebeu o maior número de pedidos de asilo, com mais de 150 mil até o segundo semestre de 2015 (figura 1).

Figura 1



Fonte: UNHCR

A Hungria já ocupa o lugar de destaque devido a sua localização geográfica como porta de entrada da Europa Ocidental por via terrestre. O país construiu um muro de 175 quilômetros junto a fronteira com a Sérvia no intuito de diminuir o fluxo de pessoas em busca de asilo no norte da Europa.

No Tratado de Lisboa, há um capítulo dedicado às políticas de Controle de fronteiras, asilo e imigração e o artigo 78 dispõe que a União desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária destinada a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de país terceiro que necessite de proteção internacional e a garantir a observância do princípio da não-repulsão, baseando-se na Convenção de Genebra de 1951 e no Protocolo de 1967. Assim, a UE adotou um sistema comum de gestão dos fluxos migratórios no intuito de harmonizar e compartilhar responsabilidades, inclusive no plano financeiro.

Apesar de inúmeros instrumentos normativos de proteção aos refugiados, observa-se, na prática, que a UE não está conseguindo gerir de forma eficaz a crise de refugiados que se instalou desde o final de 2014. Noll (2002) afirma que o sistema atual é injusto porque não garante o compartilhamento de responsabilidades entre os vários países membros

avaliando a capacidade real de cada um para acolher e proteger o solicitante de asilo e que, embora a política de asilo seja comum dentro do bloco, ela só se verifica formalmente, uma vez que instituiu o SECA, mas não lhe deu operacionalidade de fato.

Apesar dos esforços legislativos em prol da proteção dos refugiados com a consagração, dentro do Tratado de Lisboa, do Sistema Europeu Comum de Asilo, observa-se que as violações dos direitos dessas pessoas só vão ser resolvidas quando os Estados cooperarem entre si.

No entanto, as políticas de cooperação têm sido marcadas por medidas restritivas de migração, indo de encontro às conquistas efetuadas pelo direito internacional dos refugiados e pondo em xeque até mesmo os direitos humanos. Os Estados membros aprofundam a cooperação através de procedimentos burocráticos e não solidários, distantes da realidade em que milhares de refugiados vivem (KAUNER *et al* 2011).

Nas palavras de Milesi e Maricnucci (2005, p. 11), “(...) as soluções duradouras só podem ser encontradas na eliminação ou, pelo menos, na forte redução das causas profundas que originam os fenômenos”.

Desse modo, a proteção dos refugiados depende da colaboração e ajuste de vontade dos países envolvidos. Essa cooperação tem sido ausente na atual crise migratória que a Europa vive. Uma das possíveis soluções para a questão está na atuação de forma mais eficaz do ACNUR no sentido de persuadir os Estados membros do bloco europeu de que a política de acolhimento e proteção aos refugiados está ligada a questões econômicas e sociais, por exemplo, já que os refugiados constituem uma importante força de trabalho e de crescimento demográfico para aqueles países com problemas de envelhecimento populacional e diminuição da população economicamente ativa. Uma vez convencidos dos possíveis ganhos para todos os Estados membros se empenhariam mais para resolver a problemática de forma rápida e efetiva evitando situações de desrespeito aos direitos humanos.

Considerações Finais

Conclui-se que o direito que todo indivíduo tem, quando vítima de perseguição, de procurar acolhimento e proteção em outro país é um direito humano fundamental consagrado nos mais diversos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos do Homem. No entanto, apesar do direito de asilo ser inerente à condição humana, a decisão de conceder ou não esse direito constitui-se como poder discricionário do Estado acolhedor. O Tratado de Lisboa impõe aos países membros da União europeia a adoção de políticas de asilo harmônicas, por meio de um Sistema europeu Comum de Asilo (SECA), na tentativa de acolher e proteger os refugiados que adentram o território europeu. Todavia, apesar do incremento legislativo dentro da UE, o que se observa é um conjunto de burocracias nacionais que restringem o direito de asilo e evitam ao máximo a concessão do Estatuto dos Refugiados, negando a essas pessoas o mínimo de proteção.

A cooperação entre os Estados membros do bloco europeu se mostra como única saída viável à crise migratória atual, uma vez que nenhum país sozinho consegue suportar o fluxo de migrantes que chegam todos os dias nas fronteiras europeias. O papel do ACNUR é de importância salutar, uma vez que pode persuadir os países que compõem o bloco em colaborar com o acolhimento e proteção aos refugiados, na medida em que demonstrar que a recepção dessas pessoas poderá trazer benefícios a todos.

Referências

- ACNUR. Convenção de 1951, relativa ao estatuto dos refugiados e Protocolo de Nova Iorque sobre estatuto dos Refugiados de 1967 . In: Lei 9474/97. Brasília 2005. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bfolder%5D=169 . Acesso em 03 de junho de 2013.
- ACNUR. Promovendo meios de subsistência. 2012. Disponível em http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Promovendo_Meios_de_Subsistencia_e_Autossuficiencia. Acesso em 14 de maio de 2014.
- ALLAND, Denis. Le dispositif International du Droit de l'asile. In: Société Française pour Droit International. Paris: A. Pedone, 1997.
- ANDRADE, J. H. F. de. A proteção internacional dos refugiados no limiar do século XXI. *Travessia – Revista do Migrante*. São Paulo, 2005, p. 61-87.
- ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coords.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 425-426.
- BETTS, Alexander. *Conceptualising Interconnections in Global Governance: the case of refugee protection*. Working Paper Series. RSC Working Paper 38. Oxford: RSC/QEH/IDC/ University of Oxford, 2006.
- BETTS, A. *International cooperation in the refugee regime*. New York: Oxford, 2011. Cap. 3, p. 76, 2011.
- CIERCO, Teresa. *A Instituição de Asilo na União Europeia*. Ed. Almedina. Coimbra, 2010.
- GRAY, Harriet. *Surveying the Foundations: article 80 TFUE and the Common European Asylum System*. *Liverpool Law Rev.* 2013.
- HATHAWAY, J. C. *The evolution of Refugee status in International Law: 1920-1950*. In: *International Comparative Law Quarterly*. Oxford. N°. 33. 1984.

HATTON, Timothy J. European Asylum Policy. In: National Institute Economic Review. 2005.

KAUNERT, Christian e LÉONARD, Sarah. (2011) The European Union and Refugees: Towards More Restrictive Asylum Policies in the European Union? Disponível em: [http://www.upf.edu/gritim/_pdf/WP8_Kaunert_leonard.pdf]. Acesso em 13 de maio de 2014.

MARINUCCI, R.; MILESI, R. Migrações internacionais contemporâneas. 2005, p. 15. Ministério da Justiça. Convenção: informações Gerais. Disponível em:

http://www.cgu.gov.br/oea/convencao/info/index.asp>. Acesso em :06 de jun de 2011.

MILESI, R. e CARLET, F (2006). Refugiados e Políticas Públicas: Pela solidariedade, contra a exploração. Disponível em: http://www.migrante.org.br/IMDH/fckeditor/editor/filemanager/connectors/aspx/userfiles/file/refugiados%20e%20refugiadas/refugiados_e_politicas_publicasout06.doc>. Acesso 10 de jan de 2014.

MILESI, R. e ALVES, C. (2012). Haitianos no Brasil: Um apelo à Acolhida, à Solidariedade e à Integração. p.1-2. Disponível em: http://www.migrante.org.br/IMDH/fckeditor/editor/filemanager/connectors/aspx/userfiles/file/Eventos%20e%20Destques/Texto_haitianos_07abr2012__Candida_e_Rosita_(final)%5B2%5D.doc>. Acesso em 02 jan. 2014.

OIM: Organização Internacional para as migrações (2007). Relatório da imigração mundial. Disponível em http://www.jcp.ge/iom/pdf/WMR_2010_ENGLISH.PDF. Acesso em 29 de maio de 2013.

ROCHA, R. R., MOREIRA, J. B. Regime internacional para refugiados: mudanças e desafios. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v. 18, n 37, -30, out 2010.

TIRLEA, Radu A. Asylum seekers in EU: conditions, procedures and human rigths. The case of Romania's asylum system. Disponível em: http://projekter.aau.dk/projekter/files/68777323/master_thesis_radu_tirlea.pdf. Acesso em dezembro de 2014.

-

⁷⁰ Professor do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas - FACISA/Campina Grande – Paraíba / Brasil. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/ Portugal. Advogado. Email: falecom@alexandrealeal.com

⁷¹ Professora do curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande – Paraíba /Brasil. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Estadual da Paraíba/Brasil. Doutoranda em Ciências Jurídico Internacionais e Europeias pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal.
Email:mariliadaniellaufpb@yahoo.com.br.

⁷² Fridtjof Nansen foi um cientista e político norueguês considerado o criador do sistema internacional de proteção aos refugiados. Idealizador do “Passaporte Nansen”, recebeu o Prêmio Nobel da Paz, em 1922, pelo seu trabalho a favor dos refugiados em todo o mundo.

⁷³ Países do Acervo Schengen: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Islândia, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Baixos, Polónia, Portugal, República Checa, Suécia e Suíça.

⁷⁴ Os critérios adotados para escolher qual Estado decidiria sobre o pedido de asilo eram: aspecto familiar, presença de um membro da família em determinado Estado; ser portador de um visto ou título de residência atribuído por Estado parte; responsabilidade pelo controle de fronteira externa, se o indivíduo entrou ilegalmente no espaço europeu o Estado que falhou nesse controle deve se responsabilizar, e, por fim, se nenhum dos critérios for aplicável, o responsável seria o primeiro Estado em que o solicitante depositou o primeiro pedido de asilo.

REINTRODUÇÃO DAS FRONTEIRAS INTERNAS NO ESPAÇO SCHENGEN – OPÇÃO OU SOLUÇÃO DE CONTROLO FACE AOS RECENTES PROBLEMAS NA UNIÃO EUROPEIA?

Márcia Costa Bento⁷⁵

Resumo: O Acordo Schengen representa um território que corresponde ao espaço geográfico dos países que assinaram o referido acordo, no qual a livre circulação de cidadãos da União é garantida, não existindo fronteiras internas. Sendo que a extensão desta liberdade tem de ser equilibrada com as condições de segurança indispensáveis à segurança dos cidadãos que ali habitam e circulam.

Atualmente, a União Europeia enfrenta importantes desafios, como o afluxo maciço de pedidos de asilo e a ameaça terrorista, tais acontecimentos levaram a que alguns Estados-Membros, como medida de proteção e de segurança, reintroduzissem o controlo nas suas fronteiras internas. No entanto, será esta medida a solução para os problemas que assolam a União Europeia?

Palavras-chave: União Europeia; Acordo Schengen; terrorismo; refugiados; segurança.

Abstract: The Schengen Agreement represents a territory corresponding to the geographical area of the countries which have signed the agreement, in which the free movement of Union citizens is guaranteed and there are no internal borders. The extent of this freedom must, therefore, be balanced with the security conditions indispensable to the security of the citizens who live there and move about.

The European Union is currently facing major challenges, such as the massive influx of asylum applications and the terrorist threat. Such events have led some Member States, as a security and safety measure, to reintroduce control at their internal borders. But will this measure be the solution to the problems facing the European Union?

Keywords: European Union; Schengen Agreement; terrorism; refugees; safety.

Sumário: Introdução; 1. A Europa dos Cidadãos; 2. O Acordo de Schengen; 2.1. O Acordo de Schengen está em causa?; Conclusão.

Introdução:

A União Europeia tem vindo a percorrer um longo caminho, com vários desafios, para conseguir implementar e reforçar princípios como a Paz, solidariedade, união e estabilidade.

Nesse sentido, foi criado o espaço Schengen, o qual representa um território que corresponde ao espaço geográfico dos países europeus, signatários do referido acordo, onde a livre circulação dos cidadãos europeus é garantida, não existindo fronteiras internas, apenas uma única fronteira externa.

Atualmente, a União Europeia enfrenta enormes problemas, desencadeados pelos grandes movimentos migratórios e também face ao terrorismo. Este cenário levou a que alguns Estados-Membros

reintroduzissem o controlo nas suas fronteiras internas, devido à insegurança e ao medo.

Sem dúvida, é necessário criar medidas de proteção e de segurança, perante esta crise internacional, não só para cidadãos europeus, como também, torna-se premente proteger e ser-se solidário com aqueles que fogem de guerras, sem condições de sobrevivência nos seus países de origem.

No entanto, será a reintrodução das fronteiras internas nos Estados-Membros uma solução para o problema? Sem dúvida, poderá ser uma opção temporária de controlo, mas não é uma solução, construir muros e isolar os Estados-Membros não é uma solução definitiva.

1. A Europa dos cidadãos

A Segunda Guerra Mundial⁷⁶ envolveu a maioria das nações do mundo, sendo a guerra que causou mais vítimas em toda a história da humanidade, deixando marcas profundas de uma luta sangrenta e devastadora.

Perante este cenário, os governos, determinados a evitar a repetição de uma guerra tão terrível, chegaram à conclusão de que precisavam de algo que unisse as Nações⁷⁷ e para prossecução desse objetivo construíram a União Europeia.

A Comunidade Europeia foi desenvolvida com respeito pelos valores do Direito, podendo inclusivamente afirmar-se que representa uma União de Direito, conjugando-se vários fins e objetivos, como políticos, económicos, sociais e culturais. Um desses objetivos consistiu na implementação da liberdade de circulação dos cidadãos europeus no território europeu, nos seguintes termos:

“Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas no presente Tratado e nas disposições adoptadas em sua aplicação” ⁷⁸

O princípio da livre circulação comporta a liberdade de deslocação, de residência e de permanência no território de qualquer Estado-Membro e, bem assim, a liberdade de acesso aos empregos disponíveis no espaço comunitário⁷⁹.

O Tratado de Maastricht introduziu a noção de cidadania da União Europeia, da qual resulta que qualquer nacional de um Estado-Membro beneficia da mesma, automaticamente. É precisamente na cidadania da União que assenta o direito de livre circulação e residência das pessoas no território dos Estados-Membros. O Tratado de Lisboa confirmou este direito, que se encontra, também, incluído nas disposições gerais relativas ao espaço de Liberdade, Segurança e Justiça⁸⁰.

Contudo, a implementação prática deste princípio na União não foi uma questão simples, implicou a supressão gradual das fronteiras internas, nos termos do Acordo de Schengen.

2. O Acordo de Schengen

O Acordo de Schengen⁸¹ foi celebrado em 14 de junho de 1985, complementado por uma Convenção⁸², assinada a 19 de junho de 1990. Este Acordo veio facilitar o exercício da liberdade de circulação dos cidadãos europeus dentro do espaço Schengen, tendo em conta a abolição das fronteiras internas pelos países signatários⁸³, designadamente os controlos aduaneiros e policiais que anteriormente estavam sujeitos, a favor de uma fronteira externa única⁸⁴.

O espaço Schengen foi integrado no quadro jurídico e institucional da União⁸⁵. Desta forma, é objeto de controlo parlamentar e jurisdicional, o que permite aos cidadãos recorrerem judicialmente, em situações de violação dos seus direitos.

Para além dos cinco países iniciais, ao longo do tempo, foram vários os países que aderiram ao referido Acordo⁸⁶.

Importa referir, que não existe coincidência, entre o espaço Schengen e o espaço da União Europeia, pois que, apesar da maioria dos Estados-Membros da União pertencer também ao espaço Schengen, verdade é que existem exceções⁸⁷. Em sentido contrário, existem países terceiros face à União Europeia, mas pertencentes ao espaço Schengen⁸⁸.

Mónaco, São Marino e a Cidade do Vaticano, por estarem integrados em territórios aderentes ao Acordo de Schengen, também seguem as mesmas regras de livre circulação.

Qualquer Estado-Membro que, entretanto, adira à União Europeia tem de aceitar, à partida, o estipulado no acervo de Schengen e tem de demonstrar que está apto a assumir várias responsabilidades, tais como: controlo da fronteira externa (terrestre, marítima e aérea); cooperar eficazmente com os outros Estados-Membros no sentido de manter um elevado nível de segurança; cooperar a nível policial e a nível de proteção dos dados pessoais; ligar e utilizar o Sistema de Informação Schengen (SIS)⁸⁹ e o Sistema de Informação sobre Vistos (VIS)⁹⁰.

A liberdade de circulação no espaço Schengen “ constitui um direito, não só para mais de 500 milhões de cidadãos europeus, mas também para todos os nacionais de países terceiros que se encontrem legalmente no espaço Schengen. Os cidadãos estrangeiros que nele residam gozam desse direito, sem precisarem de vistos, desde que possuam um título de residência válido. Os cidadãos estrangeiros que viajem dentro do espaço Schengen têm a liberdade de o fazer por períodos máximos de 90 dias em cada seis meses.”⁹¹

O espaço Schengen é um dos maiores feitos da União Europeia, pois que, após duas guerras mundiais completamente devastadoras, suprir fronteiras internas entre países, garantir um espaço de segurança e acima de tudo confiar nos restantes países, demorou muitos anos, e sem dúvida representa um enorme benefício para a União Europeia e para os seus cidadãos.

“A liberdade põe em causa a faculdade dos homens de aceitar, nas suas relações individualizadas, a alteridade”⁹².

Como vimos anteriormente, a União Europeia constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros, de acordo com o artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE) e o artigo 67.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Acontece que tal liberdade tem de ser equilibrada, pela segurança, sendo que tais princípios andam sempre juntos, não existindo uma autêntica liberdade sem segurança. Por conseguinte, no espaço Schengen, a liberdade tem de ser conjugada com a manutenção das questões de segurança, cumpre relembrar *“que privilegiar a segurança em prejuízo da liberdade, ou vice-versa, acabaria por redundar na destruição de ambas, pois num Espaço sem liberdade não pode haver autêntica segurança, assim como num Espaço sem segurança não pode haver verdadeira liberdade”⁹³.*

Um dos objetivos para garantir a segurança na União Europeia, consiste no controlo de pessoas e vigilância eficaz na passagem das fronteiras externas, de acordo com a alínea b) do n.º1 do artigo 77.º do TFUE. No entanto, existem autores que contestam a eficácia destes controles fronteiriços *“em função da rápida diversificação das rotas de entrada no Espaço Schengen”*, tendo em conta o *“mundo altamente conectado”⁹⁴.*

2.1. O Acordo de Schengen está em causa?

Apesar de ser considerado um dos maiores feitos da União Europeia, os mais recentes fenómenos, caracterizados por fluxos migratórios e atentados terroristas, realçam a facilidade com que terroristas se deslocam e organizam atentados.

Tais circunstâncias levaram a vários Estados-Membros, tais como: a Alemanha, Áustria, França, Suécia, Noruega, Bélgica e Dinamarca, por

razões de ordem pública ou de segurança nacional, após a consulta dos demais Estados, a reintroduzirem temporariamente os controlos nas suas fronteiras internas, tal como prevê o artigo 23.º do Código das Fronteiras Schengen⁹⁵.

Contudo, será esta medida, a implementação de fronteiras internas, uma solução de controlo?

Regulamento (CE) n.º 562./2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen), (JO L 105 de 13.4.2006, p. 1).

A questão dos refugiados e das pessoas internamente deslocadas no mundo⁹⁶ compõe uma das questões mais difíceis, que a comunidade internacional atualmente se depara.

Todos os dias chegam dezenas, senão centenas de refugiados, à União Europeia colocando a sua vida em risco, mas fazem-no porque não têm outra opção⁹⁷, *“ninguém é refugiado por gosto ou opção. Ser refugiado significa mais do que ser estrangeiro. Significa viver no exílio e depender de outros para satisfazer necessidades básicas como a alimentação, o vestuário e a habitação”*⁹⁸.

Importa lembrar que os refugiados possuem direitos que devem ser respeitados, antes, durante e depois do processo de concessão de asilo. Como, por exemplo, o direito à vida, a proteção contra a tortura e os maus tratos, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de circulação, o direito a deixar qualquer país, incluindo o seu, o direito a regressar ao seu país e o direito de não ser forçado a regressar. Estes direitos são proclamados, entre outros direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais, para todas as pessoas, cidadãos ou não, na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁹⁹, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, que formam, em conjunto, a Carta Internacional dos Direitos Humanos.

A União Europeia para lidar corretamente com esta situação, deve respeitar os direitos humanos. *“Aliás, o respeito aos direitos humanos tornou-se um dos requisitos para admissão de um Estado-membro na União Europeia e que o Acordo de Schengen trouxe como um direito a livre circulação de pessoas, desde que se encontrem legalmente no espaço Schengen, garantindo, assim, o princípio da liberdade, juntamente com uma maior proteção aos países signatários do acordo”*¹⁰⁰.

O presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker, recentemente afirmou que a Europa conseguirá lidar com esta questão. Por conseguinte, em março de 2016 serão efetuadas novas propostas para a distribuição de refugiados nos Estados-Membros. Para além disso, Bruxelas conta com a implementação dos chamados *"hotspots"*, onde devem ser registrados os pedidos de asilo e realizada a diferenciação dos *"imigrantes económicos"*, dos que, realmente precisaram de proteção internacional. Além do mais, serão reforçados os meios de controlo de pessoas que entram no espaço Schengen.

Pelo que devolver as fronteiras internas aos Estados-Membros não é solução para resolução dos problemas atuais da União Europeia. Bem pelo contrário, é necessária uma cooperação mais estreita entre os Estados-Membros, e consequentemente a adoção de medidas conjuntas que reforcem a segurança e, também, que neutralizem a violação dos direitos humanos, pois que, *“é por demais evidente que, se não se adotarem medidas para neutralizar a negação ou a violação dos direitos humanos, se não houver uma distribuição mais justa dos recursos existentes no mundo, maior contenção e tolerância, se, independentemente da raça, religião, pertença a um grupo social ou político não se conceder a todos o direito a pertencer a uma comunidade ou a movimentar-se legalmente a fim de procurar emprego, condições de vida decentes e segurança pessoal, o mundo continuará a ter de enfrentar o problema dos êxodos de populações. Este problema, se não for resolvido, representará uma ameaça cada vez maior à paz e à estabilidade no mundo”*.¹⁰¹

Conclusão

O Acordo de Schengen veio reforçar a liberdade de circulação, dos cidadãos europeus, dentro do espaço Schengen, criando um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, existindo apenas uma única fronteira externa.

Suspender ou terminar com tal acordo prejudica mais do que beneficia, uma vez que priva os países da cooperação judicial, administrativa e alfandegária, que atualmente existe. Desta forma, o país isola-se do resto da União, só se enfraquecendo, pois os terroristas, não estão à espera nas fronteiras, para entrar no país que desejam, atravessam-nas na mesma, e muitos deles já se encontram a residir nesse país, há muito tempo.

Este problema tem de ser resolvido, conjuntamente, por todos os países integrantes da União Europeia, e também com ajuda de países externos, porque não é apenas um problema da União, mas sim um problema internacional.

Conclui-se, assim, que reintroduzir as fronteiras internas, como medida de segurança definitiva, é um erro, uma rendição ao terror.

Referências Bibliográficas

AS NAÇÕES UNIDAS. “As Nações Unidas e os Refugiados” in Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n.º20, Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos 1995|2004, n.º 20, p. 3. Disponível em: http://www.gddc.pt/direitoshumanos/Ficha_Informativa_20.pdf (consultado em 21 de fevereiro de 2016).

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz. *Manual de Direito Comunitário*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 555 (atualizado por Manual de Direito Europeu - 6ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014).

LAUREANO, Abel; RENTO, Altina. “Perspectivas do “Espaço Schengen” do Continente Europeu: Liberdade, Segurança, ambas ou nenhuma”, in: Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v.3 n.6, jul./dez., 2014, disponível em: <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/moncoes> (consultado em: 16 de fevereiro de 2016).

ORTIZ, Laure. “Le pouvoir et la liberté dans le discours de la servitude volontaire d’Estienne de la Boétie”, in : AAVV : Pouvoir et liberté : Études offertes à Jacques Mourgeon, 1998, Bruxelles, Bruylant.

SILVA, Wanise Cabral; AMARAL, Nemo de Andrade do. “A Imigração na Europa: A ação política da União Europeia para as migrações extracomunitárias”, Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, julho de 2013, n.º 66, pp. 253-259, disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2013v34n66p235> (consultado em 21 de fevereiro de 2016).

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. Set .dez 2011: “Direitos Humanos e a sua possibilidade de exercício frente ao Acordo de Schengen”. NEJ (Novos Estudos Jurídicos), Vol. 16, n.º3, disponível em: siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/3417/2123

UNIÃO EUROPEIA. “Schengen a porta para a sua liberdade de circulação na Europa”. A presente brochura é publicada pelo Secretariado-Geral do Conselho a título meramente informativo. Para qualquer informação sobre o Conselho Europeu e o Conselho, consulte o sítio www.consilium.europa.eu. 2011.

Documentação

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das regiões Agenda Europeia para a Segurança, documento COM(2015) 0185 final, de 28.04.2015, Estrasburgo.

Regulamento (CE) n.º 562./2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen), (JO L 105 de 13.4.2006, p. 1).

DIRETIVA 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril de 2004 relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CE.

Decisão do Conselho 1999/435/CE, de 20 de Maio de 1999, relativa à definição do acervo de Schengen com vista a determinar, nos termos das disposições pertinentes do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, o fundamento jurídico de cada uma das disposições ou decisões que o constituem.

Decisão do Conselho 1999/436/CE, de 20 de Maio de 1999, que determina, nos termos das disposições pertinentes do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, a base jurídica de cada uma das disposições ou decisões que constituem o acervo de Schengen.

Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, sétimo relatório semestral sobre o funcionamento do espaço Schengen 1 de novembro de 2014-30 de abril de 2015, COM(2015) 236 final, 29 de maio de 2015, Bruxelas.

-

⁷⁵ Mestre e doutoranda em direito. Investigadora do Instituto Jurídico da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

⁷⁶ A Segunda Guerra Mundial envolveu a maioria das nações do mundo e foi provocada por três países (Alemanha, Itália e Japão), que formavam uma coligação designada por Eixo, tendo por objetivo expandir as suas áreas de influência e de domínio. As nações democráticas (como a França, a Grã-Bretanha e os Estados Unidos) opuseram-se aos desejos expansionistas do Eixo. No final, os Aliados conseguiram derrotar o Eixo.

⁷⁷ Assim sendo, foi proferida a Declaração de Schuman pelo Ministro francês dos Negócios Estrangeiros, Robert Schumann, em 9 de Maio de 1950. Nela se propunha a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) com vista a instituir um mercado comum do carvão e do aço. Inspirando-se em tal Plano Schumann, em 1951, os seis países (Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e os Países Baixos) assinam o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, que visava colocar as suas indústrias pesadas do carvão e do aço sob uma autoridade comum. Logo, em 1957, assinaram os Tratados de Roma, com dois fins, em primeiro lugar a criação da Comunidade Económica Europeia (CEE), ou "mercado comum" (atualmente designada por Comunidade Europeia, com o objetivo da livre circulação das pessoas, das mercadorias e dos serviços entre os Estados-Membros) e em segundo lugar, a criação da comunidade da energia atómica.

⁷⁸ Artigo 18.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

⁷⁹ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz. *Manual de Direito Comunitário*. 5ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 555 (atualizado por Manual de Direito Europeu - 6ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014).

⁸⁰ Atualmente, as disposições que regem a livre circulação de pessoas estão definidas na Diretiva 2004/38/CE relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, embora continuem a existir obstáculos no plano da sua aplicação.

⁸¹ O nome Schengen vem de uma localidade do Luxemburgo, junto à fronteira com França e Alemanha, perto da qual foi assinado o acordo inicial de 1985.

⁸² A convenção entrou em vigor em 1995 e foi assinada pelos cinco Estados-Membros iniciais, completando o acordo ao definir as condições de aplicação e as garantias de realização da livre circulação. A convenção e o Acordo constituem, no seu conjunto, o acervo de Schengen, que em 1999 passou a integrar o quadro institucional e jurídico da União Europeia.

⁸³ Os países que assinaram inicialmente o Acordo foram: a Alemanha, a França, a Bélgica, a Holanda e o Luxemburgo.

⁸⁴ Pelo que, nas fronteiras internas: não existe controlos fronteiriços; não devem existir quaisquer obstáculos à fluidez do tráfego rodoviário, nomeadamente os limites de velocidade desnecessários (artigo 22.º do Código das Fronteiras Schengen); podem ser realizados controlos policiais, mas apenas tendo por base informações policiais sobre eventuais ameaças à segurança pública ou suspeitas de criminalidade transnacional (artigo 21.º alínea a) do Código das Fronteiras Schengen).

- ⁸⁵ Inscrito no Acto Único Europeu de 1986.
- ⁸⁶ Itália (27 de novembro 1990), Espanha e Portugal (25 de junho de 1992), Grécia (6 de novembro de 1992), Áustria (28 de abril de 1995), Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia (19 de dezembro de 1996), Suíça (16 de outubro de 2004) e República Checa, Estónia, Hungria, Letónia, Lituânia, Malta, Polónia, Eslováquia e Eslovénia (21 de dezembro de 2007).
- ⁸⁷ Como é o caso da Bulgária, Croácia, Chipre, Irlanda, Roménia e Reino Unido.
- ⁸⁸ São eles Helgoland (Alemanha), Svalbard (Noruega), Gronelândia e Ilhas Faroe (Dinamarca).
- ⁸⁹ O Sistema de Informação Schengen representa um dos pilares da cooperação policial, foi criado para auxiliar na segurança interna dos Estados-Membros, permitindo às autoridades policiais, de migração, judiciais e outras introduzir e consultar alertas sobre pessoas desaparecidas ou objetos relacionados com infrações penais, etc. (Mais informações disponíveis em: https://www.cnpd.pt/bin/direitos/Sintese_do_Guia_de_Acesso_SIS_II.pdf). Qualquer pessoa tem o direito de aceder aos seus dados no sistema SIS, podendo solicitar a alteração ou supressão dos mesmos, de acordo com as orientações disponíveis no sítio *web* da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados: <https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/Supervision>.
- ⁹⁰ O Sistema de Informação sobre Vistos é um sistema informático que permite o contacto dos consulados Schengen em países terceiros, as autoridades nacionais competentes e todos os pontos de passagem da fronteira externa dos Estados Schengen. Assim, permite-se às autoridades responsáveis pela emissão de vistos dos Estados Schengen trocar informações sobre os pedidos de vistos. (Mais informações disponíveis em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=URISERV:l14517&from=PT>).
- ⁹¹ SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. Set .dez 2011: “Direitos Humanos e a sua possibilidade de exercício frente ao Acordo de Schengen”. NEJ (Novos Estudos Jurídicos), Vol. 16, n.º3, p. 355, disponível em: siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/3417/2123 (consultado em 1 de fevereiro de 2016).
- ⁹² ORTIZ, Laure. “Le pouvoir et la liberté dans le discours de la servitude volontaire d’Estienne de la Boétie”, in : AAVV : Pouvoir et liberté : Études offertes à Jacques Mourgeon, 1998, Bruxelles, Bruylant, p. 115.
- ⁹³ LAUREANO, Abel; RENTO, Altina. “Perspectivas do “Espaço Schengen” do Continente Europeu: Liberdade, Segurança, ambas ou nenhuma”, in: Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v.3 n.6, jul./dez., 2014, disponível em: <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/moncoes> (consultado em: 16 de fevereiro de 2016).
- ⁹⁴ SILVA, Wanise Cabral; AMARAL, Nemo de Andrade do. “A Imigração na Europa: A ação política da União Europeia para as migrações extracomunitárias”, Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, julho de 2013, n.º 66, pp. 253-259, disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p235> (consultado em 21 de fevereiro de 2016).

⁹⁵ A título de exemplo, Portugal repôs o controlo das suas fronteiras internas em junho e julho de 2004, por ocasião do Campeonato Europeu de Futebol, e em novembro de 2010, por ocasião da Cimeira da OTAN.

⁹⁶ Existem vários instrumentos internacionais que estabelecem e definem os princípios básicos que regem o tratamento dos refugiados. Entre eles importa destacar a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, e o Protocolo Adicional relativo ao Estatuto dos Refugiados, de 1967.

O Conselho da Europa adotou vários instrumentos no domínio dos refugiados, de entre os quais se destacam: o Acordo Europeu relativo à Supressão de Vistos para os Refugiados (1959); a Resolução 14 (1967) sobre Concessão de Asilo a Pessoas ameaçadas de Perseguição; o Acordo Europeu sobre a Transferência da Responsabilidade relativa a Refugiados (1980); a Recomendação sobre Harmonização de Procedimentos Nacionais Relativos ao Asilo (1981); a Recomendação relativa à Proteção de Pessoas que satisfazem os Critérios da Convenção de Genebra e que não são Formalmente Reconhecidas como Refugiados (1984); a Convenção de Dublin (1990), que estabelece critérios para a determinação do Estado-Membro responsável pela análise do pedido de asilo, quando o interessado o tenha apresentado junto de um ou vários Estados-Membros da Comunidade Europeia.

⁹⁷ *“A rota do Mediterrâneo central foi a segunda mais utilizada entre novembro de 2014 e março de 2015, os fenómenos de “navios fantasmas” (casos do Carlyn Assens, do Blue Sky M e do Ezadeen), em que os navios com imigrantes são abandonados pela tripulação e deixados à deriva, o que demonstra um desrespeito pela dignidade da pessoa humana,”* de acordo com o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, sétimo relatório semestral sobre o funcionamento do espaço Schengen 1 de novembro de 2014-30 de abril de 2015, COM(2015) 236 final, 29 de maio de 2015, Bruxelas.

⁹⁸ AS NAÇÕES UNIDAS. “As Nações Unidas e os Refugiados” in Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n.º20, Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos 1995|2004, n.º 20, p. 3. Disponível em: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_Informativa_20.pdf (consultado em 21 de fevereiro de 2016).

⁹⁹ a) “Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado” (artigo 9.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem);

b) “Toda a pessoa sujeita a perseguição, tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países” (Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 14.º);

c) “Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade” (Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 15.º.

d) “Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado” (Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 13.º; Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, artigo 12.º.

¹⁰⁰ SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. Set .dez 2011: “Direitos Humanos e a sua possibilidade de exercício frente ao Acordo de Schengen”. NEJ (Novos Estudos Jurídicos), Vol. 16, n.º 3, p. 357, disponível em: siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/3417/2123.

¹⁰¹ AS NAÇÕES UNIDAS. “As Nações Unidas e os Refugiados” in Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n.º20, Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos 1995|2004, n.º 20, p. 3. Disponível em: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_Informativa_20.pdf (consultado em 21 de fevereiro de 2016).

A INSUSTENTÁVEL RESPOSTA DA “CRIMIGRAÇÃO” FACE À IRREGULARIDADE DOS MIGRANTES: UMA PERSPETIVA DA UNIÃO EUROPEIA

Maria João Guia

João Pedroso¹⁰²

1. Introdução¹⁰³

A necessidade do debate acerca da emigração e imigração, na Europa, intensificou-se nos últimos anos (Peixoto, 2002). Alguns países estão sujeitos a grandes pressões resultantes de uma imigração crescente¹⁰⁴ e as estimativas apontam para a existência de milhões de imigrantes irregulares, que há muito tempo se resignaram à sobrevivência na Europa Ocidental e nos Estados Unidos da América. Com efeito, nos últimos 20 anos, vários países da União Europeia receberam grandes vagas de imigrantes, oriundos maioritariamente de países pobres de continentes como Ásia, África e América do Sul. Em 2014, a maior parte dos indivíduos detetados em irregularidade na UE eram oriundos da Síria, Eritreia e Afeganistão, sendo que estas 3 últimas nacionalidades constituíam um terço do total (Sabbati e Poptchev, 2014: 3). Na verdade, e segundo Barbagli (1998 *apud* Killias, 2011:5), desde a altura em que os países da Europa abrandaram a absorção de mão-de-obra migrante, as únicas formas de atravessar as fronteiras têm sido através dos pedidos de asilo ou da imigração irregular.

As recentes medidas mais restritivas quanto à entrada de imigrantes no espaço europeu têm vindo a provocar o efeito perverso do favorecimento da sua entrada irregular¹⁰⁵ acabando por se verem colocados em situação de exclusão permanente no que concerne a apoios sociais, ao acesso à saúde e à educação. Labbens (1970) havia já invocado relativamente aos imigrantes, o que conhecemos como a “célebre trilogia webberiana” (Etienne, *et al.* 1997) ao afirmar que “para ser pobre, é necessária a falta simultânea da fortuna e da ocupação remunerada (classe), da força social (poder) e da responsabilidade (estatuto)”. Engbersen (2001) apelidou este espaço de “Europa Panóptica”, não tanto pela vertente foucaultiana da “correção de comportamentos”, mas pelo seu caráter de “fábrica de exclusão” de “pessoas habituadas ao seu estatuto de excluídos” (Engbersen, 2001: 242).

Assim, neste artigo, começaremos por refletir sobre a irregularidade e, de seguida, o modo como as “mutações” do Estado alteram as políticas de gestão das migrações irregulares. Por último, abordaremos as perspetivas da

irregularidade de migrantes na esfera da emergência da ‘crimigração’ nos Estados Unidos da América (EUA) e na União Europeia (UE), num contexto “insuflado por um alvoroço securitário contemporâneo, sobre as garantias e as liberdades individuais” (Caeiro, 2007: 58).

2. Da (des)construção da (i)rregularidade à “crimigração”

“Devia ter ido lá fazer um discurso, mas, com o meu sotaque, temi que me expulsassem”.¹⁰⁶ (Arnold Schwarzenegger, 2010: 18¹⁰⁷)

Robert Koulish (2012) analisa a viragem no discurso e no tratamento dos imigrantes em situação irregular nos EUA, baseado na “sociedade de risco”, mudando o enfoque da prevenção da entrada para a gestão e o controlo social destas populações quando elas já se encontram dentro do território americano (Koulish, 2012: 62). A entrada de imigrantes é impossível de impedir através dos instrumentos legais, pelo que deixa de ser entendida como um risco eliminável, para passar a ser um risco passível de ser gerido. As narrativas adotadas, neste contexto, estabelecem associações entre a imigração e perigos de catástrofe global e transfronteiriça, permitindo desse modo a criminalização da circulação desses indivíduos, (Koulish, 2012: 63)¹⁰⁸. De acordo com o autor, este discurso permite, ainda, formas de controlo social que vão muito além da criminalização, recorrendo às novas tecnologias da informação e à biométrica como forma de controlo social. O discurso do risco aplicado à imigração irregular é polissémico: esta constitui um risco à soberania do Estado Nação – “à integridade territorial” – no sentido em que as populações em situação irregular são ingovernáveis, e constitui igualmente um risco para elas mesmas e para o resto da comunidade – por exemplo, as consequências advindas da falta de acesso a cuidados de saúde básicos – (Aguilera, 2012 *apud* Koulish, 2012: 64).

Com efeito, os imigrantes em situação irregular ficam desprovidos de qualquer estatuto jurídico e de cidadania, o que facilita a subjugação de, muitos deles, a organizações, por vezes criminosas, que operam transnacionalmente. Eles caem nas redes criminosas procurando melhores condições de vida e o acesso a cuidados mínimos de saúde, educação e trabalho. Paradoxalmente, a atividade destas organizações acaba por ser estimulada pelos Estados industrializados, que são permissivos na utilização de mão-de-obra barata, face às necessidades que não conseguem suprir, descurando muitas vezes as condições de vida e estatuto de cidadania dos imigrantes.

2.1. A “Crimigração” como resposta à irregularidade

A ‘Crimigração’ é uma teoria que tem vindo a ser construída desde 2006 (Stumpf, 2006) originária dos Estados Unidos da América (EUA) desde a década de 80, do séc. XX, com uma implementação recente na Europa (Van der Leun e Van der Woude, 2012). O argumento central desta teoria assenta na perda progressiva de direitos dos migrantes e, em simultâneo, na criminalização crescente dos comportamentos dos mesmos, com a aplicação simultânea da lei penal a migrantes (que não cometeram crimes) e a aplicação da lei de imigração a condenados por crimes (com afastamento permanente dos territórios onde estes condenados cometeram os crimes). Stumpf (2006) caracterizou esta política como a convergência da Lei Penal com a Lei de Imigração, caracterizando-a pela elevada intransigência em relação aos indivíduos não nacionais, o que implica uma estratificação do acesso aos direitos, incluindo o direito de exercer a cidadania. Inicialmente, esta maior intolerância para com os estrangeiros infratores ou para com a irregularidade destinava-se a um conjunto de crimes violentos (homicídio, tráfico de droga e de armas), aos quais se foram juntando, ano após ano, outros crimes menores que passaram a ser motivo de expulsão e de interdição de entrada cada vez mais prolongadas¹⁰⁹.

2.2. EUA: o berço da “Crimigração”

A evolução histórica dos Estados Unidos da América explica muitos dos fatores relacionados com os movimentos migratórios do país. Fruto de uma imigração massiva de cidadãos europeus e do domínio destes sobre os nativos, devendo, aliás, o seu desenvolvimento ao trabalho escravo e mais tarde ao trabalho imigrante. A partir dos anos oitenta, como se referiu, com o aumento da imigração irregular oriunda da Ásia e do México¹¹⁰, depois do colapso financeiro de 1983¹¹¹ e do caso “Boatlif Mariel” em que o governo cubano encorajava os cubanos condenados a ir para o mar e tentar o pedido de asilo nos EUA (Miller, 2003), a Lei Penal e a Lei da Imigração começaram a convergir, dando lugar à política pública da “crimigração”.

A estratificação do acesso aos direitos, incluindo o direito de exercer a cidadania em pleno, e a acumulação de sanções penais e imigratórias, levou ao aumento imediato das deportações (Stumpf, 2006). A Lei da Imigração tem sido desde então aplicada a comportamentos que anteriormente eram objeto exclusivamente da Lei Penal. As ordens de expulsão passaram a incluir situações de irregularidade e condenações iguais ou superiores a 5 anos, que, por sua vez, passaram a abranger crimes não violentos e, posteriormente, estendeu-se a crimes cujas condenações não ultrapassavam um ano – o que engloba crimes não violentos e as “bagatelas penais”. Além disso, o período de interdição de entrada nos EUA duplicou, assim como a detenção de cidadãos estrangeiros sem acusação, ao abrigo da lei antiterrorista. Neste contexto, o aumento das condenações e das ordens de expulsão a cidadãos estrangeiros constitui uma ferramenta de exclusão (implícita e explícita, respetivamente), refletindo escolhas políticas¹¹².

A ‘Crimigração’ (Stumpf, 2006) analisa, como se referiu, a convergência da lei criminal (penal) com a lei da imigração, concretizada através da existência da teoria da pertença¹¹³, problematizando a cidadania nos EUA, o que cataloga os migrantes em “*insiders*” e “*outsiders*”, cingindo os indivíduos não-nacionais a sentimentos de inserção ou exclusão

da sociedade. A teoria da pertença preconiza a permissão concedida aos membros do contrato social¹¹⁴ estabelecido entre o governo norte-americano e os indivíduos, restringindo a alguns o acesso a determinados direitos e privilégios e aventando explicações para tal exclusão (Stumpf, 2006). Quando a teoria da pertença está em causa, todo o âmbito de direitos constitucionais depende da perspectiva do decisor (Stumpf, 2006), o que, segundo Demleitner (2004), resulta no esvaziamento da dignidade da pessoa humana como cidadão, ao sofrer as restrições sociais e políticas resultantes daquilo a que se designa por ‘paradigma da crimigração’.

Esta conexão da lei de imigração com a lei penal implica, em primeiro lugar, uma exclusão física e, logo depois, a imposição de normas que estabelecem níveis estratificados de cidadania. A convergência da ‘crimigração’ implica também que, para um mesmo comportamento, possa haver sanções criminais (que resultam, normalmente, em reclusão) e as previstas na lei de imigração (normalmente a expulsão). As bases de dados dos estrangeiros passaram a estar disponíveis para as polícias, o que acabou por reforçar a lei de imigração que passou também a substituir a lei criminal, sobretudo fundamentando as detenções ou deportações dos supostamente envolvidos em ações terroristas (Stumpf, 2006).

Para além disso, o Sistema Nacional de Segurança de Entradas e Saídas, o NSEERS¹¹⁵, a partir do 11 de setembro, começou a exigir aos indivíduos “não-cidadãos” oriundos de determinados países árabes e muçulmanos que fizessem um registo no INS¹¹⁶. Os condenados por crimes ou por violações à lei de imigração, de fé muçulmana e de etnia árabe foram, inclusivamente, procurados, detidos e deportados, independentemente dos factos que lhes tinham sido imputados, por estarem relacionados com atividades terroristas (Stumpf, 2006). As leis de imigração, nestes casos concretos, foram usadas para deter e deportar indivíduos “não-cidadãos”. Acresce, que a raça/etnia e a nacionalidade de origem dos indivíduos passaram a ser condições humanas, que o Supremo Tribunal dos EUA considerou serem de relevo e justificativas para as operações *stop* de cidadãos efetuadas pela polícia (Stumpf, 2006: 25).

3. A Irregularidade e a emergência da “Crimigração” na União Europeia

Existem cada vez mais turistas e estudantes que se deslocam ao estrangeiro¹¹⁷, e cada vez mais trabalhadores a desenvolver projetos em Estados-membros da UE, que não os seus. Adicionalmente, catástrofes internacionais, guerras e ataques terroristas têm levado à deslocação massiva de pessoas para a UE¹¹⁸, em busca de melhores condições de vida.

Mas nem todos os migrantes entram nos países de destino com os devidos documentos legais. As estimativas apontam para 2,5 a 4 milhões de migrantes irregulares que atravessam fronteiras internacionais todos os anos. O cálculo correspondente aos “stocks” de migrantes irregulares na Europa¹¹⁹ (UE) aponta para os 5 milhões (dentro dos 56,1 milhões que aí vivem), o que representa cerca de 10% dos migrantes na sua totalidade¹²⁰ (RCMI, 2005).

3.1. Os imigrantes em irregularidade na UE: entre a inclusão e a criminalização

Os fluxos de imigração irregular têm sido entendidos como “indesejáveis” desde a proibição do recrutamento de imigrantes nos anos 70 (Cvajner e Sciortino, 2009). No início dos anos 90, estimou-se que existiam cerca de 2,6 milhões de imigrantes irregulares na Europa Ocidental (Castles e Miller, 1997: 79). Nos últimos 30 anos, a partir de 1980, muitos países optaram por implementar diversos programas de regularização de imigrantes (Kraler, 2009: 17).

A forma como os Estados têm adotado medidas de combate à imigração irregular dentro dos Estados-Membros da UE é bastante diferente, especialmente entre os membros da Europa do Norte, que adotaram medidas de “dissuasão, exclusão e, em último caso, expulsão” (Broeders e Engbersen, 2007), e os países do sul ocidental (especialmente Portugal,

Espanha, Itália e Grécia) que optaram pela via da regularização, no que foram acompanhados pela Bélgica e pela França.¹²¹ Entre 1973 e 2008, foram conduzidos 68 programas de regularização nos Estados-membros, tendo ocorrido 4,3 milhões de regularizações (Kraler, 2009: 20). Mas o maior número de regularizações de migrantes teve lugar entre 1998 e 2008, um período em que foram implementados 40 programas de regularização na Europa e realizadas 3.268.860 regularizações, um valor que permite calcular a verdadeira dimensão deste fenómeno. Foi nos referidos países do Sul que os programas de maior escala para a regularização de migrantes em situação irregular¹²² foram implementados¹²³. Kraler sublinha, entre outros fatores, a

“alteração das normas de proteção internacional, o aumento das considerações em torno das normas dos direitos humanos no domínio da legislação de estrangeiros, e os *lobbies* extremamente fortes que existem na sociedade” (Kraler, 2009: 22).

É ainda importante sublinhar que o alargamento da UE resultou na “regularização” de muitos cidadãos que anteriormente eram considerados indivíduos de países terceiros. Estes acontecimentos devem-se a escolhas efetuadas pelos Estados com base em decisões no campo das políticas de imigração. É o Estado que designa quem ‘pertence’ e quem ‘não pertence’, traçando linhas de soberania em torno dos indivíduos e estabelecendo normas para que os mesmos possam aceder aos direitos, podendo assim ser considerados ou não cidadãos (Guild, 2010).

Na Europa, os Estados são soberanos desde os tratados de paz da Vestefália¹²⁴. A territorialidade e a ausência de agentes externos tornaram-se parte dos Estados-Nação. Consequentemente, as fronteiras surgem como uma das características da soberania dos Estados-Nação, sendo implementadas leis e regulações feitas para os fluxos de imigrantes que querem atravessar fronteiras.

“só num mundo ordenadamente dividido em estados-nação, que definem regras explícitas sobre a entrada legal (e consequentemente ilegal) de imigrantes é que existe “migração ilegal” (Kraler, 2009: 5).

Foi a partir deste momento que o conceito da “ilegalidade” foi institucionalizado (mesmo apesar de ser uma constante), mas só nos últimos 20 anos assumiu importância na agenda académica (Anderson e Ruhs, 2010) e, principalmente, nas preocupações estatais¹²⁵. Pode-se, assim, concluir que a migração, na perspectiva dos Estados, não é um direito das pessoas¹²⁶, uma vez que estes são soberanos e podem escolher, por várias razões, se aceitam ou não a entrada de um determinado indivíduo. E, nestas circunstâncias, as pessoas escolhem frequentemente a entrada através de métodos irregulares.

No espírito que esteve na base do Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo, as medidas de gestão das migrações, do asilo, de proteção e de solidariedade são alvo de atenção, havendo uma aposta acurada, em alguns Estados, em políticas de integração que possam proteger os direitos dos migrantes. A política externa da UE, incluindo as parcerias com outros países e o respeito pela promoção de normas e valores, em espírito de solidariedade e interação, revela-se também parte do plano de ação do Programa de Estocolmo, em aplicação desde 2010.

Mitsilegas (2012: 87) analisa, contudo, o crescente enfoque na criminalização como meio de combate à imigração irregular na Europa, observando de que forma tal se repercute nas Leis Europeias e nas leis nacionais dos Estados-membros em matéria de imigração, até que ponto a lei criminal é adotada para lidar com condutas relacionadas com os fluxos migratórios nas duas esferas e até que ponto as Leis da UE impõem limites à soberania dos Estados e ao seu poder para criminalizar essas mesmas condutas. Esta é uma realidade que se afirma como um transplante da que se vive há mais tempo nos Estados Unidos da América, conforme expusemos anteriormente, mas que se vive a diferentes intensidades nos

vários Estados-membros. É importante não esquecer que, apesar de partilharem a soberania a um nível macro, os Estados-membros mantêm uma quota-parte de soberania intocável, sendo-lhes permitido adotar, dentro de um grau de intensidades variável que decorrem das Diretivas Europeias, matizes de intensidade que se vão repercutir em “liminal laws”¹²⁷ diferenciadas.

Portugal, por exemplo, destaca-se por uma baixa intensidade de criminalização dos imigrantes, tendo sido considerado, novamente, pelo MIPEX¹²⁸ 2015 como o segundo melhor país em termos de medidas de integração de imigrantes. Foi, ainda, considerado recentemente pelo *Institute for Management Development* Suíço¹²⁹ o Estado-membro com a lei de imigração mais positiva no que concerne a integração de imigrantes na área do trabalho. Tal não deve, no entanto, favorecer olvidar que, em 2012 (Lei 29/2012, de 9 de Agosto), a reformulação da Lei 23/2007, de 04 de Julho, passou a incluir a possibilidade de expulsar de Território Nacional cidadãos estrangeiros que até àquela data eram considerados inexpulsáveis¹³⁰, passando esses indivíduos não nacionais a ser devolvidos a países com os quais não têm qualquer laço familiar, social, económico e até desconhecendo a própria língua.

3.2. A emergência da criminalização da imigração na União Europeia

A imigração irregular constitui-se, assim, como um elemento decisivo para a modelagem de políticas ‘crimigratórias’. Mais, a realidade da imigração irregular relacionada com o discurso do crime é apresentada como um problema de segurança nacional que os Estados soberanos encaram como necessidade de combater através da regulação e do reforço do controlo interno nas fronteiras, que podem funcionar como canal facilitador da circulação ou como elemento de bloqueio à passagem de migrantes (Mateus, 2010). É neste contexto que surge a perspetiva da securitização proposta pela Escola de Copenhaga, em que a existência de opções políticas impõe uma legitimação das mesmas através de um “ato discursivo” (Buzan *et al.*, 1998: 26) que declara a existência de uma ameaça e que justifica a adoção de medidas extraordinárias de segurança para defender um determinado objeto de referência (seja ele um Estado, uma nação, uma religião). Independentemente da existência real dessa ameaça, é necessário que essa ideia seja aceite e reconhecida pelo público a quem a mensagem se destina (Buzan *et al.*, 1998: 27), transformando-se numa ameaça “existencial”, mais do que num problema normal, o que justifica a construção das fronteiras de acordo com escolhas políticas em relação àquilo que representa, ou não, uma ameaça nacional. Esta política de securitização, segundso os autores, cria condições de segurança no interior, garantindo a proteção em relação ao exterior (Biersteker, 2003: 153).

Uma lacuna identificada nos estudos sobre o fenómeno da ‘crimigração’ por Van der Leun e Van der Woude (2012) é a predominância do recurso à perspetiva jurídica, limitação essa que se propõem ultrapassar, na senda de Aas (2011: 332 *apud* Van der Leun e Van der Woude, 2012: 106), redefinindo a ‘crimigração’ como “o entrelaçar do controlo da criminalidade e do controlo da imigração” e introduzindo na pesquisa a esfera social. À esfera jurídica definida por Stumpf (que identifica a convergência da Lei da Imigração e da Lei Penal, com a aproximação dos

respetivos aspetos processuais e aplicação de leis), que as autoras classificam como “manifestações exteriores e visíveis assumidas pelo Estado” (Van der Leun e Van der Woude, 2012: 107) de forma consciente, junta-se um complexo processo social que contribui para a construção do conceito de criminalidade e de estereótipos que lhe servem de base. Para as autoras, esta complexidade da análise é essencial para o desenvolvimento de estudos comparativos e interdisciplinares sobre o fenómeno, que em si também é dinâmico e transfronteiriço e que se manifesta de forma diferente em vários países. É, assim, essencial compreender de que forma conceitos como *criminalidade* e *imigração* são enquadrados e introduzidos na esfera social e política e que tipo de discursos suscitam em ambas, já que são estas esferas que formam a base sobre a qual a dimensão jurídica é construída, para funcionar como uma “arma de controlo social” (Van der Leun e Van der Woude, 2012: 109-110).

A este propósito, refira-se o caso das polémicas em torno da criminalização da imigração irregular¹³¹ na Itália¹³² e o debate suscitado na Holanda com vista à criminalização da imigração irregular, apesar da aplicação da Diretiva do Retorno¹³³ em curso naqueles países (Guia, Pedroso e Ferreira, 2015).

“A criminalização do imigrante irregular fere frontalmente os postulados de direitos humanos por desconsiderar a dignidade da pessoa humana ao criar uma norma penal que, a um só tempo, viola o princípio da ofensividade ou lesividade, pela incriminação de atitudes internas que não ultrapassam o âmbito do autor e que não afetam bens jurídicos (crime sem vítima); e fere o princípio da presunção de inocência, valendo-se da consideração de crimes de perigo abstrato, presumindo a culpabilidade do agente” (Santos, 2010: 124).

Não podemos esquecer que atualmente 17¹³⁴ dos 28 Estados-membros da União Europeia já criminalizam o comportamento de atravessar irregularmente a fronteira com penas de prisão e/ou com multas e 8

Estados-membros punem este ato apenas com multas¹³⁵ (ou com prisão, em certas condições de gravidade). Apenas Portugal, Espanha e Malta não punem a entrada irregular com pena de prisão ou com multas, mas o processo de abandono de território é, por lei, iniciado de imediato (FRA, 2014: 4). Já a permanência ilegal em determinado Estado-Membro é criminalizada com prisão e/ou multa por 10 dos Estados-membros¹³⁶, e por 15¹³⁷ com multa, que pode ser transformada em prisão se o indivíduo não puder pagar (medidas que podem implicar o abandono coercivo do território). Apenas Portugal, Malta e França não punem a permanência ilegal, apesar de ser dado início a um processo de retorno do indivíduo, quando este é detetado, ao seu país de origem (FRA, 2014: 5).

Tal facto implementou ou reforçou o aparecimento de novos espaços europeus, onde os indivíduos não nacionais não conseguem aceder ou efetivar os seus direitos sociais, ficando assim à mercê da crise económica e das decorrências que uma vida marcada pela vulnerabilidade e exclusão social encetam.

A imagem que se pretende construir é a do imigrante enquanto ‘inimigo’. Os Estados, preocupados com a agitação do público, tendem a implementar ou a reforçar medidas progressivamente mais restritivas, dificultando a aceitação, a fixação e a integração dos imigrantes. A tolerância, tradicional na Europa no que diz respeito a esse “fluxo de ajudantes e reconstrutores externos”, passou a intolerância, e os direitos daqueles que procuram melhores oportunidades de vida foram amplamente reduzidos. Dentro deste contexto, alguns comportamentos de imigrantes, como se referiu, foram e tendem a ser criminalizados, o que, na prática, acaba por favorecer a mobilidade, na EU, de determinados indivíduos e dificultar, ou mesmo barrar, a aceitação de outros, potenciando desigualdades e criando uma cidadania europeia estratificada entre os diversos estratos de cidadãos e os “sem direitos”.

4. Conclusão

Da análise do caso norte-americano e europeu da evolução das políticas, do direito e das práticas, em matéria de imigração, desde os anos noventa, com a criação de tipos legais de crime e a agravação das penas a serem aplicadas a estrangeiros – acrescentando ainda a expulsão e a perda de vários direitos adquiridos –, emerge o novo paradigma da ‘crimigração’, enquanto política pública, que nasceu da convergência entre a Lei Penal e a Lei da Imigração, sob a influência da “*membership theory*” (Stumpf, 2006).

Esta política, direito e práticas que ameaçam os “Direitos Humanos” estão a ser transplantadas para a União Europeia. Contudo, na medida em que é possível usar as matizes que a soberania partilhada entre os Estados-membros na União Europeia permite, é possível a intensidade de tais políticas, direito e práticas “crimigratórias” de gestão da imigração irregular através da convergência da “Lei Penal” e da “Lei de Imigração”, ser de intensidade mais leve em alguns países (como em Portugal, onde há um enfoque na inclusão e a possibilidade de “regularização permanente” de imigrantes “ilegais”), ou ser de uma intensidade forte em outros países da UE (como se pode verificar a partir dos exemplos mencionados dos Estados-membros que criminalizaram a entrada e permanência de indivíduos em situação irregular com penas de multa e/ou prisão).

5. Bibliografia

Aleinikoff, Alexander (1986) "Theories of Loss of Citizenship" *Mich. L. Ver.* 84, 1471-1490.

Anderson, Bridget; Ruhs, Martin (2010) "Researching Illegality and Labour Migration" *Population, Space and Place*. 16, 175-179.

Bianchi, Milo; Buonanno, Paolo; Pinotti, Paolo (2008) "Immigration and crime: an empirical analysis". *Bank of Italy, Economic Research and International Relations Area Working Paper* 698. Italy, http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/temidiscussione/2008/2008-0698/en_698.pdf [23 de janeiro de 2015].

Biersteker, Thomas (2003) "The Rebordering of North America? Implications for Conceptualizing Borders After September 11" in Andreas, Peter; Biersteker Thomas (eds.) *The Rebordering of North America*. London: Routledge, 153-168.

Broeders, Dennis; Engbersen, Godfried (2007) "The Fight Against Illegal Migration. Identification Policies and Immigrants' Counterstrategies" *American Behavioral Scientist*. 50 (12), 1-18.

Caeiro, Pedro (2007) "Alguns aspectos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua" *MPM em Revista*. 4, 4-13.

Castles, Stephen; Miller, Mark (1998) *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World (2nd edition)*. London: Macmillan.

Cvajner, Martina; Sciortino, Giuseppe (2009) "A Tale of Networks and Policies: Prolegomena to an Analysis of Irregular Migration Careers and Their Developmental Paths" *Population, Space and Place*. 16(3), 213-225.

Demleitner, Nora (2004) "Misguided Prevention: The War on Terrorism as a War on Immigrants Offenders and Immigration Violators" *Crim. Law Bulletin*. 40, 550.

Engbersen, Godfried (2001). The unanticipated consequences of panopticon Europe. Residence strategies of ilegal immigrants. In V. Guiraudon & C. Joppke (Eds.). *Controlling a new migration world* (pp. 222-246). London: Routledge.

Etienne, Jean; Bloess, Françoise; Noreck, Jean-Pierre.; Roux, Jean-Pierre (1997) *Dicionário de Sociologia*. Lisboa: Plátano Edições Técnicas.

FRA (2014). Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them. European Union Agency for Fundamental Rights.

Gil-Robles, Alvaro (2003) *Report by Mr Alvaro Gil-Robles, Comissioner for Human Rights on his visit to Portugal, 27-30 Maio 2003 (for the attention of the Committee of Ministers and the Parliament Assembly)*. Strasbourg: Office of the Commissioner for Human Rights.

Guia, Maria João (2015). Imigração, ‘Crimigração’ e Crime Violento. Os Reclusos estrangeiros e as representações sobre imigração e Crime. Tese de Doutoramento apresentada à Universidade de Coimbra.

Guia, Maria João; Pedroso, João; Ferreira, António Casimiro (forthcoming). “The stratification of citizenship in Portugal, in the context of the European Union - irregularity and ‘crimmigration’: roots and dangers”. In van der Woude, Maarte; van der Leun, Joanne; Barker, Vanessa. A special Issue of Europeanization of Crimmigration. *European Journal of Criminology*.

Hoefer, Michael; Rytina, N.; Campbell, C. (2006) *Estimates of the Unauthorized Immigrant Population Residing in the United States: January 2006*. US Homeland Security: Office of Immigration Statistics, http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ill_pe_2006.pdf [20 de janeiro de 2015].

Joppke, Christian (1998) “Why Liberal States Accept Unwanted Immigration” *World Politics*. 50(2), 266-293, <http://www.jstor.org/stable/25054038> [6 de setembro de 2014].

Kessler, Timothy (2001) “A Quebra do Peso Mexicano: Causas, Consequências e Recuperação” *Revista de Economia Política*. 21(3), 83.

- Killias, M. & Vuille, J. (2005). *Die Wirkung von Beschäftigungsprogrammen auf die Delinquenz von Asylsuchenden*. Université de Lausanne.
- Konnev, A., Makarov, A., Pozdnyakova, M., Safin, R. & Salagaev, A. (2010). Russia. In J. Junger-Tas et al. (Eds.), *Juvenile Delinquency in Europe and Beyond: Results of the Second International Self-Report Delinquency Study*. Berlin, New York: Springer, 359-368.
- Killias, Martin (2011) *Immigration and Crime: The European Experience. Improving US and EU Immigration Systems*. Migration Policy Institute.
- Koulish, Robert (2012) “Entering the risk society: A contested terrain for immigration enforcement” in Guia, Maria J.; Van der Woude, Maartje; Van der Leun, Joanne (eds.) *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of fear*. Haia: Eleven International Publishing, 61-86.
- Kraler, Albert (2009) “Regularisation: A Misguided Option or Part and Parcel of a Comprehensive Policy Response to Irregular Migration?”. *IMISCOE Working Paper*.
- Labbens, Jean (1970) *Le Quart-Monde, étude sur la condition sous-prolétarienne*.
- Labbens, Jean (1970) *Le Quart-Monde, étude sur la condition sous-prolétarienne*. 2764_1970_num_21_5_407943_t1_0873_0000_001.html [21 de janeiro de 2015].
- Mateus, Nelson (2010) “As fronteiras no seu labirinto: permitir ou bloquear o acesso – As políticas de securitização como *Gatekeepers*” *O cabo dos trabalhos: Revista Electrónica dos Programas de Mestrado e Doutoramento do CES/ FEUC/ FLUC*. 4. <http://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n4/ensaios.php> [28 de janeiro de 2015].
- Migration News, volume 10, nº 3, Julho de 2003. https://migration.ucdavis.edu/mn/more_entireissue.php?idate=2003_07 [28 de janeiro de 2015].
- Miller, Teresa (2003) “Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology” *Georgetown Immigration Law Journal*. 17, 611-666.

- MPI – Migration Policy Institute (2014) *Frequently Requested Statistics on Immigrants and Immigration in the United States*. <http://www.migrationpolicy.org/article/frequently-requested-statistics-immigrants-and-immigration-united-states> [29 de janeiro de 2015]. Mitsilegas, Valsamis (2012) “The Changing Landscape of the Criminalisation of Migration in Europe. The Protective Function of European Union Law” in Guia, Maria João; Van der Woude, Maartje; Van der Leun, Joanne (eds.) *Social Control and Justice. Crimmigration in an Age of Fear*. Haia: Eleven International Publishing, 87-114.
- Peixoto, João (2002) “A imigração em Portugal” *Boletim da Associação Portuguesa de Demografia*. 3.
- RCMI (2005) *As Migrações num Mundo Interligado: Novas Linhas de Acção*. Relatório da Comissão Mundial sobre as Migrações Internacionais/Outubro. Fundação Calouste Gulbenkian.
- Sabbati, Giulio e Poptchev, Eva-Maria (2015). Irregular immigration in the EU: Facts and Figures. Briefing. EPRS | European Parliamentary Research Service Members’ Research Service PE 554.202.
- Santos, Christian (2010). A criminalização da imigração irregular e os direitos humanos. Os casos específicos de Brasil e Itália.
- Solivetti, Luigi (2010) *Immigration, Social Integration and Crime. A cross-national approach*. Sabon: Routledge.
- Stumpf, Juliet (2006) “The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime & Sovereign Power” *American University Law Review*. 56(2), 368-419, <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/56/stumpf.pdf?rd=1> [23 de janeiro de 2015].
- Stumpf, Juliet (2008) “States of Confusion: The Rise of State and Local Power over Immigration” *North Carolina Law Review*. 86(6), 1557-1618.
- Van der Leun, Joanne; Van der Woude, Maartje (2012) *Uma Reflexão Sobre a Crimigração na Holanda: O Complexo da Segurança Cultural e o Impacto do Enquadramento*. CINETS – Coimbra.

-

¹⁰² Faculdade de Economia (FEUC) / Centro de Estudos Sociais (CES) e Doutoramento em “Direito, Justiça e Cidadania no Séc. XXI”, da Universidade de Coimbra.

¹⁰³ Este artigo resulta de uma reflexão conjunta dos autores a partir de Guia, 2015.

¹⁰⁴ As estimativas mostram que 15% dos imigrantes a viver na União Europeia e 30% dos que entram todos os anos o fazem irregularmente (Migration News, 2003). O problema das pressões migratórias foi analisado pelo Conselho Europeu, reunido em Edimburgo em 1992, que decidiu “*reforçar as suas tentativas comuns para combater a imigração ilegal*”.

¹⁰⁵ Enquanto a força laboral do trabalho dos imigrantes for rentável para as economias de cada Estado, este continuará a ser permissivo na estadia de migrantes, desde que eles não levistem problemas graves (Gil-Robles, 2003).

¹⁰⁶ Arnold Schwarzenegger, governador republicano da Califórnia, de origem austríaca, a propósito da aplicação da lei anti-imigração votada pelo estado do Arizona. *The Atlanta Journal-Constitution*, Estados Unidos da América.

¹⁰⁷ In *Courier Internacional*, nº 173, julho de 2010:18.

¹⁰⁸ Especialmente a partir do 11 de setembro de 2001.

¹⁰⁹ Os designados “aggravated felonies” implicavam inicialmente os crimes de homicídio, tráfico de droga e de armas. Em 1990, o *Immigration Act* redefiniu este grupo de crimes constantes no “aggravated felonies” para todos os crimes violentos condenados com penas superiores a 5 anos. Em 1995, foram acrescentados a este grupo de crimes outros não violentos (furtos, burlas, falsificações, prostituição, etc). Em 1996, o grupo de crimes incluídos no “aggravated felonies” estendeu-se a todos os crimes condenados em pena de mais de um ano.

¹¹⁰ E mais recentemente com a ameaça dos ataques terroristas.

¹¹¹ Entre 1982 e 1988, a administração de Miguel de la Madrid Hurtado levou a cabo inúmeras reformas, liberalização do comércio e grandes contenções de gastos públicos. Mas a inflação subiu acima dos 100%. O terramoto de 1985 ocorrido na Cidade do México e a queda do preço do petróleo em 1986 contribuíram da mesma forma para este cenário de catástrofe económica (Kessler, 2001).

¹¹² Refira-se ainda que o período de interdição de entrada no país após estas deportações passou para um período de 10 a 20 anos, bem como as detenções dos chamados “não cidadãos” sem acusação, justificada por um “razoável período de tempo” que pode ir até 7 dias, sobretudo ao abrigo da lei antiterrorista.

¹¹³ “Membership theory” no original (Stumpf, 2006).

¹¹⁴ A cidadania é definida por Aleinikoff (1986) como a “pertença a um Estado resultante de consentimento mútuo entre um indivíduo e um estado”.

¹¹⁵ NSEERS – *National Security Entry-Exit System*, do inglês original.

- ¹¹⁶ INS – *Immigration and Naturalization Service*, do inglês original.
- ¹¹⁷ O número de migrantes dentro na nossa sociedade globalizada duplicou nos últimos 25 anos, atingindo os 213.943,8 milhões de migrantes que abandonaram os seus países de origem em 2010, um número considerável, segundo United Nations, Department of Economic and Social Affairs (2011).
- ¹¹⁸ Não obstante, é preciso não esquecer que mais de 96% da população mundial nasce, vive e morre no mesmo país, uma afirmação que contradiz a hipótese de que as migrações se encontrarem fora de controlo (Pires, 2010).
- ¹¹⁹ O cálculo de migrantes irregulares nos EUA (stocks) aponta para os 10,5 milhões (Hoefer *et al.*, 2006).
- ¹²⁰ Nos EUA, estima-se que cerca de 3,1 milhões desses 10,5 milhões de pessoas a residir sem autorização nesse espaço em 2005 tenham entrado depois do ano 2000.
- ¹²¹ Na UE, o surgimento de várias propostas que visavam limitar a liberdade dos programas de regularização levaram ao estabelecimento de um “mecanismo de informação mútua” em 2006 (decisão do Conselho 2006/688/CE de 5 de outubro de 2006). Esta decisão é relativa ao estabelecimento de um mecanismo de informação mútua sobre as medidas dos Estados-Membros nos domínios do asilo e da imigração.
- ¹²² Têm existido ainda alguns programas de regularização concebidos com propósitos humanitários.
- ¹²³ Os migrantes irregulares encontram-se divididos em três categorias principais: migrantes laborais, refugiados e migrantes em trânsito (Kraler, 2009).
- ¹²⁴ Ou os Tratados de Münster e Osnabrück.
- ¹²⁵ A escolha dos termos para esta entrada não-regular num país indica ou uma posição política de neutralidade ou uma inclinação para essa questão.
- ¹²⁶ O programa de Estocolmo centra-se na defesa de medidas que promovam a Europa como paradigma da justiça e da proteção dos cidadãos contra o crime, sobretudo o que envolve a criminalidade transnacional, aplicando medidas extraordinárias na fronteira, e de gestão célere de catástrofes. A segurança interna e externa fazem parte de uma estratégia comum e reforçada, o que não impede que o acesso à Europa seja eficiente e ao mesmo tempo seguro, procurando-se para tal reforçar ou implementar serviços simultaneamente de controlo e de proteção.
- ¹²⁷ Este conceito foi usado por Juliet Stumpf numa comunicação proferida no congresso anual da “Law and Society Association”, 2015 em Seattle. “Liminal” consiste nas estruturas e processos que operam como lei mas apenas são *quasi* lei (são postos em prática através de documentos como memorandos) (Guia, Pedroso e Ferreira, 2015).
- ¹²⁸ MIPEX – Migrant Integration Policy Index. Para mais informações, vide <http://www.mipex.eu/>.

¹²⁹ Este instituto é uma escola de negócios classificada como líder na área da gestão. Para mais informações, consulte www.imd.org.

¹³⁰ Artigo 135º da Lei 29/2012, de 9 de Agosto: “Limites à decisão de afastamento coercivo ou de expulsão. Com exceção dos casos de atentado à segurança nacional ou à ordem pública e das situações previstas nas alíneas c) e f) do n.º 1 do artigo 134.º, não podem ser afastados ou expulsos do território nacional os cidadãos estrangeiros que: a) Tenham nascido em território português e aqui residam habitualmente; b) Tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa ou estrangeira, a residir em Portugal, sobre os quais exerçam efetivamente as responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação; c) Se encontrem em Portugal desde idade inferior a 10 anos e aqui residam habitualmente”.

¹³¹ As leis italianas sobre imigração sofreram sucessivas alterações, das quais se destaca a Lei nº 40 de 06/03/1998 (Lei Turco-Napolitana) sobre imigração e estrangeiros em Itália, alterada pela lei nº 189, de 30/07/2002 (Lei Bossi-Fini) que introduziu medidas contra o tráfico de pessoas, Centros de Detenção de Migrantes, entre outras medidas, e a Lei nº 125, de 25/07/2008, que criminalizou a irregularidade dos indivíduos em Itália. “O debate que ocorreu nas cortes judiciais italianas foi desaguar no Tribunal Constitucional que, pela Decisão nº 22/2007, entendeu ser constitucional o dispositivo que impunha a pena de prisão de 1 a 4 anos aos estrangeiros que não respeitassem as ordens de expulsão, permanecendo ilegalmente em solo italiano” (Decreto Legislativo n. 286, de 25 de julho de 1998 in Santos, 2010: 109). Foi então o Decreto-Legislativo nº 286, de 25/07/1998, no seu artigo 10-A que passou a prever este crime: “*Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato. 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all’articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l’ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l’articolo 162 del codice penale.*”

¹³² Através da adoção do “Pacto de Segurança”, aprovado em 2009 pela Câmara dos Deputados e que passou no Senado (157 votos a favor, 124 votos contra e 3 abstenções). Este foi um percurso trilhado pela Itália há já alguns anos, tendo marcos já referidos a assinalar, como o Decreto Dini e Decreto Conso, ambos adotados em 1995, a lei Turco-Napolitana e a lei Bossi-Fini, já mencionadas (Garcia, 2012), e a recente descriminalização da imigração irregular, em 2014, após um debate intenso na Câmara dos deputados, em 28 de Fevereiro de 2014, transposta pela revogação do artº 10º, constante no Decreto Legislativo, nº 40 de 4 de Março de 2014.

¹³³ A Diretiva do Retorno (a já referida Diretiva 2008/115/CE do Parlamento e do Conselho de 16 de Dezembro de 2008) foi acordada em Agosto de 2008 (e finalizada a 24.12.2010), e prevê o retorno de cidadãos oriundos de países terceiros, fornecendo aos Estados-Membros critérios para os procedimentos no que diz respeito aos direitos fundamentais do ser humano.

¹³⁴ Referimo-nos à Bélgica, à Bulgária, à Croácia, ao Chipre, à Dinamarca, à Estónia, à Finlândia, a França, à Alemanha, à Grécia, à Irlanda, à Letónia, à Lituânia, ao Luxemburgo, à Roménia, à Suécia e ao Reino Unido.

¹³⁵ Referimo-nos à Áustria, à República Checa, à Hungria, à Itália, à Holanda (caso seja declarado “estrangeiro indesejável”), à Polónia, à Eslováquia e à Eslovénia.

¹³⁶ Referimo-nos à Bélgica, à Croácia, ao Chipre, à Dinamarca, à Estónia, à Alemanha, à Irlanda, ao Luxemburgo, à Holanda e ao Reino Unido.

¹³⁷ Referimo-nos à Áustria, à Bulgária, à República Checa, à Finlândia, à Grécia, à Hungria, à Itália, à Letónia, à Lituânia, à Polónia, à Roménia, à Eslováquia, à Eslovénia, a Espanha e à Suécia.

A PROMOÇÃO DAS PME NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: AS NOVAS DIRETIVAS

Pedro Matias Pereira

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Advogado

Sumário: O artigo foca-se nas alterações previstas nas novas Diretivas da contratação pública a respeito da promoção das PME no mercado dos contratos públicos. Analisa-se, em primeiro lugar, a dimensão e a estrutura do mercado dos contratos públicos europeus, considerando, em seguida, a evolução do Direito Europeu dos contratos públicos quanto à facilitação e incentivo da participação das PME nos referidos mercados, finalizando o artigo com a análise das disposições das novas Diretivas que visam a consecução desses objetivos.

Palavras-chave: Mercado dos contratos públicos. Diretiva 2014/24; Diretiva 2014/25; PME – Pequenas e Médias Empresas. Parceria para a inovação. Divisão em lotes. Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP). A transferência de pagamentos para subcontratados.

The promotion of small and medium-sized enterprises (SMEs) in public procurement: the new directives

Abstract: The text focuses on the changes set out in the new public procurement Directives concerning the promotion of SMEs in the public procurement market. Firstly, we analyze the size and the structure of the European Union public procurement markets to then consider the development of the European Law regarding the facilitation and incentive to the participation of SMEs in the said markets. We conclude the text with an analysis of the provisions of the new Directives that aim to attain such goals.

Keywords: Public procurement market. Directive 2014/24. Directive 2014/25. SME's – small and medium-sized enterprises. Innovation partnership. European Single Procurement Document (ESPD). Transfer of payments directly to the subcontractor.

1. Introdução

A adjudicação de contratos públicos representa para os respetivos adjudicatários um *ganho de oportunidade*, a obtenção de um benefício económico proveniente de fundos públicos e cuja relevância pode ser determinante para a vida económica das empresas que dele beneficiam.

A importância desses contratos é variável, mas são muitos os casos em que os contratos adjudicados servem para viabilizar uma empresa ou vêm permitir que ela ganhe uma dimensão relevante (o que será tanto mais importante quanto mais longa for a execução do contrato)¹³⁸.

A importância económica dos contratos públicos está na origem, claro, da elevada litigância que se gera em torno deles, mas é também a razão principal para um conjunto de alterações que o Direito da União Europeia da contratação pública tem experimentado, sendo a concretização da *procura pública* uma forma cada vez importante para a consecução de objetivos fixados em determinadas políticas económicas da União.

O tema de que iremos tratar é um exemplo dessa maior atenção conferida às regras da contratação pública como forma de promoção de políticas públicas económicas. Para perceber este movimento, começaremos por analisar, com recurso a dados oficiais das instâncias europeias, a dimensão e a estrutura do mercado dos contratos públicos europeus¹³⁹.

Depois desse enquadramento, centraremos a nossa análise na evolução do Direito Europeu dos contratos públicos na realização da promoção das PME na contratação pública, desde o reconhecimento inicial do potencial que esse tipo de empresas representa (donde deriva a importância da sua promoção), à consagração de instrumentos jurídicos que permitem e intensificam tal promoção, melhor realizada nas recentes alterações às Diretivas de 2014 relativas à contratação pública.

2. O Mercado dos Contratos Públicos

2.1. A dimensão do mercado europeu dos contratos públicos

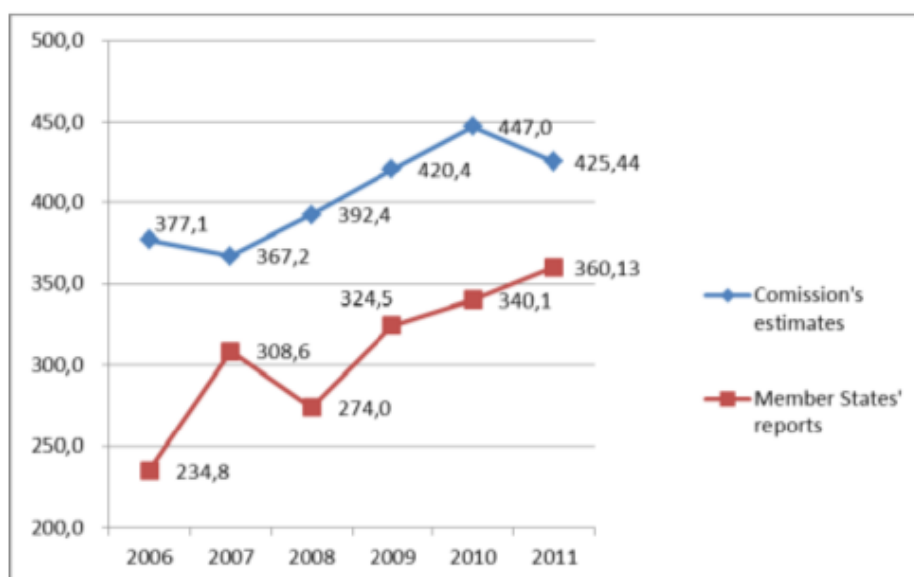
O mercado europeu dos contratos públicos representa cerca de um quinto do produto interno bruto (“PIB”)¹⁴⁰ da União Europeia (“UE”), o que se traduz em 2.400 mil milhões de euros, valor utilizado pelo sector público administrativo e pelos organismos de direito público para adquirir bens, obras e serviços a empresas privadas¹⁴¹.

Daquele montante quase 20% refere-se a contratos acima dos limiares comunitários¹⁴², o que equivale, segundo as estimativas da Comissão Europeia, a 425 mil milhões de euros, cerca de 3,7% do PIB da UE.

No caso de Portugal, a mesma Comissão Europeia estima que no ano de 2011 tenham sido adjudicados 3,67 mil milhões de euros em contratos abrangidos pelas diretivas; no entanto, apenas 2,81 mil milhões de euros foram objeto da necessária publicação no Jornal Oficial da União Europeia (“JOUE”)¹⁴³.

No quadro que apresentamos de seguida encontra-se a evolução do valor dos procedimentos anunciados no JOUE¹⁴⁴ e uma comparação com as estimativas da Comissão Europeia até ao ano de 2011.

Figura 1: Cálculos da Comissão para o valor dos procedimentos anunciados no JOUE e o valor total dos contratos acima dos limiares reportados pelos Estados-Membros em 2006-2011 [em milhares de milhões de euros].



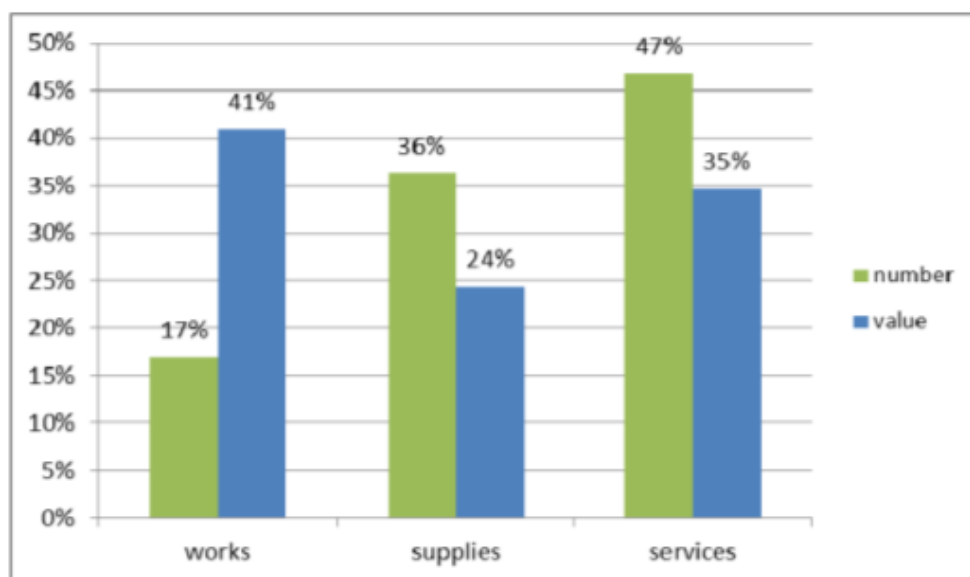
Fonte: DG Mercado Interno, Comission Staff Working Document – Annual Public Procurement Implementation Review, SWD(2014) 262 final, de 01.08.2014.

2.2. A estrutura do mercado dos contratos públicos

Considerando agora a estrutura deste mercado europeu, podemos ver através do quadro seguinte que no ano de 2011:

- aproximadamente 41% do valor das adjudicações era relativo a contratos de empreitada;
- 35% desse valor dizia respeito à aquisição serviços e
- 24% ao fornecimento (aquisição e locação) de bens.

Figura 2: Número e valor dos anúncios de adjudicação publicados no JOUE em 2011, agrupados por tipo de contrato [em %].



Fonte: DG Mercado Interno, Comissão Staff Working Document – Annual Public Procurement Implementation Review, SWD(2014) 262 final, de 01.08.2014.

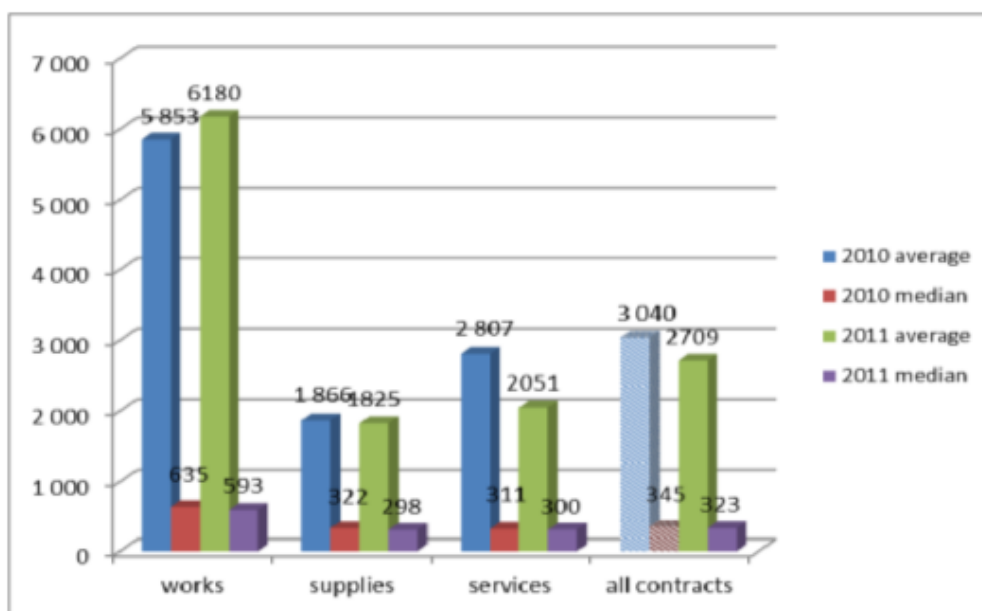
Ainda quanto à estrutura deste mercado, podemos ver, através das colunas verdes representadas no quadro, o peso relativo de cada tipo de contrato no número de anúncios publicados, sendo que quase metade dos

anúncios publicados no JOUE são relativos a serviços (47%), seguido dos fornecimentos de bens (36%) e, por fim, as empreitadas (17%).

Nas colunas a azul, encontramos novamente os números relativos ao valor dos contratos, sendo que a diferença entre as colunas azuis e as colunas verdes se explica pelo facto de os contratos de empreitada envolverem, normalmente, valores de adjudicação mais elevados e na aquisição de bens haver, pelo contrário, um maior número de procedimentos mas de menor valor.

Ainda sobre a estrutura do mercado dos contratos públicos, reproduzimos um último quadro que indica o valor médio e mediano dos anúncios de adjudicação publicados no JOUE em 2010, agrupados por tipo de contrato.

Figura 3: Valor médio e mediano dos anúncios de adjudicação publicados no JOUE em 2011, agrupados por tipo de contrato [em milhares de euros].



Fonte: DG Mercado Interno, Comissão Staff Working Document – Annual Public Procurement Implementation Review, SWD(2014) 262 final, de 01.08.2014.

De acordo com estes dados oficiais:

- o valor mediano de um contrato celebrado de acordo com as diretivas comunitárias é de € 323.000, ou seja, metade de todos os contratos celebrados são de valor igual ou inferior a € 323.000, valor este que representa uma descida face aos indicadores de 2010 em que esse valor ascendia a € 345.000.
- o valor médio de um contrato de empreitada é de € 6.180.000, o que evidencia uma subida face aos indicadores anteriores em que o valor médio ficava abaixo dos 6 milhões de euros (concretamente, € 5.853.000);
- o valor médio de um contrato de fornecimento de bens é de € 322.000; e
- para os contratos de prestação de serviços, o valor médio é € 311.000.

Uma análise da evolução dos dados apresentados na figura 3 permitem-nos perceber que os valores de 2011 foram mais baixos que os registados em 2010, sendo que o valor médio de todos os tipos de contrato desceu dos cerca de 3 milhões de euros para os 2,7 milhões de euros.

2.3. As PME na estrutura do mercado dos contratos públicos

De acordo com o estudo intitulado “Avaliação do acesso das PME aos mercados dos contratos públicos na União Europeia”¹⁴⁵, realizado em 2010 para a Comissão Europeia, estima-se que no período 2006-2008 foram adjudicados às PME 34% do valor dos contratos públicos de montantes superiores ao limiares fixados pela UE, o que representa 60% do número de contratos adjudicados¹⁴⁶. Destes 60%, 18% eram relativos a microempresas, 22% a pequenas empresas e 17% a médias empresas.

Esse mesmo estudo verifica que em alguns dos novos Estados Membros – como a Bulgária, a Estónia ou a Hungria – as PME representam um maior

número de adjudicações, ao mesmo tempo que o seu peso relativo continua baixo em países como o Reino Unido, República Checa e Portugal¹⁴⁷.

Mas mesmo que as PME representem, em certos Estados Membros, um elevado número de adjudicações, a verdade é que a sua participação no mercado dos contratos públicos (34%) é 18% inferior ao peso que as PME têm na economia europeia, participação que, quando analisada sobre o ponto de vista do volume de negócios global gerado pelas mesmas no conjunto da economia da UE, ascende a 58%¹⁴⁸.

Os dados acima apresentados, além de dizerem apenas respeito a contratos acima dos limiares fixados pela UE, não consideram todo o impacto das PME nos contratos públicos, uma vez que a subcontratação em certos contratos permite que elas beneficiem indiretamente – na qualidade de subcontratadas – de adjudicações feitas a outras empresas (cocontratantes principais).

3. Europeização dos Contratos Públicos como Política Anti Cíclica

É dentro do quadro acima traçado – que demonstra o peso e a importância deste mercado dos contratos públicos – que a europeização dos contratos públicos aparece como mais um meio de realização de políticas anti cíclicas ou, se se preferir, *anticrise*.

De facto, a importância económica do mercado dos contratos públicos de valor superior aos limiares das diretivas da UE (20% do PIB) exige que a intervenção pública nesta área se revista da maior atenção, utilizando-a como mecanismo de realização das referidas políticas, fazendo pleno uso da denominada *despesa pública estimuladora* da economia¹⁴⁹. Trata-se de uma conceção que ultrapassa outra – mais restritiva – de que os benefícios que se podem colher da contratação pública não iriam muito além dos benefícios que emergem das prestações contratuais a favor da Administração contratante¹⁵⁰.

Assim, a europeização dos contratos públicos que serviu, num primeiro momento, a realização dos objetivos de integração europeia –

designadamente a criação do mercado único¹⁵¹ –, é hoje, por força das difíceis circunstâncias que os países europeus atravessam (e de uma mais abrangente conceção dos efeitos económicos da contratação pública), um mecanismo de realização de políticas públicas anti cíclicas^{152/153}.

3.1. Europeização dos contratos públicos: em especial, a promoção das PME na contratação pública

A promoção da contratação pública não pode ignorar o peso específico das PME, sobretudo em alturas de dificuldades económicas, pois é na promoção deste tipo de empresas – que criam a esmagadora maioria dos novos empregos – que as políticas públicas devem apostar¹⁵⁴.

Tomando o exemplo do nosso país, as PME representam 99,9% das empresas portuguesas¹⁵⁵, são responsáveis por 60,9% do volume de negócios empresarial¹⁵⁶ e por 78,7% do emprego¹⁵⁷. Na União Europeia, o cenário não é diferente, com cerca de 99% das empresas europeias a qualificarem-se como PME e sendo responsáveis por 2 em cada 3 postos de trabalho no sector privado¹⁵⁸ e por 57,9% do volume de negócios, estimando-se ainda que as PME europeias consigam criar 740.000 novos postos de trabalho durante o ano de 2015¹⁵⁹.

Estes dados económicos evidenciam a centralidade das PME na economia europeia, não só pelo seu peso em termos de volume negócios mas também – senão sobretudo – pela sua capacidade geradora de emprego.

Por outro lado, verifica-se que a contratação pública (e a sua capacidade estimuladora) estão ainda longe de uma adaptação suficientemente competente a este tipo de empresas. Com efeito e voltando aos dados económicos atrás referidos, verifica-se ainda uma significativa discrepância entre o volume de negócios global gerado pelas PME no conjunto da economia da UE (57,9%) e a proporção, em valor, de contratos públicos de montante superior aos limiares fixados pela UE adjudicados a PME como contratantes principais (34%).

Essa discrepância constitui, como a própria Comissão Europeia reconhece, um aspeto em que há “margem para melhorias”¹⁶⁰, justificando, portanto, uma *adaptação dos instrumentos das políticas públicas às necessidades das PME, procurando facilitar a sua participação no mercado dos contratos públicos* – este é, aliás, um dos 10 princípios previstos no «Think Small First» - Um «Small Business Act» para a Europa¹⁶¹.

Esta necessidade de adaptação surge do reconhecimento de que as PME não estão, muitas vezes, “a par das oportunidades e/ou são desencorajadas pelos procedimentos, e/ou porque as administrações públicas optam pela facilidade e adjudicam certos contratos a grandes empresas com experiência comprovada, e não a jovens empresas inovadoras”¹⁶². Com vista à redução dos obstáculos no acesso das PME ao relevantíssimo mercado dos contratos públicos, a Comissão propunha-se¹⁶³:

- apresentar um código de boas práticas de aplicação voluntária destinado às entidades adjudicantes, tendo em vista fomentar uma mudança da cultura dos contratos públicos;
- definir orientações sobre a maneira de reduzir a burocracia, reforçar a transparência, melhorar a informação e assegurar condições equitativas às PME;
- facilitar o acesso às informações sobre as oportunidades de contratos públicos completando os sítios *web* da UE existentes relativos aos contratos públicos com uma série de iniciativas, tais como a publicação facultativa dos anúncios de concurso que se situam abaixo dos limiares.

Já os Estados-Membros foram convidados a:

- criar portais eletrónicos para alargar o acesso à informação sobre as oportunidades de contratos públicos abaixo dos limiares da UE;
- incentivar as respetivas entidades adjudicantes a subdividir os contratos em lotes sempre que se justifique e dar maior visibilidade às oportunidades de subcontratação;

- recordar às respetivas entidades adjudicantes a obrigação de evitar a qualificação e os requisitos financeiros desproporcionados;
- incentivar o diálogo construtivo e a compreensão mútua entre as PME e os grandes compradores através de atividades como a informação, a formação, o acompanhamento e o intercâmbio de boas práticas¹⁶⁴.

Logo em 2008, a Comissão publicou o (já previsto) *Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos*, um documento que fornecia diretrizes sobre a aplicação do enquadramento dos contratos públicos de uma forma que facilitasse a participação das PME.

Nesse documento eram assinaladas várias boas práticas seguidas por alguns Estados Membros instando-se o conjunto dos mesmos a adotarem-nas como prática ou integrando-a nas respetivas legislações nacionais. De entre as várias que lá são referidas, permitimo-nos realçar as seguintes:

- (i) divisão dos contratos em lotes**, ajustando a dimensão quantitativa dos mesmos à capacidade produtiva das PME;
- (ii) promover – através da publicitação dessa possibilidade no anúncio do procedimento ou nas pré-informações – o aproveitamento da capacidades (económicas, financeiras e técnicas) de terceiros**, o que permitiria que certas PME acessem, através da comprovação de certas capacidades, a contratos que de outra forma lhes estariam vedados;
- (iii) dar maior visibilidade a oportunidades de subcontratação**, assegurando a igualdade de tratamento;
- (iv) promover e melhorar a contratação eletrónica**;
- (v) evitar critérios de seleção desproporcionados**, reforçando a jurisprudência do Tribunal de Justiça¹⁶⁵ segundo a qual os critérios de capacidade económica, financeira e técnica devem estar ligados e ser proporcionais ao objeto do contrato^{166/167};
- (vi) limitar os requisitos administrativos**, diminuindo a burocracia associada aos procedimentos de contratação pública, por exemplo, em

casos de apresentação dos mesmos documentos em procedimentos perante a mesma entidade adjudicante (quando os anteriormente apresentados mantenham a sua validade);

(vii) admissão, com maior largueza, de soluções inovadoras em resposta ao apelo público ao mercado, definindo as exigências do contrato em termos de desempenho ou em termos funcionais, promovendo assim o acesso das PME inovadoras (muitas vezes *start-up* tecnológicas).

Esta iniciativa do *Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos* foi fazendo o seu caminho enquanto *soft law* europeu e constituía já o germen do que viriam a ser as alterações trazidas pelo processo de revisão das diretivas relativas à contratação pública (de que trataremos no ponto seguinte), tudo sob o signo comum da relevância económica do acesso das PME ao mercado dos contratos públicos, visto como parte das políticas públicas de combate à crise económica.

4. A Diretiva 2014/24/UE e os Instrumentos de Promoção das PME na Contratação Pública

A Diretiva 2014/24/UE constitui um importante instrumento do Direito da União Europeia que tem então em conta o papel estratégico da contratação pública, já não como mero instrumento da *unificação do mercado interno europeu* (na vertente das compras públicas), mas como parte de uma política pública europeia que se integra, designadamente, na *Estratégia Europa 2020*¹⁶⁸.

Assim, e tal como resultava dos trabalhos preparatórios da revisão das diretivas da contratação pública, um novo grande objetivo foi erigido: a adaptação do regime de contratação pública à atual situação política, social e económica, procurando, designadamente, promover a criação de emprego e o crescimento económico¹⁶⁹.

De facto, é a consecução deste tipo de objetivos que tem feito surgir várias transformações no âmbito do Direito da União Europeia¹⁷⁰ e, nomeadamente, nas alterações que foram sendo propostas para as regras da contratação pública, materializadas, no final de um longo processo de elaboração entre a Comissão, o Parlamento e Conselho Europeus, na nova Diretiva sobre contratação pública, a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 e que revoga a Diretiva 2004/18/CE^{171/172}.

Assumindo a aceção de PME prevista na Recomendação 2013/361/CE da Comissão¹⁷³ (cf. artigo 83.º, n.º 3, § 4.º da Diretiva), a Diretiva reconhece, no seu considerando n.º 124, “o potencial das PME para a criação de emprego, o crescimento e a inovação”, notando que, por isso, “é importante incentivar a sua participação no domínio da contratação pública, tanto através de disposições adequadas da presente diretiva, como através de iniciativas a nível nacional”.

Demonstrando a centralidade da promoção da participação das PME na contratação pública, a Diretiva afirma mesmo, no seu considerando 78, que “os contratos públicos deverão ser adaptados às necessidades das PME” (o que, como veremos, tem impacto sobre a divisão dos contratos públicos em lotes).

Outro sinal da importância dada à promoção das PME na contratação pública é a obrigação de os Estados Membros elaborarem um relatório até 18.04.2017 e depois trienalmente, contendo informações sobre o nível de participação das PME nos contratos públicos (cf. § 2.º do n.º 3 do artigo 83.º da Diretiva).

Por fim, e renovando a diretriz no sentido da transparência das regras e procedimentos, a Diretiva prevê a obrigação de os Estados Membros assegurarem “o acesso gratuito a informações e orientações sobre a interpretação e aplicação do direito de adjudicação de contratos públicos da União, com vista a auxiliar as autoridades adjudicantes e os operadores económicos, em particular as PME, na aplicação correta das regras de

adjudicação de contratos públicos da União” (cf. n.º 4 do artigo 84.º, sublinhado nosso).

Além destes considerandos e dos sinais da atenção dada às PME na contratação pública, a Diretiva concretiza alguns instrumentos jurídicos¹⁷⁴ que procuram fomentar a participação deste tipo de empresas (e que trataremos nos pontos seguintes), concretamente:

- (i) o novo procedimento pré-contratual denominado *parceria para a inovação* (cf. artigo 31.º);
- (ii) o *documento europeu único de contratação pública* (cf. artigo 59.º);
- (iii) a *divisão dos contratos em lotes* (cf. artigo 46.º);
- (iv) a transferência de pagamentos para subcontratados (cf. artigo 71.º).

4.1. A parceria para a inovação

Começando pelos procedimentos pré-contratuais, verificamos que, a par da manutenção dos procedimentos já conhecidos, a Diretiva passa a prever um novo tipo de procedimento para contratos públicos inovadores, a *parceria para a inovação*, que visa o desenvolvimento e a posterior aquisição, por parte das entidades públicas, dos produtos, obras ou serviços que resultem dessa parceria¹⁷⁵.

A previsão deste novo tipo de procedimento pretende dotar as entidades adjudicantes de um instrumento que permita adquirir produtos e serviços inovadores, que promovam o crescimento não só no presente – através do aumento da eficiência e da qualidade dos serviços públicos –, mas também no futuro, antecipando soluções que, sem este incentivo público, dificilmente seriam criadas numa situação económica difícil e avessa ao risco¹⁷⁶.

No entanto, também há uma preocupação com a (boa) despesa pública, procurando garantir-se, logo no procedimento pré-contratual, que a aquisição futura dos bens e serviços produzidos no âmbito da parceria só se

concretizará se esses bens e serviços não “fugirem” aos níveis de desempenho que a entidade adjudicante tinha em vista ao tempo do lançamento do procedimento (cf. n.º 2 do artigo 31.º). Com efeito, o procedimento estrutura-se em 3 fases distintas: (i) a fase de escolha dos parceiros; (ii) a fase da produção do bem ou serviço inovador por parte do(s) parceiro(s) escolhido(s) que ocorre após a celebração do contrato e constitui fase da inovação propriamente dita e que deverá ser também estruturada em fases sucessivas, com a fixação de objetivos intermédios a que corresponderá também uma retribuição intermédia¹⁷⁷; e (iii) a fase de aquisição do resultado produzido durante a fase de inovação.

No âmbito da última fase – de aquisição dos bens e serviços – e em resultado de uma emenda proposta pelo Parlamento Europeu ao número 4 do artigo 31.º, passa a exigir-se que o “valor estimado dos bens, serviços ou obras a executar no âmbito da parceria não seja desproporcionado face ao investimento necessário ao seu desenvolvimento”.

Apesar de propensa a dificuldades várias – como é o caso da aproximação a eventuais auxílios de Estado ou da dificuldade em assegurar regras sobre a aquisição da propriedade intelectual¹⁷⁸ – a previsão deste novo tipo de procedimento poderá representar um *plus* relativamente a outros procedimentos que já se afeiçoariam à contratação de serviços ou bens inovadores (como o diálogo concorrencial), nomeadamente tendo em conta o disposto no n.º 6 do artigo 31.º da Diretiva a propósito da especial consideração das capacidades dos candidatos “no domínio da investigação e desenvolvimento, bem como no desenvolvimento e implementação de soluções inovadoras”, fomentando assim o acesso de um tipo específico de PME: as *start-up*¹⁷⁹.

4.2. A divisão dos contratos em lotes

Ao analisar os considerandos da Diretiva 2004/24/UE, fica-se com a clara noção de que o principal instrumento para a promoção das PME é a divisão em lotes dos contratos de modo a torná-los mais acessíveis a este tipo de empresas¹⁸⁰. De acordo com o considerando 78, “as autoridades adjudicantes deverão, nomeadamente, ser incentivadas a dividir em lotes os contratos de grande dimensão”.

A divisão dos contratos em lotes encontra-se prevista no artigo 73.º do nosso CCP que permite que, num âmbito de um mesmo procedimento, sejam feitas adjudicações por lotes, celebrando-se tantos contratos quantas as propostas adjudicadas ou quantos os adjudicatários (cf. artigo 73.º, n.º 2).

A este propósito, e na sequência do previsto no *Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos*, a Diretiva indica que essa divisão deverá ter em vista uma melhor adaptação, do ponto de vista quantitativo, à capacidade das PME ou numa base qualitativa, em função dos diferentes setores comerciais e de especializações envolvidos, adaptando mais estreitamente o conteúdo dos contratos individuais aos setores especializados de PME e/ou em função das diferentes fases subsequentes do projeto (cf. considerando 78)¹⁸¹.

A proposta inicial de revisão da Diretiva 2004/18¹⁸² previa que, quando um contrato público de valor inferior a € 500.000 (e superior, claro, aos limiares de aplicação da diretiva) devesse ser dividido com base em razões objetivas, a entidade adjudicante deveria justificar a sua decisão (de não o fazer) no anúncio ou no convite (cf. artigo 44.º, n.º 1 da proposta de revisão).

A redação final da Diretiva acabou por adotar uma versão mais exigente, uma vez que é aplicável a todos os contratos (sem qualquer limite de valor) mas, em todo o caso, não consagrando um verdadeiro dever geral de dividir os contratos em lotes; o que se exige das entidades adjudicantes é que indiquem as suas razões quando escolham não dividir o objeto do

procedimento em lotes (cf. artigo 46.º, n.º 1, § 2.º). SUE ARROWSMITH entende, ainda assim, que esta exigência configura – em fase da dificuldade de divisão de certos contratos e dos custos administrativos associados – um encargo desproporcionado para as entidades adjudicantes¹⁸³.

A ausência da previsão de um dever geral de divisão em lotes, longe de impedir a adoção de regras nacionais com esse propósito¹⁸⁴, é expressamente admitida no n.º 4 do artigo 46.º da Diretiva, salvaguardando-se, apenas, a necessidade de conformidade com o Direito Europeu¹⁸⁵. Em todo o caso, as disposições da Diretiva nesta matéria parecem direcionar-se no sentido de que os Estados Membros não devem impedir, através da sua legislação, que as autoridades adjudicantes possam dividir um contrato quando o tenham como conveniente¹⁸⁶.

Apesar desta abertura à (e promoção da) divisão em lotes, a Diretiva prevê a possibilidade de as entidades adjudicantes estabelecerem um limite máximo de lotes de que um operador económico pode ser adjudicatário, sem que esteja prevista a obrigação de expor as razões para a fixação de tal limitação (cf. artigo 46.º, n.º 2, § 2.º). No entanto, as entidades adjudicantes devem indicar nos documentos concursais as regras e os critérios (objetivos e não discriminatórios) a aplicar na decisão de adjudicação dos vários lotes (quando essa adjudicação conjunta ultrapasse o tal limite máximo previamente fixado. Naturalmente que a fixação de um limite máximo de adjudicações possíveis visa, entre outros objetivos – como garantir a concorrencialidade de futuros procedimentos, diminuindo a dependência da entidade adjudicante face aos seus fornecedores¹⁸⁷ –, assegurar uma dispersão dos contratos por vários agentes económicos, retomando, assim e afinal, aquele que é o foco das alterações relativas à divisão em lotes¹⁸⁸.

4.3. O documento europeu único de contratação pública

Um instrumento que poderá revelar-se de elevada importância no acesso das PME a contratos com interesse transfronteiriço é o Documento Europeu Único de Contratação Pública (“DEUCP”).

Como é reconhecido no considerando 84 da Diretiva, “muitos operadores económicos, e nomeadamente as PME, consideram que um dos maiores obstáculos à sua participação nos contratos públicos é a carga administrativa decorrente da necessidade de apresentar um número substancial de certificados ou outros documentos relacionados com critérios de exclusão e seleção”. Por essa razão, o n.º 1 do artigo 59.º da Diretiva prevê a obrigação de as entidades adjudicantes aceitarem que, no momento de apresentação de propostas ou de candidaturas, os concorrentes ou candidatos apresentem “uma declaração sob compromisso de honra atualizada, como elemento de prova preliminar, em substituição dos certificados emitidos por autoridades públicas ou por terceiros”, o que confirma que o candidato/concorrente: (i) não se encontra sob um motivo de exclusão nos termos do artigo 57.º da Diretiva; (ii) cumpre com os critérios de seleção nos termos do artigo 58.º (habilitação, capacidade económica e financeira e capacidade técnica e profissional); (iii) cumpre com os critérios de qualificação (em procedimentos limitados por essa fase prévia, nos termos do artigo 65.º).

A redução de requisitos administrativos aquando da apresentação das propostas/candidaturas não impede que as entidades adjudicantes requeiram, quando for caso disso, a apresentação dos documentos que o DEUCP pretende evitar. Nos termos do n.º 4 do artigo 59.º, a entidade adjudicante pode solicitar aos concorrentes/candidatos “a apresentação da totalidade ou de parte dos documentos comprovativos, a qualquer momento do procedimento, se entender que tal é necessário para assegurar a correta tramitação do procedimento”¹⁸⁹.

No texto da proposta de Diretiva, o DEUCP tomava a impressiva designação de “passaporte europeu para a contratação pública”¹⁹⁰, o que transmitia bem a ideia de aposta na facilitação de acesso aos concursos públicos europeus, com a adoção de um instrumento uniforme para comprovação de requisitos que, de outra forma, seriam comprovados através de documentação variada e cuja emissão se encontra dispersa pelas várias entidades públicas responsáveis pela respetiva emissão. Trata-se de

um aligeiramento de exigências documentais que aprofunda a “interpenetração-integração das economias dos (...) Estados-Membros” tornando cada vez mais “natural (...) que as movimentações dos operadores económicos de origem europeia se alarguem e intensifiquem”¹⁹¹.

4.4. A transferência de pagamentos para subcontratados

A subcontratação constitui uma das mais frequentes formas de cooperação entre empresas e, no caso das PME, representa “a modalidade de participação mais frequente nos contratos públicos de valor económico elevado”¹⁹².

A Diretiva 2014/24/UE quebra com a opção das Diretivas de 2004 de não adotar qualquer regulamentação específica a propósito dos subcontratados; de facto, as anteriores Diretivas apenas previam a possibilidade de as entidades adjudicantes solicitarem ao proponente que indicasse “qual a parte do contrato que tenciona subcontratar com terceiros, bem como quais os subcontratantes propostos”, ressalvando-se, logo de seguida, que essa “indicação não interfere na questão da responsabilidade do operador económico principal”¹⁹³.

Na nova Diretiva, o considerando 78 refere-se, logo e a par da questão da divisão em lotes, à possibilidade conferida aos Estados-Membros de preverem “mecanismos de pagamento direto aos subcontratantes” (cf. § 3.º do referido considerando)¹⁹⁴. Essa possibilidade encontra-se regulamentada nos números 3 e 7 do artigo 71.º que determinam o seguinte:

- os Estados-Membros podem estipular que, a pedido do subcontratante e caso a natureza do contrato o permita, a entidade adjudicante transfira os pagamentos devidos diretamente para o subcontratante pelos serviços, fornecimentos ou obras prestados ao contratante principal; acrescentando-se que estas medidas devem prever os mecanismos adequados a que o cocontratante principal se oponha a pagamentos indevidos (cf. n.º 3 do artigo 71.º);

– os Estados-Membros podem, no âmbito da legislação nacional, ir ainda mais longe quanto aos pagamentos diretos aos subcontratantes, indicando-se, a título de exemplo, a possibilidade de esses pagamentos serem feitos sem que os subcontratantes o tenham de solicitar (cf. n.º 7 do artigo 71.º).

É uma considerável alteração do Direito da União Europeia nesta matéria, demonstrativo da maior atenção dada à subcontratação e às dificuldades pelas quais muitos subcontratados passam quando se trata de serem atempadamente pagos pelas obras, serviços ou fornecimentos que efetivamente executaram ou forneceram.

Na nossa ordem jurídica interna, o CCP alterou o regime vigente nesta matéria. Com efeito, de acordo com o artigo 267.º do Regime Jurídico da Empreitada de Obras Públicas (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 Março, doravante “RJEOP”), o contraente público tinha o poder de proceder ao pagamento direto ao subcontratado, com vista ao suprimento de eventuais faltas do empreiteiro para com ele, de modo a que isso não perturbasse a normal execução dos trabalhos. De acordo com aquele anterior regime, os subcontratados podiam reclamar junto do contraente público o pagamento de verbas em atraso que fossem devidas pelo cocontratante principal, podendo o contraente público exercer o direito de retenção de quantias do mesmo montante devidas por si ao empreiteiro (cf. artigo 267.º, n.º 1)¹⁹⁵. Estas quantias eram, depois, pagas diretamente pelo contraente público ao subcontratado, caso o cocontratante principal, notificado para o efeito, não comprovasse ter procedido à liquidação das mesmas nos 15 dias imediatos à receção de tal notificação (cf. artigo 267.º, n.º 2).

No CCP não se encontra previsto idêntico mecanismo, solução que, além de seguir, como víamos, o silêncio das Diretivas de 2004 a este propósito, terá tido como objetivo afastar o contraente público dos conflitos que muitas vezes – e ainda mais em alturas de crise – se geram entre subcontratados e cocontratante principal, pois, tal como resultava do

RJEOP, o contraente público detinha um amplo poder para dirimir esses conflitos¹⁹⁶.

Assim, de acordo com regime atualmente em vigor no nosso país, é absolutamente claro que o subcontratado não tem qualquer vínculo contratual com o contraente público. Na realidade, o que existe são dois contratos de natureza diferente: (i) um, de natureza pública, celebrado entre a entidade adjudicante e o adjudicatário; e (ii) outro, de natureza privada, celebrado entre este último e o subcontratado. Na verdade e como refere a doutrina a propósito do contrato de subempreitada – mas cujos fundamentos se aplicam inteiramente aos restantes tipos de subcontratos –, este “cria apenas uma relação obrigacional entre o empreiteiro originário e o subempreiteiro, relação a que é estranha o comitente, que não adquire direitos contra o subempreiteiro, nem contrai obrigações com este”¹⁹⁷.

As alterações trazidas pela nova Diretiva parecem modificar, de alguma forma, esta estrutura jurídica em que o contratante principal, não tendo qualquer relação direta com o subcontratante, não poderia, por exemplo, exercer poderes de direção do contrato de forma direta sobre o subcontratado, uma vez que este não tinha quaisquer obrigações para com aquele. Do mesmo modo, o contraente público não tinha qualquer obrigação para com o subcontratado, não podendo, por isso, deduzir os montantes que fossem devidos ao cocontratante principal em consequência de ter efetuado ao subcontratado o pagamento que lhe fosse devido pelo cocontratante principal¹⁹⁸.

Na nova Diretiva e nos termos do n.º 1 do seu artigo 71.º, cabe às autoridades nacionais de cada Estado-Membro assegurar o cumprimento por parte dos subcontratados dos princípios da contratação (previstos no n.º 1 do artigo 18.º) e também das “obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral estabelecidas pelo direito da União, por legislação nacional, por convenções coletivas ou pelas disposições de direito internacional em matéria ambiental, social e laboral” (cf. n.º 2 do artigo 18.º, por remissão do n.º 1 do artigo 71.º). Trata-se de alterações suscetíveis de fazer surgir um verdadeiro poder-dever de fiscalização do

subcontratado por parte do contraente público, alterando, assim e de sobremaneira, a anterior posição de quase alheamento dos contraentes públicos em face dos subcontratantes.

5. Reflexão final

A regulação trazida pelas normas do Direito da União Europeia que visam a promoção das PME são, nos termos acima analisados, uma resposta ao défice de participação deste tipo de empresas no mercado dos contratos públicos.

A particular atenção conferida a este tipo de empresas representa, a par de outros pontos – como a incorporação, no texto da diretiva, de regras que acolhem a jurisprudência do TJUE sobre a modificação de contratos –, uma demonstração da fase de maturidade deste direito europeu dos contratos públicos, assegurado que está o objetivo inicial da construção de um mercado único europeu em matéria de contratação pública.

No caso da promoção das PME, a especial ponderação que elas mereceram do legislador europeu resulta, a nosso ver, do reconhecimento do potencial económico que elas detêm ao nível da criação de riqueza e de emprego; potencial que, muito justamente, as diretivas procuram aproveitar tornando os contratos públicos mais acessíveis às PME.

No entanto, os instrumentos jurídicos adotados estão ainda bastante longe de verdadeiras reservas de contratação para este tipo de empresas, o que constitui um mecanismo com provas dadas noutros ordenamentos jurídicos, *maxime*, nos Estados Unidos da América. Ora, não parecem existir, na União Europeia, razões determinantes para rejeitar soluções que permitissem destacar uma parte do mercado da contratação pública para este tipo de empresas, quando os desafios económicos que se colocam na generalidade dos países europeus – nomeadamente no que tange à diminuição da taxa desemprego (e, sobretudo, das inauditas taxas de desemprego jovem) – são tão ingentes e já se encontra estabelecida a

importância da contratação pública como instrumento de realização desse tipo políticas económicas.

Referências Bibliográficas

ABREU, Jorge Coutinho de, «Aspectos do Direito Económico da União Europeia (apontamentos a propósito do diálogo U.E. – MERCOSUL)», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXIV, 1998 [705-728].

ARROWSMITH, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell, 3.^a edição, 2014.

CAMPOS, Diogo Duarte de / MACHADO, Carla, «Condições de participação em procedimento concursal (Ac. no proc. n.º 1327/09 do TCA-N)», in: *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2 (Maio-Agosto 2011), Coimbra: Coimbra Editora [135-163].

ESTORNINHO, Maria João, *Direito Europeu dos Contratos Públicos: Um Olhar Português*, Coimbra: Almedina, 2006.

_____, «A transposição das Directivas n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto, 2006 [10-20].

_____, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável*, Coimbra: Almedina, 2.^a Reimpressão, 2014.

GOMES, Pedro Cerqueira, «The innovative Innovation Partnerships under the new EU directives», in: *Public Procurement Law Review*, Issue 4, 2014T [211-218].

_____, «Contratação pública e inovação – o diálogo possível entre Portugal e a União Europeia», in: *La contratación publica a debate: presente y futuro* (ed. Rafael FERNÁNDEZACEVEDO e Patrícia VALCARCEL FERNÁNDEZ, Civitas, 2014 [521-551].

GONÇALVES, Pedro Costa, «Gestão de contratos públicos em tempo de crise», in: *Estudos de Contratação Pública*, vol. III (coord. Pedro Costa GONÇALVES), Coimbra: Almedina, 2010 [5-49].

_____, «A regulação do mercado da contratação pública», in: *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013 [201-208].

_____, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MARTINS, Licínio Lopes, *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra: Almedina, 2014.

PEREIRA, Pedro Matias / FRANCO, João Soares, «A adjudicação de Contratos Públicos em contexto de crise», in: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2012 [143-165].

PEREIRA, Pedro Matias / GUIMARÃES, Rui Mesquita, «O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos português», in: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 5, Belo Horizonte, 2014 [157-177].

PEREIRA, Pedro Matias, Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 22.05.2014, processo n.º 08837/12, in: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 8, 2014 [no prelo].

PHILLIPS, Wendy / CALDWELL, Nigel / CALLENDER, Guy, «Public procurement – a pillar of good governance?», in: *Public Procurement: internacional cases and commentary* (coord. Louise KNIGHT), Nova Iorque: Routledge, 2007 [138-148].

PIRES, Miguel Lucas «Os Projectos de alteração das Directivas comunitárias relativas aos contratos públicos em geral e aos contratos de concessão em particular», in: *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, Belo Horizonte, 2013 [155-176].

RAIMUNDO, Miguel Assis, «Primeira análise das novas directivas (Parte I)», no prelo (*Revista dos Contratos Públicos*, n.º 9, Coimbra: Coimbra Editora).

RODRIGUES, Nuno Cunha, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra: Almedina, 2013.

ROLFSTAM, Max, «Good Rules or Bad Rules in Public Procurement of Innovation: But is it Really the (Right) Question?», in: *Halduskultuur –*

Administrative Culture 13, [109-129], disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176732

SERRA, Adriano Vaz, «Empreitada», in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 145 (1965). VIANA, Cláudia, *Os Princípios Comunitários da Contratação Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____, «A Globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional», in: *Estudos de Contratação Pública*, vol. I (coord. Pedro Costa GONÇALVES), Coimbra: Almedina, 2009 [23-49].

_____, «A qualificação dos operados económicos nos procedimentos de contratação pública», in: *Estudos de Contratação Pública*, vol. II (coord. Pedro Costa GONÇALVES), Coimbra: Almedina, 2010 [153-196].

-

¹³⁸ Note-se que é o próprio Código dos Contratos Públicos que, a propósito da determinação do valor do contrato, o define como “o valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adoptado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objecto” (cf. artigo 17.º). Sobre a exata concretização do valor do contrato no direito nacional, v. Pedro MATIAS PEREIRA / Rui MESQUITA GUIMARÃES, «O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos português», in: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 5, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, 2014, sobretudo pp. 159-167.

¹³⁹ *Mercado dos contratos públicos* pois, como vem sendo reconhecido, a contratação pública, constituindo um campo que se reconduz ainda “a modelos típicos das formas de atuação administrativa unilateral e de autoridade (v.g., regulamento e ato administrativo), evidencia, em termos reais, um claro recorte económico, próprio de uma atuação de mercado. De facto, a compra de bens e produtos no mercado constitui, por força da natureza das coisas, um momento de intervenção no mercado e de contacto com os agentes que aí oferecem bens e prestam serviços” – cf. Pedro Costa GONÇALVES, «A regulação do mercado da contratação pública», in: *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n.º 3, mar./ago., 2013, p. 201-202.

¹⁴⁰ A relevância da contratação pública na economia situando-se, como se disse, em um quinto do PIB, tem notado uma ligeira retração: de 20% em 2009, desceu para 19,7% em 2010 e em 2011 foi de 19% - cf. *Commission Staff Working Document – Annual Public Procurement Implementation Review*, com a referência SWD(2014) 262 final, de 01.08.2014, p. 5, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement.

¹⁴¹ Valores que fazem da União Europeia o maior mercado de contratos públicos do mundo, em termos monetários absolutos – cf. Nuno CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 193.

¹⁴² De acordo com o artigo 7.º da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (doravante “Diretiva 2004/18”) e com o Regulamento 1251/2011, os limiares comunitários são de € 5.000.000 para contratos de empreitada e de € 130.000 e € 200.000, para contratos de aquisição de serviços e para contratos de locação ou aquisição de móveis, sendo o valor mais baixo relativo às entidades do Sector Público Administrativo e o mais alto é o aplicável aos Organismos de Direito Público.

¹⁴³ Cf. *Comission Staff...*, cit., p. 6.

¹⁴⁴ A obrigação de publicação dos anúncios dos procedimentos no JOUE – tal como todas as obrigações relativas à adjudicação de contratos públicos previstas na Diretiva 2004/18 – aplica-se apenas aos contratos de valor superior aos limiares comunitários (nos termos do artigo 7.º da referida Diretiva).

¹⁴⁵ Cf. «Avaliação do acesso das PME aos mercados dos contratos públicos na União Europeia» (*Evaluation of SME Access to Public Procurement Markets in the EU*), p. 6, disponível (em inglês) em <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/>.

¹⁴⁶ Comparando estes dados com um estudo anterior, realizado em 2007, verifica-se uma descida quanto ao valor dos contratos adjudicados às PME, que era, de acordo com o referido estudo, de 42%; esse estudo – também intitulado *Evaluation of SME Access to Public Procurement Markets in the EU* –, está disponível (em inglês) em http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=3376.

¹⁴⁷ Cf. «Avaliação do acesso...», cit., p. 23.

¹⁴⁸ Cf. *Ibidem*, p. 26.

¹⁴⁹ Do inglês “stimulus spending”, despesa que aproveita o potencial regulador da contratação pública – cf. Pedro Costa GONÇALVES, «Gestão de contratos públicos em tempo de crise», in: *Estudos de Contratação Pública*, vol. III (coord. Pedro Costa GONÇALVES), Coimbra: Almedina, 2010, p. 7. Notando o papel da contratação pública como *atividade estratégica utilizada para prosseguir objetivos públicos*, v. Wendy PHILLIPS / Nigel CALDWELL / Guy CALLENDER, «Public procurement – a pillar of good governance?», in: *Public Procurement: internacional cases and commentary* (coord. Louise KNIGHT), Nova Iorque: Routledge, 2007, p. 146.

¹⁵⁰ A respeito das políticas secundárias na contratação pública, abordando a questão de saber se, pela sua importância, elas não deverão denominar-se, mais impressivamente, de políticas horizontais, v. Pedro CERQUEIRA GOMES, «Contratação pública e inovação – o diálogo possível entre Portugal e a União Europeia», in: *La contratación pública a debate: presente y futuro* (ed. Rafael FERNÁNDEZACEVEDO e Patrícia VALCARCEL FERNÁNDEZ), Civitas, 2014, pp. 524-526.

¹⁵¹ De acordo com o n.º 2, artigo 179º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia “a União incentivará, em todo o seu território, as empresas, incluindo as pequenas e médias empresas, (...) tendo especialmente por objectivo dar (...) às empresas a possibilidade de explorarem

plenamente as potencialidades do mercado interno, através, nomeadamente, da abertura dos concursos públicos nacionais”. Sobre a evolução do direito europeu nesta matéria, v. Maria João ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos: Um Olhar Português*, 2004, p. 35 a 53, e, da mesma Autora, «A transposição das Directivas n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto, 2006, pp. 10 e ss.. Para uma análise sobre um espectro mais largo, v. Cláudia VIANA, “A Globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional”, in: *Estudos de Contratação Pública*, vol. I (coord. Pedro Costa GONÇALVES), Coimbra: Almedina, 2009, pp. 23 a 49. Notando, já em 1998, como o objetivo do mercado comum é o resultado de “[um processo] já longo, regista numerosas e variadas experiências e, na fase actual (madura de 40 anos), pode dizer-se que, apesar de tudo tem sido bem sucedido”, v. Jorge COUTINHO DE ABREU, «Aspectos do Direito Económico da União Europeia (apontamentos a propósito do diálogo U.E. – MERCOSUL)», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXIV, p. 721.

¹⁵² Notando como “neste setor, ao direito administrativo (dos contratos públicos) cabe o papel de se adaptar às condições de contexto”, cf. Pedro Costa GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 44.

¹⁵³ Criticando a opção de não integrar, logo nas Diretivas de 2004, a promoção de políticas secundárias ou horizontais como “ferramenta de combate à crise económica”, v. Nuno CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública...*, p. 211-214.

¹⁵⁴ Neste mesmo sentido, a propósito da análise das propostas de revisão das diretivas da contratação pública, cf. Pedro MATIAS PEREIRA / João SOARES FRANCO, «A adjudicação de Contratos Públicos em contexto de crise», in: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 151. Notando igualmente como “a participação das PME’s nos processos de contratação pública constitui um dos factores essenciais de coesão económica e social, a nível nacional e europeu, devido à contribuição decisiva para o emprego e para a viabilidade económica e social”, v. Nuno CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública...*, p. 280.

¹⁵⁵ Cf. o estudo do Instituto Nacional de Estatística intitulado *Empresas em Portugal 2010*, p. 10, disponível em www.ine.pt.

¹⁵⁶ Cf. *Ibidem*, p. 16.

¹⁵⁷ Cf. *Ibidem*, p. 12. No caso dos EUA, os 22 milhões de PME existentes “empregam cerca de metade da força de trabalho a nível nacional”, de acordo com Licínio LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 166.

¹⁵⁸ Cf. o *Annual Report on European SMEs 2013/2014 – A Partial and Fragile Recovery*, p. 6, publicado em Julho de 2014 e disponível em http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/factsfigures-analysis/index_en.htm.

¹⁵⁹ Cf. *Ibidem*, p. 16.

¹⁶⁰ Cf. o *Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos*, com a referência SEC(2008)2193, p. 4, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/. Notando a permanência do mesmo facto aquando da publicação das propostas de revisão das Diretivas relativas à contratação pública, v. Miguel LUCAS PIRES, «Os Projectos de alteração das Directivas comunitárias relativas aos contratos públicos em geral e aos contratos de concessão em particular», in: *Revista de Contratos Públicos* n.º 2, 2013, Belo Horizonte, 2013. A menor participação das PME nos contratos públicos põe em relevo o problema da regulação *indireta* (ou regulação pela contratação), uma vez que o potencial regulador que através dos contratos públicos é realizado só “produz efeitos, na maior parte das situações, relativamente às empresas que *efectivamente* contratam com o Estado, deixando as restantes de fora” – cf. Nuno CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública...*, p. 227.

¹⁶¹ Cf. a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, «*Think Small First*», Um «*Small Business Act*» para a Europa, com a referência COM(2008) 394 final, disponível em <http://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0394&from=PT>. Este documento segue a tradição estadunidense nesta matéria, país onde a promoção da contratação pública a favor das PME se encontra institucionalizada numa Agência federal, a *Small Business Administration*.

¹⁶² Cf. a Comunicação «*Think Small First*», Um “Small Business Act” para a Europa, cit., p. 11.

¹⁶³ Cf. *Ibidem*, pp. 11-12.

¹⁶⁴ Retomando o exemplo dos EUA, a *Small Business Administration* “tem organizado, em todo o território dos EUA, serviços de consultoria e assistência para PME, nomeadamente em matéria de contratos públicos. O SBA oferece formação e consultoria, incluindo colaboração com centros de desenvolvimento de negócios” – cf. Licínio LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas:...*, cit., nota 260.

¹⁶⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18.10.2012, processo C-218/11, onde se refere, impressivamente, que “uma entidade adjudicante está autorizada a exigir um nível mínimo de capacidade económica e financeira por referência a um ou vários elementos específicos do balanço, desde que estes sejam objetivamente adequados a dar informação sobre esta capacidade por parte de um operador económico e que este nível esteja ajustado à importância do contrato em questão, no sentido de que constitui objetivamente um indício positivo da existência de uma base económica e financeira bastante para levar a bom termo a execução deste contrato, sem, todavia, ir além do que é razoavelmente necessário para esse fim” (sublinhado nosso).

¹⁶⁶ A este propósito e analisando criticamente o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, proferido no processo n.º 1327/09, v. Diogo DUARTE DE CAMPOS / Carla MACHADO, «Condições de participação em procedimento concursal (Ac. no proc. n.º 1327/09 do TCA-N)», in: *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2 (Maio-Agosto 2011), Coimbra: Coimbra Editora, sobretudo pp. 145-146. A respeito do mesmo tema e referindo como se deve ter presente que “as exigências feitas pela entidade adjudicante aos operadores económicos devem ser proporcionais e adequadas ao objecto do contrato”, v. Cláudia VIANA, «A qualificação dos operados económicos nos

procedimentos de contratação pública», in: *Estudos de Contratação Pública*, vol. II (coord. Pedro Costa GONÇALVES), Coimbra: Almedina, 2010, p. 170.

¹⁶⁷ Este terá sido também um dos objetivos que se pretendem atingir com a previsão do artigo 58.º, n.º 3, § 2.º da nova Diretiva, que determina, a propósito dos critérios de seleção dos candidatos que “o volume de negócios anual mínimo que é exigido aos operadores económicos não pode exceder o dobro do valor estimado do contrato, salvo em casos devidamente justificados como os que se prendem com os riscos especiais associados à natureza das obras, serviços ou fornecimentos”. Notando o benefício que isso pode significar para as PME e como a alteração representa uma concretização do princípio da proporcionalidade, v. Miguel ASSIS RAIMUNDO, «Primeira análise das novas directivas (Parte I)», no prelo.

¹⁶⁸ Cf. Comunicação da Comissão Europa 2020 – *Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, com a referência COM(2010) 2020 final, disponível em http://ec.europa.eu/europe2020/index_pt.htm; a Comunicação refere-se, de modo impressivo e a propósito do desígnio “Uma União de Inovação”, à necessidade de “melhorar as condições gerais para que as empresas inovem”, nomeadamente através da utilização plena de políticas de estímulo à procura [de soluções inovadoras], por exemplo através da contratação pública” – cf. p. 15 da Comunicação.

¹⁶⁹ Neste sentido, referindo como no quadro da Estratégia Europa 2020 se concluiu pela “necessidade de a legislação existente em matéria de contratos públicos ter de ser revista e modernizada de modo a dar respostas adequadas ao atual contexto político, social e económico na Europa”, cf. Maria João ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável*, Coimbra: Almedina, 2.ª Reimpressão, 2014, p. 117.

¹⁷⁰ Veja-se, por exemplo, o movimento – que acabou por não ser efetivado – relativo à restrição no acesso de países terceiros a este mercado iniciado com uma proposta de Regulamento nesse sentido consubstanciada na COM(2012) 124 final, de 21.03.2012, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/201457>; sobre esta proposta de regulamento, notando como “a União Europeia começa[va] a dar os primeiros e tímidos passos no sentido de restringir o acesso ao mercado europeu visando, com isso, garantir o acesso dos operadores económicos a mercados externos (muito mais do que os proteger em procedimento concorrenciais adotados na União Europeia”, v. Pedro MATIAS PEREIRA / João SOARES FRANCO, «A adjudicação...», cit., pp. 162-163.

¹⁷¹ A Diretiva 2014/24/UE faz parte do conjunto de diretivas publicadas no JO L/94, de 28 de Março de 2014, de Fevereiro de 2014. Além da Diretiva 2014/24/UE, foram publicadas as Diretivas n.ºs 2014/23/UE (relativa à adjudicação de contratos de concessão) e 2014/25/UE (relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE), todas de 26 de Fevereiro de 2014.

¹⁷² Dada a semelhança entre a Diretiva 2004/24/CE e a Diretiva 2014/24/CE no que diz respeito às questões que abordaremos de seguida, iremos cingir o nosso estudo à análise da primeira das

diretivas enunciadas – a 2004/24/CE –, pelo que as referências à “Diretiva” neste texto dirão respeito a esse diploma que regula a contratação pública nos sectores gerais.

¹⁷³ Trata-se da Recomendação da Comissão de 06.05.2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas, publicada no JOUE de 20.5.2003. De acordo com n.º 1 do artigo 2.º do Anexo à comunicação, “a categoria das micro, pequenas e médias empresas (PME) é constituída por empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros”.

¹⁷⁴ Notando como as medidas anteriores às Diretivas de 2014 – nomeadamente as Diretivas de 2004 – não “[privilegiavam] especificamente as PME, antes procurando, em cooperação com os Estados-membros, implementar soluções e medidas de carácter geral, que possam beneficiar as PME”, v. Cláudia VIANA, *Os Princípios Comunitários da Contratação Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 68. Os avanços das Diretivas de 2014 estão ainda longe do regime vigente nos EUA em que se estabelecem quotas de entre 5% e 10% da despesa total anual dos departamentos federais destinadas a PME, obrigando-se a Administração a justificar/fundamentar as razões no sentido de não reservar certos tipos de contratos para PME – explicando esta realidade e os mecanismos (de reserva total ou parcial) dos contratos, v. Licínio LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas*:..., cit. p. 167-168. Na Diretiva a reserva de contratos está prevista nos artigo 20.º e 77.º; no primeiro dos artigos autoriza-se os Estados Membros a reservar o direito de participar em procedimentos de contratação a “entidades e a operadores económicos cujo objetivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de emprego protegido, desde que pelo menos 30% dos empregados dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos” (cf. n.º 1 do referido artigo), pelo que o Direito da União Europeia continua afastado da prática adotada pelas Agências estadunidenses no que às PME diz respeito.

¹⁷⁵ Evidenciando como a alteração do direito europeu da contratação pública constitui apenas uma (pequena) parte do puzzle da falta de inovação na economia europeia, cf. Max ROLFSTAM, «Good Rules or Bad Rules in Public Procurement of Innovation: But is it Really the (Right) Question?», in: *Halduskultuur – Administrative Culture* 13 (2), pp. 109-129, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176732.

¹⁷⁶ Neste sentido, ainda a propósito das propostas de revisão das Diretivas, v. Pedro MATIAS PEREIRA / João SOARES FRANCO, «A adjudicação...», cit., p. 147. Acrescentando a estas vantagens económicas, outras que adviriam ao bem-estar social, v. Pedro CERQUEIRA GOMES, «The innovative Innovation Partnerships under the new EU directives», in: *Public Procurement Law Review*, Issue 4, 2014T, p. 218.

¹⁷⁷ Cf. IDEM, *Ibidem*, pp. 214-215.

¹⁷⁸ Neste sentido, v. IDEM, *Ibidem*, pp. 216-217.

¹⁷⁹ Neste mesmo sentido, v. IDEM, *Ibidem*, nota 14.

¹⁸⁰ Notando como o *breaking up* de contratos encoraja a participação de empresas mais pequenas, v. SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*,

Sweet & Maxwell, 3.^a edição, 2014, p. 470.

¹⁸¹ A este propósito, notando como, em consequência dos limiares comunitários elevados, “só muito dificilmente é que as PME podem aceder a esses contratos, salvo se se organizarem através de formas de cooperação empresarial”, v. Cláudia VIANA, *Os Princípios...*, cit., p. 72.

¹⁸² Cf. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos com a referência COM/2011/0896 final - 2011/0438 (COD), disponível em <http://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011PC0896>.

¹⁸³ Cf., da autora citada, *The Law ...*, cit., p. 470.

¹⁸⁴ O Código francês – *Code des Marchés Publics* – consagrava (já e antes de qualquer consagração no Direito da União Europeia) um princípio de divisão em lotes (cf. artigo 10.º do referido Código).

¹⁸⁵ Notando como esta ressalva “parece dever ser entendida no sentido de que a obrigatoriedade de divisão em lotes não pode significar que fiquem postos em causa os objectivos das directivas de contribuir para a construção do mercado interno: é fácil equacionar situações em que uma obrigação genérica de divisão em lotes, particularmente se houvesse limites máximos ao valor de cada um, poderia reduzir o valor de cada lote de tal modo que limitasse significativamente o interesse de qualquer agente económico de outro Estado em responder a procedimentos nesse Estado Membro”, cf. Miguel ASSIS RAIMUNDO, «Primeira análise...», cit.. Indo mais longe e avançando mesmo que regras no sentido da imposição de um dever de divisão de contratos podem configurar uma restrição ao comércio contrária às liberdades de circulação, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 471.

¹⁸⁶ Neste sentido, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., pp. 470-471.

¹⁸⁷ Notando essa necessidade, v. IDEM, *Ibidem*, p. 1299.

¹⁸⁸ Neste sentido, Miguel ASSIS RAIMUNDO, «Primeira análise...», cit..

¹⁸⁹ Outras normas relevantes e demonstradoras da objetivo de aligeirar os ónus documentais dos concorrentes e adjudicatários são as previstas no n.º 5 do artigo 59.º da Diretiva; aí se estabelece, por exemplo, a proibição de uma entidade adjudicante exigir nova apresentação de documentos dos concorrentes que já tenham o tenham feito perante si em procedimentos anteriores ou de documentos que constem de bases de dados oficiais. Discutindo como esta previsão pode originar a obrigação da entidade adjudicante reter os documentos apresentados (nomeadamente o DEUCP), v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., pp. 1308-1310.

¹⁹⁰ Cf. artigo 59.º da já referida Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos com a referência COM/2011/0896 final - 2011/0438 (COD).

¹⁹¹ Cf., embora a propósito de outras regras de Direito da União Europeia (também promotoras da livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais), Jorge COUTINHO DE ABREU, «Aspectos do Direito Económico...», cit., p. 718-719.

¹⁹² Cf. Cláudia VIANA, *Os Princípios...*, cit., p. 69. A propósito da existência, no direito da contratação pública dos EUA, de uma “**obrigação legal**” que impende sobre as grandes empresas de

subcontratar pelo menos uma parte da execução dos contratos que sejam adjudicados a pequenas e médias empresas (PME)”, v. Licínio LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas:...*, cit., pp. 166-167.

¹⁹³ Cf. artigo 15.º da Diretiva 2004/18/CE e artigo 37.º da Diretiva 2004/17/CE, disposições com tradução no artigo 288.º, onde se prevê a manutenção da responsabilidade de cocontratante principal, independentemente da subcontratação. Previa-se, ainda, no que respeitava aos contratos de concessão de obras públicas, que a entidade adjudicante pudesse “impor ao concessionário das obras públicas que confie a terceiros a execução de contratos que representem uma percentagem mínima de 30% do valor global das obras que são objecto da concessão, prevendo simultaneamente a possibilidade de os candidatos aumentarem essa percentagem” – cf. alínea a) do artigo 60.º da Diretiva 2004/18/CE. Este silêncio do Direito da União Europeia foi, aliás, notado pelo Parlamento Europeu na sua Resolução B7-0285/2011, onde era solicitado à Comissão Europeia que, no âmbito dos trabalhos de revisão das Diretivas da contratação pública, avaliasse especificamente se seriam necessárias mais regras para a adjudicação de subcontratos, procurando evitar que as PME tivessem, na qualidade de subcontratadas, condições menos favoráveis que os contratantes principais do contraente público – sobre o tema, v. Licínio LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas:...*, cit., nota 265.

¹⁹⁴ Outra medida importante a respeito da subcontratação vem referida no considerando 105 e é depois materializada dos números 5 a 6 do artigo 71.º, consistindo no maior controlo e responsabilização do subcontratado perante a entidade adjudicante, incluindo a verificação, por esta última, da existência de motivos de exclusão em relação aos subcontratados (trata-se aqui dos mesmos motivos de exclusão aplicáveis aos cocontratantes principais nos termos do artigo 57.º da Diretiva, verificados em sede de apresentação de documentos de habilitação).

¹⁹⁵ Nas palavras do nosso Supremo Tribunal Administrativo, “a acção directa pressupõe o vencimento de ambas as prestações por parte de ambos os devedores, ou seja, o débito do empreiteiro para com a subempreiteira e o débito do dono da obra para com o empreiteiro” – cf. Acórdão de 31.05.2005, processo n.º 585/05.

¹⁹⁶ Como já tivemos ocasião de notar “Apesar de ser um mecanismo aparentemente simples, a verdade é que levantava (e continua a levantar) inúmeros problemas práticos de relacionamento contratual entre as partes na empreitada, uma vez que colocava em relação direta o dono de obra e um subempreiteiro que ele não escolheu (e a cuja escolha só se podia opor se o empreiteiro não tivesse condições – alvará, designadamente – para a execução da obra, nos termos do artigo 266.º, n.º 6 do RJEOP)”; cf. a nossa anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 22.05.2014, processo n.º 08837/12, in: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 8, 2014, no prelo.

¹⁹⁷ Cf. Adriano VAZ SERRA, “Empreitada”, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 145 (1965), pp. 116 e 117.

¹⁹⁸ Apesar de aquele expediente não estar previsto no CCP, as entidades adjudicantes eram livres de o prever nos contratos que firmassem; no limite, mesmo isso não estivesse previsto, seria possível equacionar uma medida desse género de forma contratualizada com o cocontratante principal: no caso de este consentir no pagamento ao subcontratado e consequente faturação pelo cocontratante principal do valor devido pelo contraente público deduzido do valor pago por este ao subcontratado,

a obrigação do contraente público perante o cocontratante principal seria extinta (no montante da diferença) [cf. alíneas a) e b) do artigo 770.º do Código Civil, aplicável subsidiariamente *ex vi* artigo 280.º, n.º 3, *in fine*, do CCP].

A POLÍTICA EUROPEIA DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO – O REGULAMENTO *GRANDFATHERING* E A ARTICULAÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE A UNIÃO EUROPEIA E OS ESTADOS-MEMBROS PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO

Maria João Palma¹⁹⁹

Parte I - Introdução

A celebração do primeiro Acordo Bilateral de Investimento remonta a 1959, por altura da assinatura do primeiro BIT (*Bilateral Investment Treaty*)²⁰⁰ entre a República Federal da Alemanha e o Paquistão²⁰¹. Desde então, o número de acordos celebrados a nível mundial aumentou para, aproximadamente, 2800 BITs, dos quais cerca de metade foram celebrados por Estados-Membros da União Europeia²⁰².

Os Acordos Bilaterais de Investimento têm por objetivo assegurar garantias mínimas aos investimentos e aos investidores de uma parte contratante no território da outra parte contratante (“*level playing field*”).²⁰³ Essas garantias consubstanciam, por um lado, um conjunto de direitos substantivos que são assegurados aos investidores (como a regra do tratamento nacional ou o direito a indemnização em caso de expropriação),

mas, também, o acesso à arbitragem internacional cujo rol já extenso de decisões terá dado origem a um *novo ambiente de aprendizagem*²⁰⁴, não só para os intérpretes e aplicadores dos acordos mas, desde logo, para os próprios negociadores dos mesmos.

1. Bilateralismo versus Regionalismo

No fim de 2011, o universo de Acordos Internacionais de Investimento (IIAs, sigla inglesa) contava 3.164 acordos, o qual incluía 2.833 BITs e 331 “outros IIAs, incluindo sobretudo zonas de comércio livre contendo disposições sobre investimento, acordos de cooperação económica e acordos regionais ...”. No total, durante o ano de 2011 foram assinados 47 IIA, dos quais 33 BITs e 14 outros IIAs²⁰⁵.

Em termos quantitativos, os BITs continuam a prevalecer, contudo, em termos de impacto económico, o regionalismo torna-se cada vez mais importante. O aumento do peso económico dos Tratados regionais é notório desde a conclusão da negociação da zona de comércio livre entre o México, Canadá e Estados Unidos (NAFTA)²⁰⁶, a qual incluiu um capítulo sobre investimento; evidenciado, também, pelas negociações em curso do Acordo de Comércio Livre TransPacífico (TPP Agreement)²⁰⁷; pelos desenvolvimentos no ASEAN²⁰⁸; a nível da União Europeia, pelo facto de a Comissão Europeia estar atualmente a negociar acordos sobre investimento em nome da União Europeia e de todos os EM, *inter alia*, com o Canadá, Singapura e Índia²⁰⁹.

Mais recentemente, em março de 2013, saliente-se a proposta americana de constituição de uma zona de comércio livre entre os Estados Unidos e a União Europeia de negociação de um acordo Compreensivo sobre Comércio e Investimento (TTIP)²¹⁰ e a abertura oficial das negociações para uma Zona de Comércio Livre, incluindo disposições sobre investimento, entre a UE e o Japão²¹¹.

Na maioria dos casos, os acordos regionais são zonas de comércio livre (*Free Trade Area*, FTA, na sigla inglesa), abordando não só o comércio mas

também o investimento, respondendo de forma mais adequada à atual realidade económica em que ambas as dimensões estão intimamente interligadas. Esta abordagem deverá permitir uma consolidação e harmonização das regras sobre investimento e representar um passo em direção ao multilateralismo. De salientar, porém, o possível *efeito perverso* de, em virtude de os novos Tratados não conterem regras que disciplinem a cessação da vigência dos Tratados anteriores (*phase-out*), o resultado ser o inverso e se dar um agravamento da complexidade da rede de IIA, com sobreposições e inconsistências²¹².

Tendo como objetivo prevenir este efeito e, na decorrência da assunção, após o Tratado de Lisboa, por parte da União Europeia (UE), de uma nova competência para a celebração de acordos internacionais em matéria de Investimento Direto Estrangeiro (IDE), aquela aprovou regras precisas que disciplinarão a sucessão no tempo entre os BITs nacionais e os BITs da UE através do Regulamento sobre Disposições Transitórias (Regulamento *Grandfathering* *infra*²¹³).

2. O conteúdo de um BIT “típico”

No que se refere à proteção de investimento²¹⁴, os BITs incluem, *inter alia*, disposições sobre “tratamento justo e equitativo”, “não discriminação” – subdividida em duas vertentes: “Nação Mais Favorecida” (NMF) e “Tratamento Nacional” (TN), – “expropriação” e “compensação por danos”, “liberdade de transferências” e “sistema de resolução de litígios”, sendo este último estruturado quer numa vertente inter-estadual, quer numa vertente investidor Estado, admitindo-se um variado leque de remissões para tribunais arbitrais, de onde sobressai a remissão para o Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimento (CIRDI, Washington)²¹⁵.

Na doutrina, distinguindo o Modelo americano e o Modelo europeu, *vide* Patricia Nacimiento na introdução ao painel “BITs around the world”, *in* *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 24, 2, 2009, p. 366.

Salientamos o nível bastante pormenorizado do clausulado no primeiro caso face ao segundo. Essa diferença deve-se a uma tentativa de blindagem do Modelo americano de forma a enfrentar as modernas tendências litigantes das empresas multinacionais, de forma a salvaguardar os interesses do Estado recetor dos investimentos (ex. a cláusula *denial of benefits* ou a introdução da exigência de “*in like circumstances*” no tratamento nacional e na NMF). Atualmente, ao nível da negociação dos acordos internacionais que a UE tem em curso fala-se de uma eventual *naftização* do Modelo UE, ao se avaliar a possível inclusão de cláusulas e/ou requisitos, até então não usuais ao nível dos BITs dos EM.

Todo este conjunto de disposições visa assegurar, de modo recíproco, a proteção dos investidores e dos seus investimentos no território da contraparte contra eventuais danos causados pelo Estado recetor do investimento, sendo de salientar que, a par de direitos substantivos (*maxime*, NMF e TN), o acesso à arbitragem internacional em alternativa aos tribunais nacionais é, também, uma forma de reforçar essa proteção ao garantir de forma acrescida uma apreciação imparcial de uma contenda, sobretudo em destinos considerados de *risco político*²¹⁶.

Parte II - As novas competências da União Europeia em matéria de Investimento Direto Estrangeiro após o Tratado de Lisboa

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em dezembro de 2009, o artigo 207º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) passou, através do alargamento do âmbito da política comercial comum (PCC) ao Investimento Direto Estrangeiro (IDE), a atribuir competência exclusiva à UE nesta matéria (*vide*, artigo 3º, alínea e) do TFUE)²¹⁷. Esta inclusão do IDE no âmbito da PCC trouxe, *prima facie*, como consequência o afastamento dos Estados-Membros destas matérias (*vide*, artigo 2º do TFUE)²¹⁸. Note-se, porém, que o nº 1 da parte final do dito normativo permite a habilitação dos Estados-Membros por parte da UE em situações pontuais.

Após a inclusão do IDE no âmbito da PCC várias questões foram, desde logo, colocadas, das quais destacamos as seguintes:

1.1. Em primeiro lugar, a questão de saber qual o *status quo* dos BITs nacionais celebrados até então (“*BITs existentes*”, como passariam a ser designados no jargão da UE), uma vez que o artigo 207º do TFUE nada dispunha sobre os mesmos²¹⁹.

1.2. Em segundo lugar, a questão de saber se os Estados-Membros poderiam ser habilitados a celebrar BITs (“*BITs futuros*”), a par dos BITs da UE.

1.3. E, por fim, saber se, no caso de a UE vir a celebrar Acordos que envolvessem IDE e questões colaterais (*portfolio*, expropriação, indemnização por danos - matérias normalmente abrangidas pelos BITs nacionais), a competência exclusiva da UE abrangeria, também, esses aspetos, ou, deveria enveredar-se pela solução da celebração de acordos mistos, i.e., acordos celebrados conjuntamente pela UE e pelos EM.

Um alinhavo às respostas a dar à primeira e segunda questões será dado mais à frente, por ora, importa tecer as seguintes considerações: a abrangência de uma política exclusiva é ditada pela determinação do seu âmbito e, para podermos apurar com segurança quem deverá figurar como outorgante nos futuros acordos da UE que incluam disposições sobre proteção de investimento, convém definir, previamente, o alcance do conceito de IDE, pois é este que nos dará a exata medida da ação da UE por si só²²⁰.

Para este efeito, é importante começar por estabelecer uma distinção entre IDE e *portfolio*, dois tipos diferentes de investimento abrangidos usualmente pelos BITs celebrados pelos Estados, tendo, nomeadamente, em consideração a jurisprudência do Tribunal de Justiça (TJUE) que já se pronunciou sobre esta distinção, de forma a, assim, determinar o alcance da exclusividade da competência da UE decorrente do artigo 207º do TFUE.

1. A definição de Investimento Direto Estrangeiro

Muito embora não esteja incluída qualquer definição de IDE no artigo 207º do TFUE ou em qualquer outra disposição dos Tratados, a verdade é que a jurisprudência do TJUE tem-se referido, de modo consistente, à definição contida no Anexo I da Diretiva 88/361 de 24 de junho de 1988²²¹, da qual resulta que o IDE supõe o estabelecimento ou manutenção por parte do investidor com o *host state* de laços duradouros²²².

Assim, deve assumir-se que, utilizando o artigo 207º do TFUE a expressão investimento direto, aí se encontram albergados apenas os investimentos com as características *supra* identificadas, daí devendo ser extraídas as devidas conclusões em termos de competência de atuação por parte da UE – esta será apenas exclusivamente competente para aprovar direito interno de implementação da política comercial comum cujo escopo seja o IDE (artigo 207º, nº 2 do TFUE) ou para a celebração de acordos internacionais com idêntico objeto, isto é, visando também apenas IDE (artigo 207º, nº 1 do TFUE).

Nesta medida, o investimento indireto²²³ ou de *portfolio* será uma competência partilhada, o que determina que:

1. Tratando-se da aprovação de direito derivado (regulamentos, diretivas) e estando em causa o investimento indireto, a competência é partilhada e a atuação da UE deve obediência ao princípio da subsidiariedade²²⁴ (artigo 5º, nº 3 do TUE, articulado com o artigo 4º do TFUE, alínea a) sobre o mercado interno – *in casu*, livre circulação de capitais, artigo 63º e segs. do TFUE)²²⁵.

2. Dizendo o ato respeito em simultâneo a IDE e *portfolio*, a escolha da base jurídica implica o recurso a uma dupla base jurídica, artigo 64º, nº 2 e 207º, nº 2 do TFUE com recurso ao processo legislativo ordinário, previsto em ambas as bases jurídicas²²⁶.

3. Tratando-se da celebração de Acordos Internacionais que envolvam quer investimento direto, quer investimento indireto, os acordos deverão assumir as vestes de acordos mistos, i.e., a outorga de mandato à Comissão para levar a cabo as negociações e a celebração do acordo devem ser feitas pelo Conselho conjuntamente em nome da UE e dos EM.^{227 228}

Para o efeito, um acordo desta natureza deverá basear-se não só na norma que prevê o procedimento, artigo 218º, nº 3 e nº 4 do TFUE mas, também, nas bases substantivas dos artigos 207º e 63º, ambos do TFUE.

Acresce referir que a natureza mista do acordo²²⁹ decorre não só do facto de estarem envolvidas competências exclusivas, a par de partilhadas mas, também, do facto de o acordo envolver competências reservadas aos EM, *inter alia*, expropriação (*infra*), resolução de litígios (conexos com as competências dos EM) ou restrições aos movimentos de capitais decididas ao abrigo do artigo 65º, nº 1 do TFUE, tais como medidas para repor a ordem pública ou a segurança pública.

A avaliação da natureza exclusiva ou mista do acordo deve ser feita de modo casuístico, tudo dependendo das matérias que o mesmo vise regular, o que determinará uma maior ou menor necessidade de fundamentação em várias bases jurídicas²³⁰.

PARTE III - A convivência entre BITs nacionais e Acordos de Investimento da União Europeia: o Regulamento *Grandfathering*

Uma vez que o artigo 207º do TFUE não contém qualquer disposição que preveja um período transitório que assegure a vigência dos BITs nacionais até à sua substituição pelos Acordos de Investimento da UE e, sob pena de lhes ser aplicável o artigo 351º do TFUE,²³¹ do qual resultaria, no limite, a obrigatoriedade de denúncia por parte dos EM dos referidos acordos em virtude da alteração da titularidade da competência relativa ao IDE²³², foi necessário regular a questão através de um outro instrumento normativo.

In casu, viria a ser aprovado o Regulamento (UE) nº 1219/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012²³³, o qual estabelece disposições transitórias para os acordos bilaterais de investimento celebrados entre os EM e os países terceiros.

1. Os antecedentes – a Proposta da Comissão e a tese dos poderes implícitos

A Proposta apresentada pela Comissão que esteve na base da aprovação do Regulamento *Grandfathering*²³⁴ surge alicerçada apenas no artigo 207º do TFUE o que poderia, à partida, ter subjacente a negação, por parte daquela, da distinção entre IDE e *portfolio*, assim se explicando a tese da competência exclusiva que, aparentemente, viria a vingar na redação final do dito diploma. De facto, quer na Exposição de Motivos, quer no Preâmbulo da Proposta, a Comissão não procede a qualquer distinção entre os conceitos, sempre se referindo, unicamente, ao IDE como parte da PCC e fundamentando a Proposta, apenas, nos artigos 207º, nº 1, artigo 3º, nº 1, alínea e) e artigo 2º do TFUE.

Note-se porém que, a tese da Comissão não se baseia na negação da distinção entre IDE e *portfolio*, mas sim na defesa de uma teoria de poderes implícitos, sustentada, inicialmente, pela Comissão em junho de 2010, na Comunicação sobre a Política Europeia de Investimento²³⁵, com a seguinte argumentação:

“While investors have a key interest in establishing and controlling their assets abroad, such direct investments will always give rise to additional transfers, like for example the repatriation of profits. It is important that a common international investment policy not only enables the execution of a direct investment itself – the acquisition of a foreign enterprise or the establishment of one - but also that it enables and protects all the operations that accompany that investment and make it possible in practice: payments, the protection of intangible

assets such as Intellectual Property Rights, etc. In this respect, the articulation of investment policy should be consistent with the Treaty's Chapter on capital and payments (Articles 63-66 TFEU), which provides that, in principle, all restrictions on payments and capital movements, including those involving direct as well as portfolio investments, both between Member States and between Member States and third countries, are prohibited. That chapter does not expressly provide for the possibility to conclude international agreements on investment, including portfolio investment. However, to the extent that international agreements on investment affect the scope of the common rules set by the Treaty's Chapter on capitals and payments, the exclusive Union competence to conclude agreements in this area would be implied.”²³⁶.

Esta posição é retomada na Exposição de Motivos que alicerça a Proposta de um Regulamento sobre Repartição de Responsabilidade Financeira (RRF) ²³⁷ onde a Comissão refere: “ *The Commission takes the view that the Union has exclusive competence to conclude agreements covering all matters relating to foreign investment, that is both foreign direct investment and portfolio investment. Article 207 of the Treaty on the Functioning of the European Union ("TFEU") provides the exclusive competence for foreign direct investment. The Union's competence for portfolio investment stems, in the Commission's view, from Article 63 TFEU. That article provides that the movement of capital between Member States of the Union and third countries is to be free of restrictions. Article 3(2) TFEU provides for the exclusive competence of the Union whenever rules included in an international agreement "may affect common rules or alter their scope". In the Commission's view, the Union must have exclusive competence also over matters of portfolio investment since the rules being envisaged, which would apply indistinctly to portfolio investment, may affect the common rules on capital movement set down in Article 63 of the Treaty*”.

Porém, o artigo 63º do TFUE, aliás, todo o capítulo referente à livre circulação de capitais, ao regular uma das quatro liberdades, traves mestras do mercado interno que é, em si, classificado como competência partilhada pelo artigo 4º, nº 2, alínea a) do TFUE – não contém, contrariamente ao afirmado pela Comissão, a regulação de quaisquer regras comuns cuja coerência possa ser afetada pela adoção de regras no plano internacional de modo a justificar a projeção da exclusividade da competência no plano interno, para o plano externo (jurisprudência AETR, constitucionalizada pelo Tratado de Lisboa através da redação dada ao artigo 3º, nº 2, *in fine*, do TFUE)²³⁸.

Em nosso entender, para que se verifique este efeito de exclusividade projetada para o exterior, a Comissão teria de demonstrar que a competência interna seria exclusiva, muito embora não se tivesse previsto no Tratado a correspondente competência externa, ou que, mesmo tratando-se de uma competência partilhada, esta ter-se-ia tornado exclusiva em virtude de um *efeito de preempção* – o qual ocorre quando a UE, em sede de competências partilhadas, ocupa todo o espaço normativo relativo a uma determinada matéria em virtude de conquistar capacidade regulatória por sucessivos ganhos do teste de subsidiariedade face aos EM²³⁹.

Ora, as matérias cobertas pelos acordos atualmente em negociação (*supra*) envolvem regras relativas à admissão do investimento *lato sensu* e regras relativas à proteção dos investimentos, incluindo normas sobre litígios. Enfatize-se, porém, que, de momento, a UE tem apenas regras que respeitam à admissão de certos tipos de investimentos (pré-estabelecimento) mas não tem, ainda, regras sobre proteção de investimento.

Esta lacuna ao nível da regulamentação do bloco normativo em torno das questões aqui em causa torna indefensável a *tese dos poderes implícitos* perfilhada pela Comissão, a qual necessitaria para ser operativa da demonstração de ocupação do espaço normativo que, sublinhe-se, ainda não se verificou, o que nos leva a defender a natureza partilhada das matérias relativas ao investimento indireto, quer no plano interno (Regulamento

Grandfathering e RRF), quer no plano externo para a negociação e celebração dos acordos *supra* referidos.

Perante o exposto, podemos concluir que há um salto lógico no raciocínio da Comissão, a qual, omitindo a etapa intermédia da demonstração que consistiria em provar que estamos perante *regras comuns*, muito embora o Tratado as classifique de partilhadas mas que, em virtude do efeito de *preempção* se teriam transformado em exclusivas, para, aí sim, cumprida essa etapa, se poder avançar para a fase seguinte em direção à conclusão no sentido da projeção da competência para o exterior.

Ora, a Comissão refere apenas os poderes implícitos exclusivos externos sem demonstrar que a competência interna se teria tornado exclusiva em virtude do tal efeito de *preempção*, pretendendo retirar uma competência externa exclusiva de uma competência interna partilhada, em contradição com a *simetria* ditada pelo *princípio do paralelismo*, no qual se baseia a *teoria dos poderes implícitos*.

Em suma, não questionamos a bondade dos argumentos da Comissão em prol da eventual necessidade de uma abrangência alargada do âmbito da política de investimento. Todavia, tal ensejo só será, em nossa opinião, concretizável quando os EM – ainda, *Les Maîtres des Traités* – decidirem, em sede de revisão dos Tratados que, daí em diante, o artigo 207º do TFUE se refere a “Investimento Estrangeiro” *lato senso*, devendo, para o efeito, ser retirada a referência a “*direto*” do preceito em causa.

2. A controversa base jurídica do Regulamento *Grandfathering*

Sobre o Regulamento *Grandfathering*, em vigor desde 9 de janeiro de 2013, cumpre tecer várias considerações.

Desde logo, a questão da base jurídica elegida para a aprovação do Regulamento: os BITs nacionais vão além de questões estritamente relacionadas com o IDE, contêm disposições sobre *portfolio*, expropriações, propriedade intelectual, compensação por danos, resolução de litígios. Nessa medida e, uma vez que estão em causa quer questões de competência partilhada, como é o caso do *portfolio (supra)*, quer questões do foro nacional, como a expropriação ou a compensação por danos, entendemos que o Regulamento não poderia ter sido baseado apenas no artigo 207º do TFUE. Na verdade, parece-nos que nem sequer o Regulamento alicerçado em outras bases jurídicas adicionais²⁴⁰, como os artigos 63º e seguintes do TFUE para o *portfolio* e/ou o artigo 352º do TFUE (chamada *cláusula de flexibilidade*) para outras questões que pudessem ser incluídas nos objetivos da UE, embora desprovidas de base jurídica específica, se nos afigura ser a solução mais acertada²⁴¹. Em nosso entender, a questão deveria ter sido tratada com base num outro tipo de instrumento jurídico, por ventura um acordo celebrado entre a UE e os Estados-Membros de modo a acautelar o respeito pelas competências próprias das Partes envolvidas – repise-se: o Tratado de Lisboa não atribuiu competência exclusiva à UE sobre todo o investimento mas apenas sobre o IDE²⁴².

Em suma, o presente Regulamento padece do vício de incompetência a dois níveis: por um lado, ao desrespeitar a competência partilhada entre a UE e os EM em matéria de *portfolio*²⁴³, o que determinaria que deveria ter sido, *inter alia*, respeitado o princípio da subsidiariedade para que a aprovação do Regulamento fosse possível²⁴⁴; por outro lado, por desrespeitar a competência reservada dos EM em matéria de expropriação e compensação por danos, podendo, por tal facto, ser passível de impugnação junto do TJUE ao abrigo do artigo 263º do TFUE. Em nosso entender, é

inclusivamente defensável que além do vício de mera ilegalidade, o ato padeça do vício de inexistência, na medida em que aborda questões do foro da competência dos EM²⁴⁵, o que o inquina do vício de incompetência absoluta, vício este que determina a inexistência do ato e é invocável independentemente de qualquer prazo, junto do TJUE²⁴⁶.

A verdade é que nos parece ser defensável afirmar-se que, por razões práticas e de celeridade na aprovação do regime que iria assegurar a preservação da vigência dos BITs “existentes” e sob pressão da Comissão no que se referia aos BITs celebrados já após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa²⁴⁷, a ponderação da correta base jurídica terá sido descuidada ou menos cuidada – de resto, e como é sabido, a Comissão é recorrentemente favorável a bases jurídicas que alicercem a exclusividade da competência da UE (*maxime*, o histórico em torno da celebração dos acordos OMC que daria origem ao Parecer 1/94 do TJ).

A solução encontrada servia, assim, para apaziguar a ânsia dos EM de ver a vigência dos “*BITs existentes e intermédios*” assegurada, perante a ausência de um regime de *phase-out* plasmado no Tratado.

O menor rigor com que a questão da base jurídica terá sido gerida é, de resto, evidenciado pelo facto de os mandatos recentemente outorgados para que a Comissão negocie Acordos de Investimento da UE com países terceiros (*supra*) serem *duplos mandatos* (i.e., outorgados em nome da UE e dos EM), na medida em que se perspetiva a celebração de acordos mistos²⁴⁸.

3. As principais disposições do Regulamento *Grandfathering*

Pese embora os problemas, aqui, alinhavados ao nível da incorreta escolha da base jurídica, o Regulamento encontra-se em vigor desde janeiro de 2013 e, não tendo sido atempadamente impugnado, deve o mesmo considerar-se aplicável²⁴⁹.

Dito isto, cumpre-nos sintetizar as principais regras nas quais assenta o Regulamento:

1. Em primeiro lugar, é importante salientar o seu campo de aplicação cabendo atentar na definição de “*acordo bilateral de investimento*” que nos é dada pelo artigo 1º, nº 2, segundo a qual este termo significa que o Regulamento é aplicável a qualquer acordo celebrado com um terceiro país que contenha disposições sobre proteção de investimento. Trata-se, assim, de um Regulamento que se aplica a *acordos celebrados com terceiros Estados*, deixando de fora a gestão do *status quo* dos acordos intra-BITs, isto é, aqueles que foram celebrados entre os vários EM (*vide*, também, o considerando 15 do Regulamento)²⁵⁰.

2. Ainda no que se refere ao seu campo de aplicação, podemos constatar que foram previstas 3 categorias de BITs *ratione temporis*:

2.1. Os BITs assinados antes de 1 de dezembro de 2009 (data da entrada em vigor do Tratado de Lisboa), regulados pelo Capítulo II do Regulamento – “*BITs existentes*”, protegidos por uma *grandfather clause*²⁵¹ prevista no artigo 2º – ou seja, são mantidos em vigor muito embora contenham disposições que passaram para o foro da competência da UE relativa ao IDE²⁵²;

2.2. Os BITs assinados entre 1 de dezembro de 2009 e 9 de janeiro de 2013 inclusive (data da entrada em vigor do presente Regulamento), são mantidos em vigor seguindo-se o previsto no artigo 12º – BITs da fase intermédia²⁵³; e 2.3. A situação dos BITs emendados ou concluídos após a entrada em vigor do Regulamento, isto é, após 9 de janeiro de 2013 (Capítulo III) – “*BITs futuros*”²⁵⁴, autorizados mediante *empowerment*, ao abrigo do artigo 9º.

Desta estruturação retiramos que vão poder conviver BITs celebrados pelos EM antes ou após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a par dos Acordos de Investimento celebrados pela UE que adquiriu competência em matéria de IDE com aquela revisão.

3. Uma outra regra importante é a que possibilita a “*convivência pacífica*” de BITs da UE com os BITs dos EM através da figura da

delegação ou habilitação de poderes daquela para os EM (*empowerment*), ao abrigo do artigo 2º, nº 1 do TFUE²⁵⁵. Esta autorização será concedida, de acordo com o artigo 9º do Regulamento, desde que, a par de outras considerações sobre a compatibilidade do acordo com o ordenamento da UE, esta não tenha um interesse atual ou potencial no parceiro escolhido pelo EM²⁵⁶.

4. A regra antecedente tem, porém, de ser entendida *con grano salis*, devendo a mesma ser articulada com uma outra que nos diz que essa convivência cessa quando a UE vier a celebrar um acordo relativo à mesma matéria, com o mesmo país terceiro. Ou seja, assegura-se a manutenção dos BITs nacionais em vigor até à substituição por BITs da UE (considerando 5, conjugado com o artigo 3º, ambos do Regulamento). Esta regra da *manutenção até à progressiva substituição por um BIT da UE* aplica-se quer a BITs existentes, quer a futuros BITs dos EM.

5. Essa substituição deverá operar norteadada por elevados padrões de proteção dos investimentos (*high standards of investment protection*, vide, considerando 6). Trata-se, aqui, de procurar não um mínimo denominador comum entre a proteção que é assegurada pelos vários EM mas os padrões mais elevados, o que admitimos nem sempre será fácil, mormente se tivermos em consideração modelos de BIT que incluem disposições *arrojadas* sobre a contribuição dos investimentos para o crescimento económico ou o desenvolvimento auto-sustentável, comparativamente com outros que não o fazem²⁵⁷.

6. Uma regra que também nos parece merecedora de destaque, pese embora o facto de ser apenas timidamente afluída no considerando 16, é a regra que se refere à *gestão da vida dos acordos*²⁵⁸. Na verdade, resulta do artigo 13º que o cordão umbilical que une os EM e a UE por altura do *empowerment* e do complexo e moroso processo de autorizações para a sua ultimação, vai permanecer ativo para lá do

nascimento dos BITs nacionais. De facto, mesmo após todo o percurso decorrido e obtida a autorização para a assinatura do dito acordo, a UE vai continuar vigilante sobre a vida do recém-nascido BIT²⁵⁹: qualquer problema que surja, seja na fase amigável, seja na fase contenciosa, vai ter de ser reportado à Comissão, a qual, inclusivamente, vai ter direito de participar no litígio, ou mesmo, o poder de determinar o seu despoletar. Aqui, importa que nos questionemos sobre a justificação desta intervenção por parte da Comissão após a competência ter sido re-delegada aos EM. Diríamos que a justificação provém do facto de a titularidade de raiz da competência pertencer à UE mas, aqui, de novo, surge à colação o complexo problema do tipo de questão em litígio. Sendo uma questão de IDE, seguramente que a Comissão deve ter o direito de participar ativamente na contenda, porém, no caso de se tratar de uma questão do foro da competência nacional (por exemplo, uma expropriação) essa *ingerência* é, em nosso entender, destituída de legitimidade²⁶⁰.

7. Para a cabal compreensão do regime em apreço é, por fim, fundamental indagar sobre o sentido da auto-designação do Regulamento como estabelecendo *disposições transitórias*. Das 3 categorias identificadas, quais são aquelas relativamente às quais o Regulamento reserva a atribuição de regimes transitórios? A resposta é: a todas. Tal constatação resulta da conjugação da regra da manutenção dos BITs existentes (anteriores a dezembro de 2009) até à sua substituição por um BIT da UE com o mesmo alcance, com a possibilidade que é dada à Comissão de, por altura da apresentação ao Parlamento Europeu e ao Conselho, a 10 de janeiro de 2020, de um Relatório sobre a aplicação deste Regulamento (prevista no artigo 15º), aquela se pronunciar no sentido da desnecessidade de continuar a aplicar o capítulo III, o qual regula a tramitação a seguir para a autorização da celebração de novos BITs.

Concluimos assim que, pese embora toda uma aparente regulação de vias pacíficas paralelas ao nível da celebração de BITs dos EM e de BITs da UE, o Regulamento está, afinal, estruturado no sentido de, a seu

tempo, esvaziar por completo a margem de manobra aparentemente dada aos EM para continuar a celebrar BITs (tal conclusão resulta da conjugação do considerando 13, com o artigo 15º, nº 3 do Regulamento²⁶¹), o que poderá ocorrer logo em 2020²⁶² – os BITs existentes irão sucumbindo à medida que forem sendo celebrados BITs da UE e, nessa data, a Comissão pode considerar que não deve conceder mais autorizações, terminando a autorização para a celebração de novos BITs por parte dos EM.

IV. Conclusão

Tendo em consideração que o regime vigente resultante da articulação do artigo 207º do TFUE com o Regulamento *Grandfathering* permite a coexistência pacífica entre BITs dos EMs e Acordos de Investimento da UE e, sendo certo que, as autorizações a ser dadas pela Comissão sê-lo-ão desde que não estejam na sua lista prioritária, deverá enveredar-se por uma postura *pró-ativa* na escolha de parceiros estratégicos complementares à lista da UE²⁶³, devendo as negociações ser encetadas a curto/médio prazo, antecipando um eventual Relatório da Comissão que, em 2020 venha, nos termos do Regulamento, a concluir por uma saturação da rede de BITs celebrados pela UE e/ou os EMs, em nome de um posicionamento equilibrado face a outros EMs com uma postura mais competitiva ao nível da celebração deste tipo de Acordos.

Lisboa, dezembro de 2013



-

¹⁹⁹ Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa (1992), Pós-graduada em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu da FDL (1993), Docente da FDL (1993/2009), LLM *College of Europe*, Bruges, Bélgica (1996), Mestre em Direito pela FDL (1998), Consultora Jurídica do Ministério da Economia (1998 até ao presente) e Assistente Convidada do Curso de Estudos Europeus da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa (2009 até ao presente). Este artigo

constitui uma versão revista de um Parecer Jurídico elaborado no exercício das funções de Consultora Jurídica do Ministério da Economia (DGAE). As opiniões aqui apresentadas são da autora e não vinculam aquela entidade.

²⁰⁰ Com a finalidade de facilitar a leitura e, uma vez que o seu uso é generalizado, usaremos a sigla em inglês BIT (*Bilateral Investment Treaty*) para fazer referência aos, entre nós designados, acordos bilaterais de promoção e proteção recíproca de investimento.

²⁰¹ Alemanha, China, Suíça e Reino Unido são os 4 maiores signatários de BITs a nível mundial. As listas por país podem ser consultadas em unctad.org/en/Pages/DIAE/.../Country-specific-List-of-Bits.aspx. Segundo esta lista – referente a junho de 2013 – a Alemanha tem 136 BITs assinados, dos quais 127 em vigor. A China tem 128 BITs assinados, dos quais 103 em vigor. Portugal assinou o seu primeiro BIT em 1980 com a Alemanha, o qual está em vigor desde 1982. Ao todo, Portugal tem 55 BITs assinados e 41 em vigor. Com a China, o BIT português está em vigor desde 2008. Presentemente, a China tem BITs com 27 dos Estados-Membros (EM), colocando-se, atualmente, a questão de saber qual a mais valia da celebração de um acordo de investimento entre aquela e a União Europeia (UE), a qual, passará, em nosso entender, pela harmonização do *level of protection* entre os vários EM relativamente à China.

De entre os vários EM, note-se que a Irlanda é o único que não assinou nenhum BIT com um país terceiro. Enfatize-se, porém, que a partir do momento em que a UE celebre um acordo de investimento com um país terceiro, a Irlanda também ficará vinculada ao cumprimento do mesmo, muito embora esta se tenha mantido à margem da celebração deste tipo de acordos até ao presente. No plano internacional, o Brasil é merecedor de uma referência, na medida em que, apesar de ter vários BITs assinados na década de 90, nenhum deles chegaria a entrar em vigor. Por seu lado, Angola, com 8 BITs assinados, tem apenas 4 em vigor. Sendo ambos os países fortes recetores de investimento, esta letargia prova que os BITs não são fundamentais para a captação de investimento estrangeiro, pese embora desempenhem um papel essencial na proteção dos investidores contra atos hostis imputáveis ao Estado recetor do investimento.

²⁰² United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report*, 2012, p. xx.

²⁰³ “What is a BIT? These are Treaty arrangements to provide foreign investors with a “level playing field” and access to an international arbitral tribunal in the event the host State uses its sovereign power with detrimental effect to the foreign investor”, in Khawar Qureshi QC “Bilateral Investment Treaties (BITs): The Essentials”, 2007, http://www.mcnairchambers.com/media/documents/200810/investmenttreatyessentials_.pdf. Entre nós, Fausto de Quadros, *A protecção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, 1998, pp. 48 e segs.

²⁰⁴ Devemo-nos referir, aqui, a um exercício de mera “interpretação arbitral”, ao invés de “case law”, uma vez que não cabe fazer apelo à figura do *precedente* – as decisões dos tribunais arbitrais nesta área não são obrigatórias para partes terceiras, nem os outros tribunais têm de seguir as decisões anteriores. Vide, UNCTAD, *Scope and Definition*, 2011, p. 1 e 2 http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf. No entanto, afirmar-se que a interpretação constante não é relevante em termos práticos seria incorreto. Frequentemente, os tribunais arbitrais baseiam-se

em decisões anteriores. Neste sentido, vide Dolzer e Schreuer, que acentuam: “*In investment arbitration, each tribunal is constituted ad hoc for the particular case. Therefore, it is more difficult to develop a consistent case-law than in international courts such as the ICJ or ECHR. Yet, tribunals do rely on previous decisions of other tribunals whenever they can. Discussion of previous cases and of the interpretations adopted in them is a regular feature in almost every decision. At the same time, it is also well established that tribunals in investment arbitration are bound by previous decisions of other tribunals*”, in *Principles of International Investment Law*, OUP, 2008, p. 36 (nosso sublinhado).

²⁰⁵ UNCTAD, 2012, p. xx.

²⁰⁶ O North American Free Trade Agreement (NAFTA) é um acordo assinado pelo Canadá, México e Estados Unidos, tendo entrado em vigor em 1994.

²⁰⁷ O TPP é uma zona de comércio livre, em negociação desde dezembro de 2012, entre a Austrália, Brunei, Chile, Canadá, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru, Singapura, os Estados Unidos e o Vietname. O Japão expressou também o seu desejo de se juntar às negociações. A Coreia do Sul foi convidada pelos Estados Unidos mas declinou o pedido.

²⁰⁸ A Associação de Nações do Sudeste Asiático (ANSEA/ASEAN) é uma organização regional de Estados do sudeste asiático que foi constituída em 8 de agosto de 1967. Foi fundada originalmente pela Tailândia, Indonésia, Malásia, Singapura e Filipinas. Em 1992, os países participantes decidiram transformá-la em zona de livre comércio, a ser implementada gradualmente até 2008. A nível de relações externas, a prioridade da ASEAN é fomentar o contato com os países da região Ásia-Pacífico, mas foram também estabelecidos acordos de cooperação com o Japão, China e Coreia do Sul.

²⁰⁹ Em junho de 2010, na Comunicação sobre a Política Europeia de Investimento (COM (2010) 343, p. 7, a Comissão enumerou aqueles que considera os parceiros de valor acrescentado: Canadá, Índia, Singapura, Mercosul, a curto prazo; China, a médio prazo – na modalidade de *stand alone agreement*, i.e., um acordo que visa apenas proteger o investimento, sendo, por isso, diferente de uma zona de comércio livre e Rússia, também a médio prazo, na modalidade de Acordo Compreensivo. Sublinhe-se que o mandato que autoriza a Comissão a negociar com a China foi aprovado em outubro de 2013. Trata-se de um duplo mandato composto por uma Decisão do Conselho e por uma Decisão de representantes dos EM e que vai além do proposto pela Comissão (*supra*), na medida em que incluiu para lá do investimento, acesso ao mercado, compras públicas e propriedade intelectual.

²¹⁰ A 12 de fevereiro de 2013, o Presidente Barack Obama convidou a UE para o início de negociações informais de um Acordo Transatlântico entre os Estados Unidos e a União Europeia (The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). A 12 de março, a Comissão apresentou um estudo de impacto sobre o TTPI (SWD (2013) 69 final, 12.3.2013) e solicitou ao Conselho uma autorização para a abertura formal das negociações. De acordo com os resultados do estudo, este Acordo UE-EUA será o maior acordo bilateral alguma vez negociado e poderá implicar um *output* de cerca de 0.5% da economia anual da UE.

Em 14 de junho de 2013, o Conselho aprovou um mandato para que a Comissão negocie o TTIP com os EUA. O mandato é composto por uma Decisão do Conselho e por uma Decisão dos Representantes dos EM (duplo mandato), tendo em vista a celebração de um acordo misto.

²¹¹ A 29 de novembro de 2012, o Conselho aprovou um mandato para que a Comissão negocie uma zona de comércio livre com o Japão. Aqui, como noutros casos, trata-se de um duplo mandato, perspetivando-se a celebração de um acordo misto. Sobre o conjunto das negociações em curso pode consultar-se <http://ec.europa.eu/trade/>.

²¹² UNCTAD, 2012, xx.

²¹³ Regulamento nº 1219/2012, de 20.12.2012. A *Grandfather clause* permite acautelar que situações existentes contrárias à legislação futura permaneçam em vigor (*infra*, Parte III, ponto 3). Para a sua utilização no âmbito da legislação referente ao comércio internacional, *vide*, Walter Goode *Dictionary of Trade Policy Terms*, World Trade Organization, Cambridge University Press, 2003, p. 160.

²¹⁴ Tradicionalmente, os BITs dos Estados europeus regulam apenas a proteção dos investimentos (pós-estabelecimento), ao passo que os BITs dos países NAFTA incluem também disposições relativas ao acesso ao mercado ou liberalização dos investimentos (pré-estabelecimento); como exemplo, veja-se o modelo norte-americano de 2012 [http://www.ustr.gov/sites/default/files/Bit%20text%20for%20ACIEP %20Meeting.pdf](http://www.ustr.gov/sites/default/files/Bit%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf).

²¹⁵ O Centro Internacional para a Resolução de Diferendos sobre Investimentos (CIRDI-ICSID) foi criado pela Convenção sobre Resolução de Diferendos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, assinada em Washington, em 18 de março de 1965, sob os auspícios do Banco Mundial. O principal objetivo desta Convenção é “*proporcionar uma alternativa eficaz e confiável para dirimir conflitos legais surgidos do relacionamento entre empresas privadas e Estados de diferentes nacionalidades.*” Assim, Celso de Tarso Pereira – “O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRDIICSID)”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 35 n. 140 out./dez.1998, p. 87.

²¹⁶ É usual ver-se na doutrina incluída na definição de BIT também uma referência ao acesso por parte dos investidores à arbitragem internacional (*supra* nota 203). A verdade é que nem sempre tal se verifica, *vide*, por exemplo, a análise da primeira geração de BITs celebrados pela China (até 1998), por Gordon Smith – “Chinese Bilateral Investment Treaties: restrictions on International Arbitration”, http://www.Kennedyslaw.com/files/Uploads/Documents/GordonSmithChineseBilateralInvestment_1222010.pdf.

²¹⁷ A introdução de listas classificativas de competências é uma novidade do Tratado de Lisboa e visa clarificar a repartição de competências entre a UE e os Estados-Membros. O artigo 3º do TFUE enumera de forma taxativa as competências exclusivas, onde se inclui a PCC na alínea e), nomeadamente os aspetos de IDE relacionados com o comércio (*traderelated FDI*). O artigo 4º do TFUE enumera de forma exemplificativa as competências partilhadas da UE, sendo relevante para aqui, sobretudo, a alínea a) do nº 2 (mercado interno), onde incluimos outros aspetos do IDE e o investimento indireto (*portfolio*).

²¹⁸ O artigo 2º do TFUE prevê no seu nº 1 que, “*Quando os Tratados atribuam à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adotar atos*

juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos atos da União”.

²¹⁹ Como referido *supra*, o regime transitório ou *phase-out* não resulta do Tratado mas viria a ser concebido por um Regulamento da UE (*infra*).

²²⁰ De acordo com jurisprudência constante do TJUE, toda a atuação da UE deve basear-se numa base jurídica a qual, de acordo com o princípio da competência por atribuição (*principle of conferral*), nos dá o fundamento e a medida dessa atuação. Vide, Acórdão C-325/91, França c. Comissão, de 1991, considerando 26 e Acórdão C-370/07, Comissão c. Conselho, de 2009, considerandos 37-55.

²²¹ O Anexo I da Diretiva indica como movimentos de capitais incluídos no IDE: “1. Criação e extensão de sucursais ou de empresas novas pertencentes exclusivamente ao investidor e aquisição integral de empresas existentes. 2. Participação em empresas novas ou existentes com vista a criar ou manter laços económicos duradouros. 3. Empréstimos a longo prazo com vista a criar ou manter laços económicos duradouros. 4. Reinvestimentos de lucros com vista a manter laços económicos duradouros”. Nas notas explicativas, o Anexo I define os investimentos diretos como: “Os investimentos de qualquer natureza efetuados por pessoas singulares, empresas comerciais, industriais ou financeiras e que servem para criar ou manter relações duradoura e diretas entre o investidor e o empresário ou a empresa a que se destinam esses fundos com vista ao exercício de uma atividade económica ...”. E ainda: “No que se refere às empresas mencionadas no ponto I2 da nomenclatura e que têm o estatuto de sociedades por ações, existe participação com carácter de investimentos diretos, quando o lote de ações que se encontra na posse de uma pessoa singular, de uma outra empresa ou de qualquer outro detentor dá a esses acionistas, quer por força no disposto na legislação nacional sobre as sociedades por ações, quer por qualquer outro modo, a possibilidade de participarem efetivamente na gestão dessa sociedade ou no seu controlo”. As definições perfilhadas pelo FMI (*Balance of Payment Manual*, 1993) ou pela OCDE (*Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, 2008) são semelhantes à contida na Diretiva *supra* referida e adotada pelo TJUE. Na doutrina, enfatizam a similitude das definições, Wenhua Shan and Sheng Zhang – “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy” – *The European Journal of International Law*, Vol. 21, nº 4, 2010, p. 1059, <http://ejil.oxfordjournals.org/>

²²² No Processo C-98/01, Acórdão de 13 de maio de 2003, o TJUE referiu-se à Diretiva 88/361, conjuntamente com a nomenclatura que lhe está anexa como tendo valor indicativo para definir o conceito de movimentos de capitais, salientando que “o investimento direto, em especial, caracteriza-se pela possibilidade de participar efetivamente na gestão de uma sociedade e no seu controlo” (considerandos 39 e 40). No mesmo sentido, Processo C-446/04, considerando 182.

Nos Processos apensos C-282/04 e C-283/04, Comissão contra Holanda, 2006, considerandos 18 e 19, o TJUE estabeleceu a diferença entre IDE e *portfolio* deste forma: “Não havendo, no Tratado CE, definição do conceito de «movimentos de capitais» na aceção do artigo 56.º, n.º 1, CE, o Tribunal de Justiça reconheceu um valor indicativo à nomenclatura anexa à Diretiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado [artigo revogado pelo Tratado de Amesterdão] (JO L 178, p. 5). Assim, constituem movimentos de capitais, na aceção do artigo 56.º, n.º 1, CE, designadamente, os investimentos diretos sob a forma de participação numa empresa através da detenção de ações que conferem a possibilidade de participar efetivamente na sua gestão

e no seu controlo (investimentos ditos «diretos») assim como a aquisição de títulos no mercado dos capitais efetuada com a única intenção de realizar uma aplicação financeira sem pretender influenciar a gestão e o controlo da empresa (investimentos ditos «de carteira») (v., neste sentido, acórdão de 16 de Março de 1999, *Trummer e Mayer*, C-222/97, Colet., p. I1661, n.º 21, e acórdãos, já referidos, Comissão/França, 36 e 37, e Comissão/Reino Unido, 39 e 40)” (nosso sublinhado). O mesmo foi reiterado no Processo nº 171/08, Comissão c. Portugal, 2010, considerando 49.

²²³ De fora do conceito de IDE ficam, também, os direitos da propriedade intelectual ou os direitos de crédito, tradicionalmente cobertos pelos BITs celebrados pelos EM.

²²⁴ As competências partilhadas exigem a verificação do teste da subsidiariedade para que a UE conquiste o direito de regulação aos EM, competindo à UE a fundamentação da necessidade do exercício da competência por parte desta. Nessa medida, o artigo 5º do TUE dispõe, no nº 3 que, “*Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo, contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União*”. E no nº 4, “*As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo*”. Enfatize-se que, desde o Tratado de Lisboa, os Parlamentos nacionais viram o seu papel reforçado ao nível da verificação deste princípio através de um controle preventivo (*mecanismo de alerta precoce*) que é exercido nos termos do disposto no Protocolo (nº 2) relativo à aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade, referido no citado artigo 5º, nº 4 do TUE.

²²⁵ Por isso defendemos que o Regulamento *Grandfathering*, ao basear-se apenas no artigo 207º do TFUE, é ilegal (*infra*). O mesmo problema poderá ocorrer no que se refere à aprovação do Regulamento sobre Responsabilidade Financeira se o objetivo for regular litígios referentes ao investimento no seu todo (*infra*, nota 40). Não deixa de ser paradoxal que os mandatos outorgados à Comissão para negociar os BITs da UE sejam duplos mandatos tendo em vista a celebração de acordos mistos, o que evidencia as inconsistências, aqui, assinaladas. No sentido de que os acordos internacionais a celebrar pela UE devem assumir a forma de acordos mistos, vide, o Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão que se pronunciou sobre o Tratado de Lisboa, segundo o qual “*The extension of the common commercial policy to “foreign direct investment” (Article 207.1 TFEU) confers exclusive competence on the European Union also in this area. Much, however, argues in favour of assuming that the term “foreign direct investment” only encompasses investment which serves to obtain a controlling interest in an enterprise (see Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2009, p. 15-16). The consequence of this would be that exclusive competence only exists for investment of this type whereas investment protection agreements that go beyond this would have to be concluded as mixed agreements*” – Judgment of the German Federal Constitutional Court of June 30, 2009 on the Lisbon Treaty, para. 379, 2 BVE 2/08 (o sublinhado é nosso).

²²⁶ No caso de a medida prosseguir mais do que um objetivo ou ter vários componentes e não sendo um deles identificável como o principal, devemos baseá-la em várias bases jurídicas – desde que os

procedimentos para os quais as bases remetam não sejam incompatíveis. Neste sentido, Acórdão C-130/10, Parlamento Europeu v. Conselho, 2102, considerando 42-45. Esta incompatibilidade procedimental não se verifica no caso *sub judice*, na medida em que, quer o artigo 207º, nº 2, quer o artigo 64º do TFUE remetem para o processo legislativo ordinário.

²²⁷ No mesmo sentido, *vide* – Carolinn Hjalmsroth – “Securing High Investment Protection for Eu Investors” – <http://www.kommers.se/documents/dokumentarkiv/publikationer/2011/rapporter/report-securing-high-investment-protection.pdf>, p. 8. Stephen Woolcock – “The EU approach to international investment policy after the Lisbon Treaty”, <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>.

A este respeito, Wenhua Shan e Sheng Zhang afirmam: “*One must note that the Union's exclusive competence on investment has been confined to “foreign direct investment”, while BITs typically cover both direct and indirect investment. The latter, which is also termed “portfolio investment”, lies beyond the exclusive competence of the Union. Indirect (as well as direct) investment may, arguably, be covered by Article 64 TFEU (ex Article 57 TEC) concerning free movement of capital. However, as noted by ECJ, it does not confer express exclusive competence on the EU, nor does it provide sufficient legal basis for an implicit exclusive competence of the EU in this area (Opinion 2/92). It therefore follows that to sign a BIT in its conventional sense the Union would have to act jointly with the Member States. It might nevertheless be possible for the Union to choose to sign a BIT to cover only FDI, leaving portfolio investment aside. This however does not seem to be a very appealing choice, given the increasing importance of portfolio investment, particularly in an economy as developed as that of the EU. It is therefore more likely that the Union will have to team up with its Member States to enter into comprehensive investment treaties anyway. The Union has gone a long way toward achieving this competence on FDI, yet it is still only half way toward a full “common investment competence”, op. cit., p. 1064 e 1065.*

Enfatize-se que a tese das competências partilhadas tem sido a seguida pelos mandatos outorgados no âmbito dos acordos em negociação e que incluem disposições sobre liberalização dos investimentos, proteção dos investimentos e disposições sobre resolução de litígios, os quais foram outorgados tendo em vista a celebração de acordos mistos (*supra*).

²²⁸ Numa situação de competência partilhada, o princípio da unidade externa de representação impõe que a Comissão negocie no plano externo em nome da UE e dos EM. Este princípio foi afirmado, *inter alia*, nos Acórdãos C-246/07, Comissão Europeia contra Reino da Suécia, 2010, Col. I-03317, considerando 73. Sublinhe-se que, tal como o TJ afirma, o mesmo não colide com o princípio da competência por atribuição e, nessa medida, perante uma competência mista, muito embora a Comissão negocie em nome dos EM e da UE, a celebração deverá ser conjunta.

²²⁹ Os Tratados em lado algum preveem ou definem a figura do acordo misto – esta é fruto de uma construção jurisprudencial, *maxime*, no Parecer 1/94, de 15 de novembro de 1994, onde o TJ apreciou a competência da, à data, Comunidade Europeia e dos EM para a celebração dos acordos que instituíram a Organização Mundial do Comércio (OMC), tendo concluído pela sua natureza mista. Sobre o conceito de acordo misto *vide*, Marise Cremona – “External Relations of the EU and the Member States: competence, mixed agreements, international responsibility and effects of international law”, EUI working papers, Law ° 2006/22, <http://ssrn.com/abstract=963316>. Entre nós, Maria Luísa Duarte identifica duas razões distintas que justificam que o acordo seja misto: “1. porque se trata de matérias que relevam em parte da competência exclusiva da Comunidade e outra

parte da competência própria ou reservada dos Estados-Membros; 2) ou, então, porque no estágio actual de desenvolvimento do Direito Comunitário, os Estados-Membros e a Comunidade partilham, em sentido próprio, a responsabilidade de regulação interna e externa sobre a matéria, não sendo possível definir uma linha de separação entre esferas de intervenção basicamente intersectantes”, in – *A Teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*, Lex, Lisboa, 1997, p. 600. Em nosso entender, no caso dos acordos BITs UE/EM celebrados com terceiros convivem estas duas razões.

²³⁰ Assim, mesmo que estejamos perante um *stand alone agreement* (acordo que apenas cobre a matéria de investimento) e não um FTA ou um Acordo Compreensivo, esse acordo deverá revestir as vestes de acordo misto porque a matéria de investimento é partilhada.

²³¹ O artigo 351º do TFUE prevê o seguinte: “*As disposições dos Tratados não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes de 1 de Janeiro de 1958 ou, em relação aos Estados que aderem à Comunidade, anteriormente à data da respetiva adesão, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro. Na medida em que tais convenções não sejam compatíveis com os Tratados, o Estado ou os Estados-Membros em causa recorrerão a todos os meios adequados para eliminar as incompatibilidades verificadas. Caso seja necessário, os Estados-Membros auxiliar-se-ão mutuamente para atingir essa finalidade, adotando, se for caso disso, uma atitude comum (...)*” o sublinhado é nosso. A expressão “... por todos os meios ...” inclui a denúncia ou revogação do acordo.

²³² A celebração de acordos internacionais sobre IDE passou de competência nacional a competência exclusiva da UE.

²³³ Publicado no Jornal Oficial da União Europeia, L 351/40, de 20.12.2012. Refira-se que, o processo de aprovação deste Regulamento foi extremamente complexo e moroso tendo seguido a tramitação prevista no artigo 294º do TFUE que regula o processo legislativo ordinário, procedimento elegido pelo Tratado de Lisboa para a aprovação de direito derivado de implementação da PCC (artigo 207º, nº 2 do TFUE). Em média, um processo destes demora 15 a 18 meses: a Proposta da Comissão remonta a 7 de julho de 2010, COM (2010) 344 final, ou seja, foram necessários mais de dois anos para se chegar ao fim do procedimento de aprovação do diploma. Para o acompanhamento dos procedimentos interinstitucionais (Prelex) http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CLpt&Dosid=199504.

²³⁴ COM (2010) 344 final.

²³⁵ COM (2010) 343, p. 8.

²³⁶ Sem o afirmar expressamente a Comissão remete, aqui, para o artigo 3º, nº 2 do TFUE que estabelece que: “*A União dispõe igualmente de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas*”. É nesta última hipótese que se baseia a tese da Comissão.

²³⁷ COM (2012) 335 final, de 21.6.2012. Através desta Proposta de Regulamento, a Comissão apresenta critérios reguladores de uma repartição de responsabilidade financeira entre a UE e os EM decorrente da gestão dos futuros BITs da UE. Note-se, porém, que a fundamentação nas competências implícitas está ausente no texto final do Regulamento *Grandfathering*.

²³⁸ Processo nº 22/70, Acórdão de 31 de março de 1971.

²³⁹ Entre nós, António Goucha Soares – *Repartição de competências e preempção no Direito comunitário*, Edições Cosmos, 1996. Saliente-se que, o Protocolo nº 25, relativo ao exercício das competências partilhadas, introduzido pelo Tratado de Lisboa, viria a limitar os efeitos preemptivos ao ato em causa, ao estabelecer que: “ ... *relativamente ao artigo 2º, nº 2 do TFUE, referente às competências partilhadas, quando a União toma medidas num determinado domínio, o âmbito desse exercício de competências apenas abrange os elementos regidos pelo ato da União em causa e, por conseguinte, não abrange o domínio na sua totalidade*” (nosso sublinhado).

²⁴⁰ Sobre a admissibilidade da dupla base jurídica pode ver-se o estudo de Anne Waschmman – “Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour”, *Revue Europe*, Paris, ano 3, nº 1, 1993, p. 1.

²⁴¹ A questão da base jurídica de um outro diploma de implementação da passagem do IDE para a UE, *in concreto*, a Proposta de Regulamento sobre a Regulamentação da Responsabilidade Financeira (RRF) decorrente dos litígios investidor-Estado ao abrigo de acordos internacionais dos quais a UE seja parte –(*supra*, nota 237) – está, ainda, em fase de discussão, abrangendo as mesmas questões controvertidas (base jurídica e competências), a par do *locus standi* em sede de arbitragem internacional (UE ou Estados-Membros ou ambos como *correspondents*). Em nosso entender, também esta Proposta levanta complexas e semelhantes questões em torno da adequada escolha da base jurídica em virtude das competências envolvidas. Uma solução possível será limitar o âmbito do RRF apenas ao IDE e, assim sendo, já o fundamento do mesmo apenas no artigo 207º do TFUE será legítimo. Porém, sendo esta a via seguida, colocar-se-ão, depois, problemas ao nível da operacionalidade do diploma quando estiverem em causa litígios de investimento *extra* IDE (por exemplo, relativos a *portfolio*).

²⁴² Na exposição de motivos da Proposta de Regulamento RRF, p. 4, a Comissão invoca o artigo 345º do TFUE que prescreve que “Os *Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros*” para refutar os argumentos contra a competência da UE para a aprovação de normas sobre expropriação com a seguinte argumentação: “*It should further be noted that Article 345 TFEU provides only that the Treaties shall not affect the system of property ownership prevailing in the Member States. Treaties providing for investment protection do not affect the system of property ownership – rather they require that expropriation be subject to certain conditions, including, inter alia, the payment of compensation. Hence, the specific rule in Article 345 is not such as to imply that the Union does not have competence for the rules on expropriation included in agreements providing for investment protection. Finally, it is also established that the competence to establish and administer dispute settlement provisions runs together with the underlying competence for the subject matter of the rules*”. (nosso sublinhado)

Ou seja, a Comissão invoca o que consideramos uma *norma travão*, *i.e.*, uma norma que funciona para estabelecer os limites de atuação da UE para afirmar que daquela não resulta que a UE não

possa legislar sobre expropriação. Falta, no entanto, que a Comissão identifique a base jurídica de onde retira a dita competência. Em nosso entender, a norma poderá não impedir mas não dá competência ... Não será, por isso, lícito à Comissão concluir que, uma vez que a norma não impede, seja possível extrair, inclusivamente, a competência para a regulação de litígios referentes a medidas de competência nacional, como seja o caso da expropriação.

Não questionamos que a UE tenha capacidade para estipular que as expropriações devam obediência ao tratamento nacional, ou à NMF, ou que lhes deva ser inerente um dever compensatório – o que a Comissão refere e bem; o que questionamos é que a UE tenha competência para determinar as regras reguladoras de litígios que envolvam uma questão dessa natureza, o que sucede, assim o entendemos, quer no Regulamento *Grandfathering* (artigo 13º), quer no RRF. A função do artigo 345º do TFUE é assegurar que a UE não interfere no regime de propriedade dos EM não podendo, bem ao contrário do afirmado pela Comissão, servir para legitimar que esta possa interferir na regulação de litígios que envolvam a propriedade dos EM, condicionando uma gestão que deverá ser autónoma, reflexo da respetiva legitimidade passiva nas ditas contendas e que deve ser assegurada em questões desta natureza.

²⁴³ Este inclui-se na matéria do mercado interno, artigo 4º do TFUE (competência partilhada), regido pelos artigos 63º e segs. do Tratado.

²⁴⁴ De acordo com o artigo 5º, nº 3 do TUE: “*Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União*”. Ou seja, quando estamos perante uma competência partilhada, tal como vimos *supra*, para que a UE possa aprovar atos de direito derivado deve *vencer* o teste da subsidiariedade. Ora, o Preâmbulo do Regulamento *Grandfathering* é omissivo em relação a qualquer justificação a este nível, como lhe competia.

²⁴⁵ Ao pretender regular o *status quo* dos BITs nacionais no seu todo, o Regulamento *Grandfathering*, de forma velada, assume posição de modo indiferenciado sobre o conjunto do articulado dos acordos, independentemente de as disposições regularem matérias do foro da UE ou dos EM.

²⁴⁶ No Acórdão Comissão c. França, 1969, Processos apensos nº 6/69 e 11/69, Col. 1969, p. 205, estava em causa a alegada ilegalidade de uma Decisão da Comissão por vício de incompetência absoluta (*vide* considerando 10 do Acórdão). Pese embora o facto de o prazo para a impugnação do ato já ter decorrido (considerando 12), o TJ admitiu analisar a ilegalidade do ato em virtude do vício em causa. Por este facto, certa doutrina vê nesta jurisprudência a transposição para o direito comunitário da teoria da inexistência. *Vide*, M. C. Bergères – “La théorie de l’*inexistence* en Droit Communautaire”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1989, nº 3, p. 393 e 647. Deste Acórdão retiramos também que, muito embora a ação de incumprimento tenha uma natureza meramente declarativa e objetiva, não cuidando o TJUE de saber quais as razões que poderão justificar o incumprimento, ou sendo as mesmas inclusivamente irrelevantes, o vício de incompetência absoluta ser, todavia, um meio de defesa atendível por parte do TJUE. A conclusão do TJ, no Processo *supra* citado, foi no sentido de que não se estava *in casu* perante qualquer ilegalidade, mas, o facto de ter

admitido analisar o alegado vício de incompetência absoluta permite-nos concluir no sentido de que tal meio de defesa é invocável, a todo o tempo, como causa justificativa do incumprimento do direito da UE, no âmbito de uma ação por incumprimento. Sobre a controversa questão de saber se os EM podem invocar a exceção de ilegalidade no âmbito de uma ação por incumprimento, *vide* Denys Simon – *Recours en constatation de manquement*, *Juris Classeur*, 1991, p. 9 e Ami Barav – “The exception of illegality in Community law: A Critical Analysis”, 11 *Common Market Law Revue*, 1974, p. 366 a 386.

²⁴⁷ Aqueles que designámos como BITs da “*era do pecado*”, na medida em que foram celebrados após a passagem da competência relativa ao IDE para a UE decorrente da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, por altura da nossa intervenção na Conferência sobre a Proteção do Investimento Português no Estrangeiro, promovida pela Associação Comercial de Lisboa, www.expresso.pt/expressomeiodia (2012). Saliente-se que, Portugal celebrou quatro desses BITs: com o Senegal, com o Congo, com a República do Congo e com os Emiratos Árabes Unidos, os quais viriam a ser notificados à UE nos termos do Regulamento *Grandfathering* (*infra*).

²⁴⁸ A natureza mista das competências em causa deveria também, em nosso entender, ter sido tida em conta no exercício de estruturação do RRF (*supra*). No entanto, mais uma vez, a Comissão avançou no sentido de indicar como base jurídica apenas o artigo 207º do TFUE. Parece-nos que, também nesta sede, o correto teria sido enveredar por uma solução idêntica à que preconizamos *supra* para a matéria coberta pelo Regulamento *Grandfathering*, i.e., a celebração de um acordo entre a UE e os EM em virtude das competências em causa, i.e., não apenas partilhadas, além de exclusivas – o que, ainda assim, se resolveria com a aprovação de um Regulamento – mas, também, competências reservadas aos EM, estas últimas ditando a impossibilidade de adopção de um simples acto de direito derivado para regular a tríade de competências em causa.

²⁴⁹ O facto de o Regulamento não mais poder ser impugnado em sede de recurso de anulação em virtude do decurso do prazo para tal (dois meses após a publicação do acto, de acordo com o artigo 263º do TFUE) não inviabiliza uma possível invocação da exceção de ilegalidade do mesmo noutra sede, *maxime* como meio de defesa por parte de um EM no âmbito de uma ação de incumprimento. A este respeito, uma situação possível será a necessidade de defesa por parte de um EM em virtude do, eventual, desrespeito do disposto no artigo 13º do Regulamento *Grandfathering* ao não informar a Comissão e/ou não promover a sua participação num litígio em torno de uma expropriação (competência nacional), acionado por um investidor de um país terceiro signatário de um BIT com esse EM.

²⁵⁰ A celebração de intra-BITs teve lugar sobretudo entre EM da UE e outros Estados antes da respetiva adesão. Portugal tem 10 intra-BITs em vigor, um deles com a Alemanha (em vigor desde 1982). A questão de saber se estes BITs podem ou não manter-se em vigor está na ordem do dia e ainda não se chegou a um entendimento entre os vários EM sobre a necessidade de revogar estes BITs (*tese* da Comissão). A questão é controversa pois, em bom rigor, a passagem do IDE para a UE deu-se apenas no plano externo – note-se que o adjetivo “estrangeiro” indica que se trata de investimentos de investidores da UE em terceiros países e *vice versa*.

²⁵¹ Nota 213 *supra*.

²⁵² 1,392 BITs foram notificados ao abrigo do artigo 2º do Regulamento *Grandfathering*. A lista dos acordos referida no artigo 4º pode ser encontrada no JO C 131, 8.5.2013, p. 2 e segs.

²⁵³ Ver *supra*.

²⁵⁴ A Comissão pronunciou-se já sobre vários pedidos de autorização: www.europarl.eu/.../COM-AC_DI (2013).

²⁵⁵ O artigo 2º, nº 1 do TFUE estabelece o seguinte: “Quando os Tratados atribuam à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adotar atos juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos atos da União” – o sublinhado é nosso.

²⁵⁶ De acordo com o artigo 9º do Regulamento, a autorização não será concedida no caso de: “Ser supérflua, visto a Comissão ter apresentado ou decidido apresentar, nos termos do artigo 218º, nº 3 do TFUE, uma recomendação de abertura de negociações com o país terceiro em causa” – o sublinhado é nosso.

²⁵⁷ Ao complexo exercício de indagar sobre as *best practices* dos EM acresce a dificuldade de as compatibilizar com os interesses do terceiro Estado. Um exemplo de disposição que gera alguma discussão sobre a sua inclusão ou não nos BITs é a *umbrella clause*, considerada *best practice* entre os EM da UE mas rejeitada por alguns Estados pertencentes ao Modelo Norte Americano. Vide, por exemplo, o recente BIT celebrado entre o Canadá e a China, de Setembro de 2012, que não contém qualquer referência à *umbrella clause*. Esta cláusula prevê o compromisso assumido pelos Estados outorgantes dos BITs de cumprir qualquer acordo que celebrem com os investidores nacionais da outra Parte contratante. Na doutrina, *inter alia*, Jonathan B. Potts – “Stabilizing the role of umbrella clauses in bilateral investment Treaties: intent, reliance and internationalization”, in *Virginia Journal of International Law*, 2011, Volume 51, 4, p. 1005.

²⁵⁸ O considerando 16 do Regulamento limita-se a afirmar que: “É necessário prever certas disposições para garantir que os acordos bilaterais de investimento mantidos em vigor ao abrigo do presente regulamento continuem a ser aplicáveis, incluindo em matéria de resolução de litígios, e respeitem simultaneamente a competência exclusiva da União”.

²⁵⁹ Ou recém confirmado, uma vez que o artigo se aplica a todos os BITS.

²⁶⁰ Parece-nos assim que, na eventualidade de um investidor estrangeiro intentar uma ação contra um EM, com base num BIT nacional (existente ou novo) solicitando uma indemnização por uma expropriação, o EM deve ser livre de gerir o litígio (nomeadamente, através da celebração de um acordo extrajudicial) à margem de qualquer articulação com a Comissão, não existindo base jurídica no Tratado que legitime uma ação de incumprimento da Comissão movida contra um EM que dispense ou se oponha a qualquer intervenção daquela.

²⁶¹ Artigo 15º Reexame

“1. Até 10 de janeiro de 2020, a Comissão apresenta ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório sobre a aplicação do presente regulamento.

2. O relatório inclui uma análise das autorizações solicitadas e concedidas ao abrigo do Capítulo

III, bem como um reexame da necessidade de continuar a aplicar esse capítulo.

3. Caso o relatório recomende que seja posto termo à aplicação do Capítulo III ou que as suas disposições sejam alteradas, esse relatório deve ser acompanhado de uma proposta legislativa adequada” (o sublinhado é nosso).

²⁶² Assim, um cenário possível será, em 2020, no Relatório, a Comissão pronunciar-se no sentido da desnecessidade de continuar a conceder autorizações por, supostamente, entender que a *net* de BITs/IIA/FTA se terá tornado ingerível, numa ótica de gestão de uma *nascente* Política Comum de Investimento da UE e concluir no sentido de que deve terminar, a partir dessa data, a categoria que temos designado de BITs novos. Quanto aos existentes (e da fase intermédia), estes irão sucumbindo à medida da celebração dos sucessivos acordos que vierem a ser celebrados pela UE.

Isto, em nosso entender, poderá criar situações de manifesta desigualdade entre os vários EM, pois, como é sabido, há Estados que apresentam elevado número de BITs em vigor, como é o caso da Alemanha, ou do Reino Unido face a outros com números mais modestos como é o caso de Portugal (*supra*, nota 201). Em breve, poderemos entrar numa fase de verdadeiro entupimento da Comissão com pedidos de autorização de BITs relativamente aos quais se suponha que a UE não tem um verdadeiro interesse, ao invés de se procurarem parceiros estratégicos, também estes mais apetecíveis na ótica da Comissão, com receio de uma não autorização.

Por ora, e nesta fase inicial, verificamos que os pedidos de alguns EM foram ambiciosos, pelo menos em termos quantitativos, destacando-se a Holanda (por exemplo, com os pedidos relativos ao Iraque, Oman) e a Áustria (*inter alia*, com o Qatar, a Nigéria, Colômbia, Venezuela, Iraque, Paquistão) que submeteram à Comissão um conjunto de pedidos de abertura formal de negociação de acordos. Para uma lista dos pedidos submetidos ao Comité consultivo (*Committee for Investment Agreements*, CIA) *vide*, www.europarl.eu/.../COM-AC_DI (2013). Na lista de pedidos não consta – à data da elaboração do presente estudo, dezembro de 2013, nenhum referente aos 10 mais constantes da lista de fluxos de IDE a saber: USA, Suíça, Canadá, Brasil, Singapura, Rússia, Austrália, Hong Kong e África do Sul.

²⁶³ Dizemos complementares com convicção, na medida em que os Acordos celebrados pela UE (ou conjuntamente pela UE e pelos EM, no caso de serem Acordos Mistos) vinculam e beneficiam todos os EM.

A PROTEÇÃO AMBIENTAL NA POLÍTICA AGRÍCOLA COMUM

Érica Tatiane Soares Ciorici

Resumo

A agricultura é uma das políticas mais antigas da União Europeia tendo desempenhado um papel de destaque na sua integração e coesão. O estabelecimento de uma Política Agrícola Comum inicialmente trouxe sérias consequências a nível de degradação ambiental e perda da biodiversidade. O meio ambiente passou então a ser tido em consideração na PAC ao mesmo tempo em que era estabelecido o princípio da integração das preocupações ambientais em todas as atividades da União. Iremos nesse trabalho discorrer sobre a evolução dessa integração, inicialmente traçando um enquadramento do surgimento da própria PAC e concluindo com breves traços caracterizadores do modelo de governança adotado nessa política. Iremos para tal recorrer a atos normativos e outras publicações oficiais da União, e a certa bibliografia sobre o tema. Pretendemos meramente descrever o atual modelo de proteção ambiental dentro da PAC para fazer face a escassez de bibliografia atualizada sobre o assunto.

Palavras-chave: Política Agrícola Comum; Direito da União Europeia; Direito agrícola; Proteção do Meio-ambiente.

Abstract: Agriculture is one of the oldest policies of the European Union and it has portrayed an essential role on its integration and cohesion. The

establishment of a Common Agricultural Policy initially brought serious consequences concerning the degradation of the environment and loss of biodiversity. The environment has been since then considered in the CAP meanwhile it was established the principle of integration of environmental concerns in all the activities of the Union. We will in this paper write about the evolution of this integration, initially framing the emerging of the CAP itself and concluding with a brief description of the governance model adopted by this policy. For this purpose we will analyze legal acts as well as other official publications of the Union and some bibliography related to the subject. We intend to merely describe the current model of environmental protection within the CAP to face the lack of updated bibliography on the matter.

Keywords: Common Agricultural Policy; European Union Law; Agricultural Law; Environmental Protection.

Introdução

O setor agrícola ocupa um lugar de destaque na economia de todos os países, mesmo nos mais industrializados, pois é entendido como sendo um setor estratégico pelo seu papel essencial de fornecedor de alimentos agrícolas. Além disso, desempenha também uma função social, de coesão nas regiões rurais e uma função ambiental, pela sua proximidade com os recursos naturais e sua indispensável exploração dos mesmos.

A Política Agrícola Comum foi estabelecida na prática em 1962, entretanto, o elemento meio ambiente não era então incluído, passando a estar presente a partir da sua primeira grande reforma em 1992, mesmo que timidamente. Hoje, podemos afirmar que a PAC tem por fundamento a proteção do meio ambiente, dentro de uma perspectiva de desenvolvimento sustentável e da concretização de uma política inclusiva, igualitária e competitiva.

Iremos nesse trabalho discorrer sobre o surgimento da PAC e seu desenvolvimento com as respectivas reformas que sofreu o seu modelo de regulação e que resultaram na inclusão de preocupações ambientais. Quanto a estas, analisaremos sua evolução até os dias de hoje, e por fim, traçaremos breves linhas caracterizadoras do atual modelo de governança adotado, descrevendo sumariamente os instrumentos e medidas utilizados.

Não obstante a relevância central da proteção ambiental na PAC em especial a partir de sua última reforma em 2013, a bibliografia sobre o tema é escassa, encontrando-se desatualizada face às recentes alterações. Assim sendo, este trabalho recorre, essencialmente, a publicações da própria União Europeia ou realizados por entidades independentes mas sob seu auspício.

Não pretendemos de maneira alguma esgotar todos os assuntos relacionados a essa temática, mas sim trazer a tona o atual enquadramento e como é feita a integração do meio ambiente na Política Agrícola Comum, motivados pela ausência de literatura atualizada acerca do tema.

1. Contextualização Histórica

1.1. Criação da PAC

A Política Agrícola Comum (PAC) é considerada uma parceria entre o setor agrícola e a sociedade, entre a Europa e seus produtores. É uma das políticas mais antigas e, de fato, foi estabelecida antes mesmo da consagração da União Europeia como hoje conhecemos, foi desde sempre defendida como elemento de integração e aproximação entre os Estados membros, apesar das diferenças que os separam quanto a esse assunto.

No contexto de assolação que se encontrava o continente europeu pós Segunda Guerra Mundial, no que diz respeito a extrema necessidade de gêneros alimentícios, a PAC foi prevista, essencialmente, como um mecanismo para fazer face à escassez de produção de alimentos, mas também para assegurar um nível decente de vida aos agricultores, contribuir

para estabilizar o mercado e garantir preços competitivos e a satisfação dos consumidores.

Em 1956, foi publicado o Relatório Spaak²⁶⁴, resultante de um comitê intergovernamental liderado pelo político belga Paul-Henri Spaak, o qual concluiu que, para uma melhor integração entre os seis países da então Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, era imprescindível a eliminação de barreiras entre o comércio e a agricultura era um elemento essencial para alcançar essa integração, para possibilitar a equidade entre os países, trazendo benefícios para os produtores e para os consumidores.

Também em 1956, em um painel do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT), o antecessor da Organização Mundial do Comércio, constatou-se que as políticas agrícolas a serem previstas pela então Comunidade Europeia eram passíveis de resultar em restrições a exportação dos países parceiros.²⁶⁵

Segue-se, então, a assinatura do Tratado de Roma, em 1957, cuja entrada em vigor deu-se em 1 de Janeiro de 1958, que veio a estabelecer a Comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atômica. O Tratado previu, desse modo, a elaboração de uma Política Agrícola Comum, nos seus artigos 38.º a 47.º, quase exatamente com a mesma prescrição normativa dos artigos 30.º a 44.º do atual Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

O Tratado de Roma, que visava e o estabelecimento de um mercado comum, previu os objetivos essenciais a serem alcançados por uma Política Agrícola Comum, atendendo ao peso do setor agrícola na economia e sociedade da época, no entanto, não desenvolveu os moldes em que essa política seria efetivada, mas sim previu que tal deveria ser feito por uma conferência de Estados.²⁶⁶

Na sequência, foi realizada na cidade italiana de Stresa a Conferência que veio a traçar os moldes da PAC, assentando-a em três princípios estruturantes²⁶⁷: 1. Mercado único, através da livre circulação de produtos agrícolas, da fixação de preços comuns e criação de organizações comuns de mercado para produtos específicos; 2. Preferência comunitária, para

fazer face a escassez de produção de alimentos, incentivada pela fixação de preços superiores aos do mercado exterior; 3. Solidariedade financeira, através da criação do Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola (FEOGA), ao qual contribuiriam todos os membros.

A Política Agrícola veio a ser adotada nesses parâmetros, em 1962, e considerando a circunstância de que visava o incentivo a produção de alimentos agrícolas e oferecer boas condições de vida aos agricultores, foi bem-sucedida na medida em que a produção aumentou exponencialmente nos anos que seguiram a sua adoção, motivada pelo mecanismo de garantia de preços; inicialmente, esse aumento não era motivo de preocupação, visto que o mercado interno não era autossuficiente²⁶⁸, todavia, com o passar dos anos o excesso de produção começou a ser preocupante na medida em que o consumo crescia em níveis muito inferiores ao ritmo de produção.²⁶⁹

1.2. Reformas e Surgimento de Preocupações Ambientais

Por volta dos anos de 1970, já era notável que o sucesso da Política Agrícola Comum estava causando sérias degradações ambientais. Afinal, a produção exacerbada que tomou lugar desconsiderava os impactos que causava na destruição do solo, na poluição da água e atmosférica e na conservação da biodiversidade; além de que a produção excedentária era avultada e os gastos orçamentais que ocasionava eram ainda maiores.

Cabe destacar que essa época é também marcada, no plano internacional, pelo desenvolvimento e fortalecimento de preocupações ambientais, em especial pelo lançamento, no início dos anos 1960, do livro *Primavera Silenciosa* (“*Silent Spring*”), pela bióloga marinha norte-americana Rachel Carson, que trouxe evidências científicas dos danos causados a agricultura por produtos químicos e sintetizados.

Várias foram as tentativas de desacelerar o ritmo de produção agrícola, incluindo incentivos a aposentadoria (1972, com o Plano Mansholt) e até a criação de um imposto de caráter sancionatório para aqueles que

produzissem acima de determinada quota (para o açúcar já existia, e para o leite, em 1984). Era, assim, evidente que a PAC precisava ser reformulada.

Buscando dar uma resposta aos excedentes, as exigências orçamentárias e ambientais, em 1992, ocorre a primeira grande reforma da PAC, encabeçada pelo então Comissário Europeu para a Agricultura, Ray MacSharry, que alterou o modelo de pagamento de preços garantidos (“product support”) adotando um sistema de ajudas diretas por rendimento ao produtor (“producer support”).

A reforma MacSharry foi muito polêmica, na época, pois rompeu com o modelo garantístico que caracterizava a PAC, e foi veementemente contestada, em especial pelos grandes produtores, e gerou uma onda de processos judiciais nos tribunais europeus, pois aqueles alegavam a frustração de suas expectativas, pois haviam produzido com a certeza de receberem o preço estabelecido e quando este foi diminuído ou mesmo retirado, reivindicavam indenizações para cobrir os custos de produção e a violação de sua expectativa legal.

Destaca-se, nessa reforma, a criação de pagamentos adicionais para agricultores que adotassem certos comportamentos voluntários, por um período mínimo de cinco²⁷⁰ anos, dentre esses, as medidas agroambientais: que combinam práticas agrícolas favoráveis ao meio ambiente, tais como evitar o uso de produtos químicos, adotar agricultura biológica, manter uma porção de terra em pousio, entre outras. Em comum, estavam os objetivos de limitar a produção ao mesmo tempo em que recorriam a métodos agrícolas extensivos.

Também foi aqui que se reconheceu o duplo papel dos agricultores como não só produtores de alimentos mas também guardiões do campo, o que justificava a adoção de meios que, para além de satisfazer interesses do mercado, igualmente protegiam o meio ambiente.

Portanto, marca-se aqui, o nascimento da inserção do meio ambiente na Política Agrícola Comum, mesmo que de forma tímida, afinal os pagamentos agroambientais eram concedidos com base em ações

voluntárias dos agricultores, contudo, reconhece-se a congruência da agricultura com a proteção do meio ambiente e da biodiversidade.

Tal feito pode também ter sido motivado pela concretização da própria política ambiental, com a publicação do primeiro Programa de Ação Ambiental²⁷¹, para 1974-1977, que clamava pela inclusão de medidas ambientais nas demais políticas setoriais da Comunidade.

Distingue-se mais um marco nesse desenvolvimento²⁷², em 1997, com a assinatura do Tratado de Amsterdão, que para além de estabelecer o princípio da cooperação reforçada, previu em seu artigo 6.º o princípio de que a proteção ambiental deveria ser integrada na definição e execução de todas as políticas e ações da União, princípio este que hoje encontra-se previsto no art. 11.º do TFUE, representando a transversalidade da proteção ambiental em todos os âmbitos de atuação da União Europeia.

Nesse sentido, destacamos dois eventos que contribuíram para a consolidação dessa abordagem, um foi o Conselho Europeu de Cardiff, realizado em 1998, cuja importância se deve ao fato de ter estabelecido o princípio de que as principais políticas da Comissão devem ser acompanhadas de uma respectiva avaliação de impacto ambiental e de ter convidado o Conselho a definir suas estratégias de integração ambiental e de desenvolvimento sustentável nas respectivas áreas políticas de sua atuação.

Segue-se o outro evento, o Conselho Europeu de Viena²⁷³, que reafirma esses compromissos e convida o Conselho da Agricultura, juntamente com os Conselhos da Energia e o dos Transportes, a apresentar uma estratégia abrangente que contivesse também uma lista de medidas a serem implementadas e um conjunto de indicadores a fim de desenvolver uma estratégia para a integração ambiental.

Por conseguinte, em 1999 é adotada no Conselho Europeu de Helsinki a estratégia com requisitos e incentivos ambientais integrados na política de mercado agrícola, bem como medidas ambientais específicas dentro do programa de desenvolvimento rural, consolidando, dessa forma, uma nova

fase na PAC que passa a contemplar disposições de proteção ambiental em suas áreas de atuação.

Uma outra reforma da PAC ocorreu dentro do contexto da Agenda 2000, estratégia que buscou reformular várias áreas de atuação da União, atendendo as futuras adesões de outros Estados membros e as inerentes vicissitudes políticas e financeiras que acarretavam.

Assim, a principal alteração que essa reforma trouxe foi a redução dos pagamentos compensatórios, que a reforma de 1992 havia estabelecido de forma integral, e agora passam a ser parciais, isto é, os agricultores não eram mais compensados totalmente por suas perdas de rendimento, almejando reduzir, dessa forma, os custos da PAC e viabilizando o alargamento da União.

Essa reforma²⁷⁴ foi, também, muito influenciada por um elemento externo: a pressão que a OMC fazia no sentido de liberalização do mercado agrícola e retirada de qualquer incentivo ou pagamento aos agricultores, numa ótica neoliberal do mercado, onde os países grandes exportadores enxergavam as ajudas oferecidas pela União como entraves ao comércio internacional, essa pressão política já era sentida desde a reforma de 1992, mas só foi possível de ser formalmente adotada nesse momento.

A reforma na Agenda 2000 foi também preconizada para fazer face ao insucesso da reforma de 1992 quanto a assuntos de desenvolvimento rural e de proteção do meio ambiente. Argumentava-se que a reforma antecedente não logrou êxito em corrigir as desigualdades entre os produtores, e continuava desfavorecendo os pequenos agricultores bem como os de certas regiões em desvantagem (por ex. montanhas). Por isso mesmo, com a reforma integrada na Agenda 2000²⁷⁵ estabeleceu o segundo pilar da PAC, o de desenvolvimento rural, com o objetivo de corrigir essas desigualdades, reconhecendo o papel multifuncional da agricultura, dentre outras medidas, subordinou os pagamentos ao cumprimento de medidas agroambientais, o que ficou conhecido como ecocondicionalidade.

Não obstante, em 2002 a Comissão concluiu em uma Comunicação²⁷⁶ que avaliou o progresso da reforma na Agenda 2000, que os objetivos que

buscavam concretizar a integração ambiental na PAC não estavam sendo cumpridos de modo satisfatório, apesar de estarem à disposição dos Estados membros vários mecanismos que permitiam tal resultado, a aplicação da regulamentação continuava a ser desigual e pouca era a utilização dos mecanismos de ecocondicionalidade.

Seguindo essa análise, outra reforma da PAC é realizada em 2003, traçando como objetivos²⁷⁷ principais a melhoria da competitividade da agricultura europeia, a promoção de uma agricultura sustentável e mais orientada pelo mercado e o fortalecimento do desenvolvimento rural. Sinalizava ainda a necessidade de simplificação da regulação da PAC, desburocratizando seu procedimento, a correção das ainda existentes desigualdades entre produtores e a adoção de medidas ecocondicionalizadas (ou de *cross-compliance*) mais eficazes.

A reforma de 2003 elimina de vez o elo entre produção e subsídios, isto é, os pagamentos são desligados do fator produção, motivando os agricultores a tomarem decisões baseando-se em critérios de mercado e não mais nos auxílios disponíveis por produtos.

Agora as ajudas passam a ser diretas aos produtores, na forma de um pagamento unitário, correspondentes ao tamanho da sua propriedade, com base em referências históricas (mais especificamente com base nas ajudas recebidas entre 2000-2002) com o requisito de respeitarem certas medidas ambientais e também de bem-estar animal e segurança alimentar, sob pena de sofrerem sérias sanções econômicas em caso de incumprimento.

Esse mecanismo de desligamento ou dissociação dos pagamentos reflete uma lógica de racionalização²⁷⁸ da PAC, tendo em vista os compromissos internacionais assumidos pela União e a adesão de novos países que impossibilitaria a continuidade do modelo anterior de ajudas ao produtor por quantia produzida. Passa a ser um modelo que flexibiliza a atividade do agricultor, sendo que este pode escolher, inclusive, nada plantar e ainda receber ajuda, desde que mantenha o terreno em boas condições agrícolas.

2. Proteção Ambiental na PAC Hoje

A Política Agrícola Comum de hoje surge como resultado de sua última reforma, em 2013, alcançada após extensivos debates entre instituições da União e seus cidadãos. A reforma de 2013 buscou aumentar a competitividade do setor, promover uma agricultura mais sustentável e a sua inovação e adotar medidas de suporte ao emprego e crescimento ou manutenção de áreas rurais.

A PAC encontra-se hoje fundada em dois pilares: o primeiro, de ajuda direta e medidas de mercado, e o segundo, as medidas do programa de desenvolvimento rural. As medidas de mercado que uma vez foram o principal instrumento da PAC agora passam a constituir uma mera rede de segurança a ser utilizada apenas em caso de diminuição súbita de preços. Já as medidas de desenvolvimento rural “têm por objetivo promover a competitividade, a gestão sustentável dos recursos naturais e o desenvolvimento equilibrado das zonas rurais através de medidas mais específicas e direcionadas”.²⁷⁹

As disposições que visam alcançar a proteção do meio ambiente estão presentes em ambos os pilares, pois condicionam o recebimento de pagamentos diretos dentro do primeiro pilar, e incluem-se também em certos parâmetros de esquemas agroambientais no segundo pilar.²⁸⁰

A integração da proteção ambiental na PAC atende, portanto, ao disposto no art. 11.º do TFUE, ao impor que as políticas e ações da União devem ser integradas por objetivos que promovam o desenvolvimento sustentável através da proteção do meio ambiente; entretanto, essa integração na PAC baseia-se em duas diferenças²⁸¹: 1. Assegurar uma agricultura sustentável ao evitar atividades danosas ao ambiente, sendo que uma agricultura sustentável²⁸² é aquela que desempenha funções de produção, ambientais e sociais; 2. Fornecer incentivos para produtos e serviços ambientalmente benéficos.

Nesse contexto, há medidas de proteção ambiental ²⁸³ que são de adoção obrigatória aos agricultores, assente no princípio de direito ambiental do poluidor pagador, que preconiza o dever de os produtores arcarem com os custos inerentes a boas práticas agrícolas, para tal é estabelecido um nível de referência que devem respeitar. No entanto, há outras medidas, que vão além dessas, pelas quais são os agricultores compensados por suas eventuais perdas de rendimento ou custos adicionais, em uma lógica de provedor recebedor (*“provider-gets principle”*).

Tal advém do entendimento de os agricultores desempenharem um duplo papel, de produtores de alimentos e também de guardiões do campo, e neste atua fornecendo serviços de utilidade pública²⁸⁴, fruídos por toda a sociedade, tais quais a manutenção da paisagem, conservação da biodiversidade, proteção do meio ambiente, entre outros. Sendo que o fornecimento de tais bens e serviços públicos não é recompensado através de mecanismos de mercado, os agricultores são intitulados a receberem ajudas financeiras no âmbito da PAC, para tal.

Podemos dizer que o atual modelo da PAC busca atender as necessidades contemporâneas da comunidade em que se insere, pois regula com grande ênfase o meio ambiente e a biodiversidade, e não deixa de ter em atenção o envelhecimento dos agricultores, trazendo medidas de incentivo aos jovens para aderirem ao setor agrícola, evitando que o mundo rural se deteriore ainda mais e venha a ser abandonado ou preterido pelas políticas públicas quanto a infraestruturas, por exemplo.

3. Modelo de Governança da PAC

O modelo de governança da PAC segue o princípio da subsidiariedade previsto no art. 5.º do Tratado da União Europeia (TUE), respeitante a repartição de atribuições entre a União e os Estados, ditando que o exercício das atribuições da União em matérias que não sejam de sua exclusiva competência só poderá ter lugar em casos em que os Estados membros não alcancem os objetivos gerais de modo suficiente e sejam melhor atingidos se executados pela União.²⁸⁵

Por outras palavras, a atuação da União na PAC é limitada ao absolutamente necessário²⁸⁶, permitindo aos Estados membros flexibilidade na sua atuação de modo a colocar medidas em prática que respeitem suas respectivas situações individuais, mas dentro dos limites e visando alcançar os objetivos e metas traçados pela União, garantindo, dessa forma, uma maior eficácia na implementação dessa política.

Sendo assim, foram elaborados, na última reforma, quatro regulamentos bases ²⁸⁷ e um com disposições de transição para o ano de 2014 (Regulamento n.º 1310/2013). Os quatro regulamentos versam sobre o desenvolvimento rural (Regulamento n.º 1305/2013), assuntos horizontais (Regulamento n.º 1306/2013), pagamentos diretos (Regulamento n.º 1307/2013), e medidas de mercado (Regulamento n.º 1308/2013).

Esses regulamentos, em cumprimento do princípio da subsidiariedade, traçam medidas específicas a serem adotadas pelos Estados membros, no entanto, permitem que façam escolhas quanto ao modo de executá-las e mesmo em certos assuntos permite-lhes escolher entre uma lista de modelos ou critérios para implementação das medidas.

Além do mais, a União prevê a existência de atos delegados²⁸⁸, com a finalidade de regular aspectos não essenciais da PAC, e atos de implementação que visam assegurar que os atos da União sejam aplicados uniformemente em todos os Estados Membros²⁸⁹. Os atos delegados

totalizam 10 e preveem, essencialmente, regras detalhadas que suplementam e retificam disposições dos regulamentos bases.

O regulamento relativo ao desenvolvimento rural (Reg. n.º 1305/2013) dispõe o dever de cada Estado membro elaborar seu respectivo programa de desenvolvimento rural, com um modelo predefinido cuja posterior revisão e análise incumbe à União. É interessante destacar que tal ato normativo enfatiza a necessidade de existir uma transferência de conhecimentos aos agricultores de modo a que venham a ter ciência de práticas ambientalmente sustentáveis, bem como serviços de aconselhamento (que é disposto no Reg. n.º 1306/2013) para que os ajudem a melhorar a gestão sustentável de suas propriedades e os informe das normas em matéria de condicionalidade (“*cross compliance*”).

Ainda neste regulamento prevê-se que os Estados membros devem destinar pelo menos 30% dos fundos do Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (FEADER) dedicado a cada programa de desenvolvimento rural na atenuação e adaptação das alterações climáticas bem como em questões ambientais. O pagamento por essas medidas deve ser o fundamento do desenvolvimento rural, na medida em que os agricultores irão ser motivados a adotarem certos comportamentos que trarão benefícios para toda a sociedade.

O financiamento da PAC é realizado através de uma gestão partilhada dos fundos²⁹⁰, provenientes de dois fundos: o Fundo Europeu Agrícola de Garantia (FEAGA) e do Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (FEADER), cabendo a cada Estado membro distribuí-los internamente de acordo com os critérios pré-estabelecidos nos regulamentos, no entanto a União tem a prerrogativa de fiscalizar a gestão dos fundos de cada EM para que assim a União possa cumprir com sua obrigação de verificar a existência e bom funcionamento do sistema de gestão e controle de despesas, tendo por base a proteção dos interesses financeiros da União.²⁹¹

Estão previstos, ainda, um sistema de avaliação dos impactos das medidas da Política Agrícola Comum, que são preparados pela Direção

Geral de Agricultura e Desenvolvimento Rural da Comissão e outros serviços da Comissão e são efetuados por entidades especialistas independentes, e os resultados obtidos das avaliações são direcionados aos principais decisores da Comissão e para outras instituições da União para que os tenham em conta quando formularem suas decisões.

4. Considerações Finais

No atual contexto de economia de mercado globalizado a lógica é a desregulação ou não intervenção nos mecanismos de mercado, não obstante, a PAC vai contra essa doutrina ao defender a intervenção, mas sempre justificada por fins de interesse público que, tais quais os motivos que levaram a criação da PAC no início dos anos 1960, não deixa de incluir o fornecimento de alimentos agrícolas, mas passa agora a incluir outros.

Dentro desses interesses que justificam a intervenção da União em um setor que está essencialmente relacionado ao mercado, estão os interesses de proteção do meio ambiente, talvez pela constatação de que o próprio triunfo inicial da PAC trouxe resultados desastrosos na qualidade do meio ambiente e manutenção da biodiversidade e das paisagens rurais, ou pelo surgimento de tais preocupações no cenário internacional; quaisquer que sejam os motivos, hoje o meio ambiente está intrinsecamente ligado à execução dessa política.

O modelo de governança da PAC é muito elaborado, mas tem evoluído em busca de sua simplificação para torna-la mais acessível aos agricultores. No que concerne a proteção ambiental, é hoje uma das prioridades fundamentais, estando presente nos dois pilares da PAC, no primeiro estabelecendo obrigações mínimas que devem ser observadas por todos os agricultores, sob a luz do princípio do poluidor pagador, e no segundo pilar, formando a base para o desenvolvimento rural, juntamente com medidas respeitantes ao clima, pelas quais os produtores são compensados por fornecerem um bem público.

A PAC está hoje inserida na estratégia de crescimento Europa 2020 que busca uma economia europeia sustentável, inteligente e inclusiva, e tais metas harmonizam-se com a regulamentação atual de ecologização (“*greening*”) dos pagamentos diretos bem como com as medidas agroambientais previstas no segundo pilar.

Vale ressaltar que as normas jurídicas que preveem a Política Agrícola Comum no TFUE continuam quase inalteradas com relação as inicialmente dispostas no Tratado de Roma, de 1957, por conseguinte, o valor destas está justamente em ter previsto apenas os objetivos gerais a serem alcançados, delegando a momento posterior, através de Conferências interestaduais, a sua concretização.

Tal tem sido posto em prática ao longo dos anos, com a primeira publicação da PAC em 1962 e suas subsequentes reformas, sempre atendendo as necessidades que a sociedade da respectiva época demandava, não sem controvérsia, como era de esperar de uma abordagem que intenciona ser comum em uma área que encontra tantas diferenças consoante a região.

Não obstante, podemos retirar dessa evolução que a PAC tem uma sólida estrutura jurídica que resistiu as inúmeras alterações dos tratados, adesões de mais Estados membros e alterações de modelos de sua execução, no entanto, paradoxalmente, podemos dizer, é também uma normatividade flexível pois permite a adaptação e modelação dos seus objetivos em diferentes abordagens, consoante as exigências que se fazem premente em certo momento histórico.

O meio ambiente hoje é um elemento essencial da PAC, como não podia deixar de ser, devido a intrínseca relação deste com a agricultura, estando presente em todas os âmbitos de sua aplicação, servindo também para justificar a ainda forte intervenção da União no setor agrícola, reforçando o entendimento de que as finalidades de proteção ambiental e as relacionadas serão melhores alcançadas se regulamentadas pela União, o que não prejudica a certa flexibilidade que os Estados membros têm em executá-las.

Podemos concluir que o modelo de governança da Política Agrícola Comum, obviamente corolário dos princípios estruturantes da União Europeia, consegue com certo sucesso, impor suas decisões a um conjunto de Estados com diferentes circunstâncias territoriais, geográficas, econômicas, sociais e culturais, em prol de alcançarem objetivos comuns pré-determinados, objetivos estes que vão alterando consoante as conjunturas da época e que atualmente incluem com grande destaque os de proteção ambiental.

5. Referências Bibliográficas

Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe (CVCE). *The Spaak Report*. Disponível em [\[http://www.cvce.eu/content/publication/2007/2/27/4b911a0a-6bd0-4e88-bff9-4c87690aa4e8/publishable_en.pdf\]](http://www.cvce.eu/content/publication/2007/2/27/4b911a0a-6bd0-4e88-bff9-4c87690aa4e8/publishable_en.pdf). Último Acesso: 23 de março de 2016.

Comissão das Comunidades Europeias. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu. *Indicadores da integração das preocupações de caráter ambiental na política agrícola comum*. COM (2000) 20 final. p. 7. Disponível em [\[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0020&from=en\]](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0020&from=en). Último acesso em: 25 de março de 2016.

Comissão Europeia. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social e ao Comitê das Regiões. *A PAC no horizonte 2020: Responder aos desafios do futuro em matéria de alimentação, recursos naturais e territoriais*. COM (2010) 0672 final. Disponível em [\[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0672&from=EN\]](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0672&from=EN) Último acesso em: 23 de março de 2016.

Commission of the European Communities. *Proposal for Council Regulation*. COM (2003) 23 final. 21.1.2003. P. 3. Disponível em: [\http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?

uri=COM:2003:0023:FIN:EN:PDF] Último acesso em: 25 de março de 2016.

Commission of the European Communities. “*The Development and ...*” *Op. Cit.* p. 18.

Commission of the European Communities. “*The Development and Future of the CAP*” COM (91) 100 final. Disponível em: [http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/1992-reform/com91-100_en.pdf]. Último acesso em: 24 de março de 2016.

Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu *Revisão intercalar da política agrícola Comum*. COM (2002) 0394 final. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52002DC0394&from=en]. Último acesso em: 23 de março de 2016.

Cooper, T., Hart, K. and Baldock, D. (2009) *The Provision of Public Goods Through Agriculture in the European Union*, Report for DG Agriculture and Rural Development, Contract No 30-CE-0233091/00-28, Institute for European Environmental Policy: London. Disponível em: [http://ec.europa.eu/agriculture/analysis/external/public-goods/summary_en_fr.pdf]. Último acesso em: 25 de março de 2016.

Cunha, Arlindo. *A Política Agrícola Comum na Era da Globalização*. Coimbra: Almedina, 2004. Pág. 14.

Cunha, Arlindo. *Op.Cit.* Pág. 152.

Cunha, Arlindo. *Op.Cit.* Pág. 83-124.

Dolgner, Maria do Rosário Dias Camelo. *A Política Agrícola Comum – Experiências Comparadas* (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2000.

European Commission. *Cap reform - basic regulations*. Disponível em: [http://ec.europa.eu/agriculture/cap-post2013/legislation/index_en.htm]. Último acesso em: 20 de março de 2016.

European Commission. *Delegated acts on the CAP reform – an explanation of the main elements*. MEMO/14/180. 11 March 2014. Disponível em

[http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-180_en.htm]. Último acesso: 20 de março de 2016.

European Commission. *Implementation of the CAP reform Delegated acts and implementing acts in relation with the CAP reform*. Disponível em: [http://ec.europa.eu/agriculture/cap-post-2013/implementation/index_en.htm]. Último acesso em: 27 de março de 2016.

European Commission. *Integrating environmental concerns into the CAP*. Disponível em: [http://ec.europa.eu/agriculture/envir/cap/index_en.htm]. Último acesso: 14 de março de 2016.

European Commission. *MEMO: CAP Reform – an explanation of the main elements*. Brussels, 25 October 2013. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-937_en.htm]. Último acesso em: 26 de março de 2016.

European Commission: *EU agriculture spending focused on results September 2015*. Disponível em [http://ec.europa.eu/agriculture/cap-funding/pdf/cap-spending-09-2015_en.pdf]. Último acesso em 28 de março de 2016.

Loyat, Jacques e Petit, Yves: *La Politique agricole commune (PAC): un enjeu de société*. 2ème éd. Paris: La Documentation française. 2002. pp. 31-32.

McMahon, Joseph A. *Op. Cit.* p. 41.

McMahon, Joseph. *EU Agricultural Law*. Oxford: Oxford University Press. 2007. p. 37.

Parlamento Europeu e Conselho: *REGULAMENTO (UE) N.º 1306/2013* de 17 de dezembro de 2013 relativo ao financiamento, à gestão e ao acompanhamento da Política Agrícola Comum. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:347:0549:0607:pt:PDF>]. Último acesso em: 20 de março de 2016.

Pires, Carlos Borges. *Agricultura e Ambiente – Contradições*. Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Agrária. 2000. p. 9.

Pires, Carlos Borges. *Op. Cit.* p. 16.

Porto, Manuel Carlos Lopes e Anastácio, Gonçalo. Coords. *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2012. Art. 5.º. pp. 35-36.

Unfried, Martin. “*The Cardiff Process: the Institutional and Political Challenges of Environmental Integration in the EU*”. In: Review of European Community and International Environmental Law. V.9, N.2 (2000).

Varela, J. A. Santos. *A Agricultura Portuguesa na PAC – balanço de duas décadas de integração 1986-2006*. Coimbra: Almedina. 2007. pp. 217-223.

-

²⁶⁴ Centre Virtuel de la Connaissance sur l’Europe (CVCE), *The Spaak Report*. Disponível em: [http://www.cvce.eu/content/publication/2007/2/27/4b911a0a-6bd0-4e88-bff9-4c87690aa4e8/publishable_en.pdf.]. Último Acesso em: 23 de março de 2016.

²⁶⁵ McMahon, Joseph. *EU Agricultural Law*. Oxford: Oxford University Press. 2007. p. 37.

²⁶⁶ Dolgner, Maria do Rosário Dias Camelo. *A Política Agrícola Comum – Experiências Comparadas* (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2000.

²⁶⁷ Cunha, Arlindo. *A Política Agrícola Comum na Era da Globalização*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 14.

²⁶⁸ McMahon, Joseph A. *EU Agricultural Law*. Oxford: Oxford University Press. 2007. p. 41.

²⁶⁹ Em Comunicação publicada em Fev. de 1991, a Comissão concluiu que dados mostravam que entre 1973 e 1988 a produção agrícola havia aumentado 2% ao ano, enquanto o consumo interno apenas 0,5%: “*The Development and Future of the CAP*” COM (91) 100 final. Disponível em: [http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/1992-reform/com91-100_en.pdf]. Último acesso em: 24 de março de 2016.

²⁷⁰ Pires, Carlos Borges. *Agricultura e Ambiente – Contradições*. Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Agrária. 2000. p. 16.

²⁷¹ Pires, Carlos Borges. *Agricultura e Ambiente – Contradições*. Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Agrária. 2000. p. 9.

²⁷² Vide sobre o desenvolvimento: European Commission. *Integrating environmental concerns into the CAP*. Disponível em: [http://ec.europa.eu/agriculture/envir/cap/index_en.htm]. Último acesso em: 14 de março de 2016.

- ²⁷³ Vide sobre esses eventos: Unfried, Martin. “*The Cardiff Process: the Institutional and Political Challenges of Environmental Integration in the EU*”. In: Review of European Community and International Environmental Law. V.9, N.2 (2000).
- ²⁷⁴ Vide sobre a reforma na Agenda 2000: Cunha, Arlindo. *A Política Agrícola Comum na Era da Globalização*. Coimbra: Almedina, 2004. pp. 83-124; e Varela, J. A. Santos. *A Agricultura Portuguesa na PAC – balanço de duas décadas de integração 1986-2006*. Coimbra: Almedina. 2007. pp. 217-223.
- ²⁷⁵ Loyat, Jacques e Petit, Yves: *La Politique agricole commune (PAC): un enjeu de société*. 2ème éd. Paris: La Documentation française. 2002. pp. 31-32.
- ²⁷⁶ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu *Revisão intercalar da política agrícola Comum*. COM (2002) 0394 final. Disponível em: [<http://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52002DC0394&from=en>]. Último acesso em: 23 de março de 2016.
- ²⁷⁷ Commission of the European Communities. *Proposal for Council Regulation*. COM (2003) 23 final. 21.1.2003. P. 3. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0023:FIN:EN:PDF>] Último acesso em: 25 de março de 2016.
- ²⁷⁸ Cunha, Arlindo. *Op.Cit.* p. 152.
- ²⁷⁹ Comissão Europeia. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social e ao Comitê das Regiões. *A PAC no horizonte 2020: Responder aos desafios do futuro em matéria de alimentação, recursos naturais e territoriais*. COM (2010) 0672 final. Disponível em [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0672&from=EN>] Último acesso em: 23 de março de 2016.
- ²⁸⁰ Vide sobre os principais elementos da reforma: European Commission. *MEMO: CAP Reform – an explanation of the main elements*. Brussels, 25 October 2013. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-937_en.htm]. Último acesso em: 26 de março de 2016.
- ²⁸¹ European Commission. *Integrating environmental concerns into the CAP*. Disponível em: [http://ec.europa.eu/agriculture/envir/cap/index_en.htm]. Último acesso: 14 de março de 2016.
- ²⁸² Comissão Comunidades Europeias. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu. *Indicadores da integração das preocupações de carácter ambiental na política agrícola comum*. COM (2000) 20 final. p. 7. Disponível em [<http://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0020&from=en>]. Último acesso em: 25 de março de 2016.
- ²⁸³ European Commission. *Integrating environmental concerns into the CAP*. Disponível em: [http://ec.europa.eu/agriculture/envir/cap/index_en.htm]. Último acesso: 14 de março de 2016.

- ²⁸⁴ Vide sobre o fornecimento de bens públicos: Cooper, T., Hart, K. and Baldock, D. (2009) *The Provision of Public Goods Through Agriculture in the European Union*, Report for DG Agriculture and Rural Development, Contract No 30-CE-0233091/00-28, Institute for European Environmental Policy: London. Disponível em: [http://ec.europa.eu/agriculture/analysis/external/public-goods/summary_en_fr.pdf]. Último acesso em: 25 de março de 2016.
- ²⁸⁵ Porto, Manuel Carlos Lopes e Anastácio, Gonçalo. coords. *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*. Coimbra : Almedina, 2012. Art. 5.º. pp. 35-36.
- ²⁸⁶ Commission of the European Communities. “*The Development and Future of the CAP*” COM ” COM reform/com91-100_en.pdf]. Último acesso em: 24 de março de 2016. p. 18.
- ²⁸⁷ European Commission. *Cap reform - basic regulations*. Disponível em: [http://ec.europa.eu/agriculture/cap-post-2013/legislation/index_en.htm]. Último acesso em: 20 de março de 2016.
- ²⁸⁸ European Commission. *Delegated acts on the CAP reform – an explanation of the main elements*. MEMO/14/180. 11 March 2014. Disponível em [http://europa.eu/rapid/pressrelease_MEMO-14-180_en.htm]. Último acesso: 20 de março de 2016.
- ²⁸⁹ Vide – European Commission. *Implementation of the CAP reform Delegated acts and implementing acts in relation with the CAP reform..* Disponível em: [http://ec.europa.eu/agriculture/cap-post-2013/implementation/index_en.htm]. Último acesso em: 27 de março de 2016.
- ²⁹⁰ Vide ficha técnica: European Commission: *EU agriculture spending focused on results* September 2015. Disponível em: [http://ec.europa.eu/agriculture/cap-funding/pdf/capspending-09-2015_en.pdf]. Último acesso em 28 de março de 2016.
- ²⁹¹ PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO: REGULAMENTO (UE) N.º 1306/2013 de 17 de dezembro de 2013 relativo ao financiamento, à gestão e ao acompanhamento da Política Agrícola Comum. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:347:0549:0607:pt:PDF]. Último acesso em: 20 de março de 2016.

DIRETIVA NITRATOS

Patrícia Costa Anache

Sumário:

1. Introdução. 2. O âmbito de ação da União. 2.1 A competência da União para determinar regras de proteção do ambiente. 2.2 Diretiva: conceito, fundamentação e regime jurídico. 2.2.1 Directiva 91/676/CEE – Nitratos e Poluição das Águas. 2.2.2 Directiva 2001/42/CE – Avaliação Ambiental Estratégica (AAE). 3. Análise do caso concreto: C-41/11 – TJUE. 3.1 Relato do caso. 3.2 Medidas judiciais adotadas. 3.2.1 Reenvio Prejudicial. 3.2.2 Problemática desenvolvida pelo Governo Belga após a apresentação do pedido de decisão prejudicial. 3.2.3 A decisão da Corte (TJUE). 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas. 6. Anexo – Quadro Esquemático

1. Introdução

Tem o presente trabalho o condão de explanar, em sucinto apontamento, um assunto atual e de grande conotação no Direito Europeu contemporâneo, qual seja, Direito Ambiental, sobretudo, no que diz respeito à sustentabilidade das águas.

Como sabido, água, produtos alimentares, oxigênio e energia são exemplo de bens raros e escassos que o homem vai buscar no ambiente

como elementos essenciais à vida. Face à obrigação de preservar o ambiente e de o explorar racionalmente, porque estão em causa a própria saúde e a subsistência, desde cedo se criou, mais concretamente a partir do início dos anos 70, uma forte convicção de a Europa ter de alargar os seus domínios de modo a incluir uma vastidão de matérias relacionadas com um corpo de normas jurídicas que vieram dar origem ao atualmente designado direito do ambiente.

Desde seu surgimento, a União Européia procurou dar resposta à defesa do ambiente em níveis de intervenção diversificados: a proteção da qualidade do ar e da água; a preservação dos recursos e da biodiversidade.

No presente estudo, abordar-se-á, inicialmente, sobre a gestão dos resíduos na água, especificamente a respeito do acúmulo de nitratos advindos da produção agrícola, mediante uso de fertilizantes, pesticidas e bactericidas que, se não forem devidamente controlados, a utilização excessiva dos mesmos resulta na contaminação de bacias de água, bem como outras consequências com impacto nefasto, cuja ação controladora, através da Diretiva Nitratos (41/676), é um dos vários domínios de ação ao nível da União. Dentre a aplicabilidade da mesma nos Estados-Membros, abordar-se-á também, sucintamente, a respeito da Avaliação Ambiental Estratégica, cujo comando normativo está na Diretiva 2001/42.

Em um segundo momento, serão feitas algumas considerações a respeito de um caso bastante recente e importante para o desenvolvimento do Direito Ambiental Europeu, a saber, Caso 41/11, julgado aos 28 de fevereiro de 2012, cujas partes são Inter-Environnement Wallonie ASBL e Terre Wallonne ASBL face a Région Wallonne (Bélgica), visto que esta última não cumpriu com a sensata adequação da norma nacional ao seu território.

Por conseguinte, será destacado o conflito de entendimento jurisprudencial quanto à questão de anulação de uma norma (plano ou programa que deveriam ser aplicados), emanada da Diretiva em comento, bem como a possibilidade de manter os efeitos desse plano ou programa.

2. O âmbito de Ação da União

2.1 A competência da União para determinar regras de proteção do ambiente

Como conjunto de normas jurídicas integradoras dos Tratados [e como “Tratados” consideram-se atualmente o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nos quais se funda a União, tendo ambos o mesmo valor jurídico (artigo 1º TFUE)], a proteção do ambiente começa por integrar os artigos 174-176 e 191, do TUE e artigos 21 ‘d’, ‘e’, ‘f’ e ‘g’, do TFUE²⁹², traçando objetivos gerais a serem alcançados e/ou respeitados pelos Estados-Membros.

Tais normas confirmam o empenho da União no desenvolvimento sustentável da Europa, assente, entre outros fatores decisivos, num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. Mas porque se trata de um tema que tem necessariamente repercussões à escala global, a União abre ao mundo, ao nível da sua ação externa, a contribuição para o desenvolvimento de medidas internacionais para preservar e melhorar a qualidade do ambiente e a gestão sustentável dos recursos naturais à escala universal, a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável, como bem preceitua o artigo 21, 2, alínea ‘f’, do TUE²⁹³.

Embora seja indesmentível a influência que tem tido, por via da sua legislação, no conjunto do território europeu, a verdade é que em matéria de ambiente a União, por força do princípio da atribuição de competências (previsto, entre outros, nos artigos 4º, nº 1, e 5º, nº 1, TUE e nos artigos 2º a 4º e 7º TFUE), não dispõe de uma competência exclusiva; dispõe apenas de competência partilhada.²⁹⁴

Tal assertiva denota-se do artigo 2º, nº 2, conjugado com o artigo 4º, nº 2, alínea ‘e’ do TFUE, visto que tanto a União como os Estados-Membros podem legislar e adotar atos juridicamente vinculativos neste domínio (apesar da atribuição expressa de competência à União e aos Estados, os

Municípios também são autorizados a legislar sobre matéria ambiental com relação a questões específicas consideradas de interesse local), fato esse que tem permitido obter uma desejável harmonização das disposições legislativas e regulamentares nacionais e confirma a influência que, por esta via de aproximação normativa, a União foi alcançando desde a inserção da importante política de proteção do ambiente nos primitivos Tratados, em significativo número de casos por responsabilidade direta atribuída à diretiva, como ato jurídico privilegiado neste contexto.

E visando facilitar a implementação da norma da União aos Estados-Membros, em grande parte por influência da diretiva, o legislador da União imprimiu balizas ao legislador nacional, as quais determinam limites, mínimos e máximos, quanto à solução normativa consagrada.

2.2. Diretiva: conceito, fundamentação e regime jurídico

Como medida privilegiada de harmonização das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, a diretiva, conforme preceitua o atual artigo 288º, terceiro parágrafo do TFUE, vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. Do que resulta que a solução concreta prevista no texto da diretiva terá de ser implementada, ou seja, transposta, dentro do prazo e nas condições que tal ato jurídico impõe aos seus destinatários, com vista a atingir a obrigação de resultado.²⁹⁵

Os Estados-Membros estão, assim, obrigados a tomar todas as medidas de direito interno necessárias à execução dos atos juridicamente vinculativos da União, em que se incluem naturalmente todas as medidas de harmonização provenientes desta organização. O que é, de resto, uma clara consequência do princípio da cooperação leal, previsto no artigo 4º, nº 3, TUE, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados.

Em uma análise mais aprofundada, alguns autores entendem que a diretiva resulta uma obrigação de conteúdo positivo, eis que os Estados-Membros devem providenciar todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das Instituições da União.

Sob outro vértice, pode ser também uma obrigação de conteúdo negativo, uma vez que os Estados-Membros devem facilitar à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União.²⁹⁶

Considerando-se apenas que a diretiva é caracterizada pela flexibilidade de utilização, já que estabelece uma obrigação de resultado, mas deixa aos Estados-Membros a liberdade de escolherem os meios para o alcançar, em matéria ambiental, tem-se que aos Estados-Membros implica adotar disposições nacionais baseadas em provas científicas relacionadas com a proteção do ambiente e, posteriormente, de acordo com o resultado obtido nos relatórios científicos, adaptar a melhor medida de harmonização destinada a satisfazer exigências em matéria de proteção ambiental.

A inexistência de qualquer medida de transposição de uma directiva para a consecução do resultado nela prescrito no prazo para o efeito estabelecido, constitui, por si só, uma violação caracterizada do direito comunitário e, em consequência, cria, em favor dos particulares lesados, um direito a reparação se o resultado prescrito na directiva implicar a atribuição, em benefício dos particulares, de direitos cujo conteúdo possa ser identificado e se existir um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido, além da possibilidade de os Estados-Membros infratores serem penalizados com aplicação de multa.²⁹⁷

2.2.1. Directiva 91/676/CEE – Nitratos e Poluição das Águas

De acordo com o que consta no preâmbulo da norma supracitada, a Directiva 91/676/CEE visa proteger as águas contra a poluição causada por nitratos provenientes da agricultura, através da adoção de uma série de medidas cuja execução cabe aos Estados-Membros. Dentre as medidas de adequação, tem-se o monitoramento das águas superficiais e subterrâneas afetadas por ou vulneráveis à contaminação, designar zonas vulneráveis e que alimentam as águas identificadas, desenvolvimento de códigos de boas práticas agrícolas, programas de ação juntamente com os agricultores da região afetada, bem como a revisão da aplicabilidade da norma e suas consequências, pelo menos a cada quatro anos após a designação de zonas vulneráveis e programas de ação.

Tal prática se tornou necessária ante a uma contínua deterioração da qualidade da água devido ao desenvolvimento de fazendas de pecuária intensiva e, como se não bastasse, além das áreas já estarem saturadas, estas culturas intensivas passaram a utilizar, em quantidades excessivas, herbicidas, pesticidas e outros produtos químicos do tipo fertilizantes.

Tendo em vista que tal prática desrespeitava a utilização sustentável da cultura agrícola, necessária se fez uma Conferência Ministerial, realizada em Frankfurt, em 1988, a fim de reavaliar a legislação sobre proteção da água. Os participantes dessa conferência sublinharam a necessidade de melhorar a legislação, o que resultou na aprovação da Directiva de águas residuais urbanas e à directiva relativa aos nitratos (o nitrato/azoto é formado por reações de oxidação do nitrogênio, normalmente associada à ação de nitrobactérias em solos).²⁹⁸

A partir de então, todos os Estados-Membros tinham o prazo de três anos para transposição da norma supracitada em seus territórios. Assim, elaboraram programas de ação, com vista a combater o uso excessivo dos produtos químicos por agricultores.

Após uma série de análises visando o controle e qualidade da água, tem-se que a aplicabilidade da diretiva em comento mostra-se eficaz: entre 2004 e 2007, a concentração de nitratos nas águas superficiais manteve-se estável ou diminuiu em 70% dos pontos monitorizados.²⁹⁹

2.2.2. Directiva 2001/42/CE – Avaliação Ambiental Estratégica (AAE)

Trata a referida norma de contribuir para a integração das considerações ambientais na preparação e aprovação de Planos e Programas (adequação da directiva 91/676). É, pois, uma diretiva da União Europeia no domínio da proteção ambiental, cujo âmbito está em avaliar todos os planos e programas que podem produzir efeitos ambientais.

O processo de avaliação ambiental será finalizado para indicar, descrever e avaliar todos os efeitos que podem acontecer no ambiente quando os planos e programas são implementados e como consequência todas as soluções alternativas que podem ser realizados com base em objetivos e planos e programas de áreas ambientais.³⁰⁰

A Avaliação Ambiental requer basicamente: preparação de um Relatório Ambiental (RA), no qual será dito sobre efeitos significativos sobre o ambiente e alternativas identificadas; realização de consultas (autoridades ambientais, público e eventualmente outros Estados Membros); que o RA e os resultados das consultas sejam tidos em consideração antes da aprovação do plano ou programa; que depois da aprovação do plano ou programa a informação relevante seja disponibilizada aos interessados; e, por fim, que os eventuais efeitos significativos da execução do plano ou programa sejam controlados e corrigidos.³⁰¹

Os objetivos da Directiva 2001/42 são referidos, designadamente, no seu artigo 1.º, *in verbis*:

“Artigo 1º: a presente diretiva tem por objetivo estabelecer um nível elevado de proteção do ambiente e contribuir para a integração das considerações ambientais

na preparação e aprovação de planos e programas, com vista a promover um desenvolvimento sustentável. Para tal, visa garantir que determinados planos e programas, suscetíveis de ter efeitos significativos no ambiente, sejam sujeitos a uma avaliação ambiental em conformidade com o nela disposto”.

Entrementes, o escopo dessa diretiva baseia-se no entendimento de que todos os planos e programas com efeitos ambientais relevantes precisam de uma avaliação ambiental, cabendo aos Estados-Membros controlar os efeitos ambientais relevantes produzidos pelos planos e execução de programas, a fim de identificar imediatamente os efeitos negativos e inesperados e adotar ações corretivas.

Sucintamente, consiste no seguinte: preparação de um Relatório Ambiental – Realização de consultas (autoridades e público) – Aprovação do plano ou programa – Execução – Controle e/ou correção dos efeitos da execução do plano ou programa.

3. Análise do Caso Concreto: C-41/11 - TJUE

3.1. Relato do caso

Trata-se, o presente caso, de um litígio entre *Inter-Environnement Wallonie* e *Terre Wallonne ASBL* face a *Région Wallonne*, advinda de uma disputa entre duas ONGs belgas, *Inter-Environnement Wallonie ASBL* e *Terre Wallonne ASBL*, interessadas em fazer a avaliação ambiental na região da Valônia, como cumprimento da Diretiva 2001/42.³⁰²

Antes, porém, há que citar que, para dar cumprimento ao estabelecido pela directiva 91/676 (nitratos), o Reino da Bélgica estabeleceu um programa sustentável para a fertilização dos campos, bem como outros assuntos de interesse ambiental. Instituiu o Código Ambiental Belga

(Moniteur Belge, de 09 de julho de 2004), como medida de transposição da diretiva 91/676.

O referido Código Ambiental possui vários anexos, dentre eles o anexo V, aprovado pelo Decreto do Governo da Valônia, de 17 de março de 2005, relativo ao livro I do Código do Ambiente, no qual contém, designadamente, o programa de ação para a qualidade do ar, o programa de ação para a qualidade dos solos e o programa de ação para a proteção da natureza. Contudo, esse anexo não inclui o programa de ação para a gestão do azoto na agricultura nas zonas vulneráveis, deixando assim, a desejar quanto ao assunto nitratos.

Como se não bastasse, além do equívoco supramencionado, em referido Código não constam diretrizes sobre a realização de Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) em sua região, conforme exigido pela Diretiva 2001/42.

Por esse motivo, ante as irregularidades supracitadas, as ONGs requereram, na justiça, a anulação de todo o programa estabelecido pelo governo Belga, eis que, por se tratar de ‘programa’, tal feito deveria ter o impacto ambiental avaliado, o que de fato, não ocorreu.

Em resposta, a *Région Wallonne* ponderou que uma anulação retroativa do programa causaria à Bélgica uma violação à diretiva relativa aos nitratos, resultando em um conflito de deveres.

Em setembro de 2005, o Tribunal de Justiça Belga assim procedeu³⁰³:

- a) declarou que, não tendo adotado no prazo previsto as medidas necessárias para a aplicação integral e correta dos artigos 3.º, 1 e 2, 5.º e 10.º da Diretiva 91/676 na Região da Valônia, o Reino da Bélgica não tinha cumprido as obrigações que lhe incumbiam por força desta diretiva;
- b) suscitou reenvio prejudicial ao TJUE, pedindo esclarecimento quanto os significados de ‘planos’ e ‘programas’ da diretiva nitratos, bem como sua aplicabilidade;

Em resposta, o TJUE entendeu que o programa de ação aprovado por força do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 91/676 constitui um ‘plano’ ou ‘programa’ quando nele contém medidas cujo respeito condicione a emissão da autorização suscetível de ser concedida para a realização dos projetos enumerados nos anexos I e II da Diretiva 85/337.

Paralelamente, por força de execução do acórdão que declarou a Região da Valônia incumpridora dos objetivos estabelecidos pela diretiva 91/676, o governo belga, por meio de Decreto, alterou a legislação ambiental da região da Valônia, incluindo planos e programas sustentáveis, porém, ‘esqueceu-se’ de complementá-lo quanto à gestão sobre azotos, gerando, por mais essa vez, confronto com as ONGs supracitadas, que, por sua vez, requereram novamente ao *Conseil d’État* a anulação de toda a legislação alterada, alegando, nomeadamente, que constituía um «programa» na aceção da Diretiva 2001/42 e que deveria, por isso, ter sido sujeito a uma avaliação ambiental nos termos desta diretiva. O Governo da Valónia alegava, em contrapartida, que o programa de gestão do azoto na agricultura não estava abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2001/42.

Por outro lado, a Terre Wallonne tinha pedido a suspensão cautelar da eficácia do decreto recorrido. Contudo, por acórdão de 7 de agosto de 2007, o órgão jurisdicional de reenvio indeferiu esse pedido, considerando que «a suspensão da eficácia do ato recorrido teria o efeito de prolongar a omissão da parte contrária, anterior a esse ato», e que, por outro lado, essa associação não tinha demonstrado poder invocar a concretização do pressuposto de um dano grave dificilmente reparável causado pela execução do ato recorrido.³⁰⁴

Nestas condições, o *Conseil d’État*, por decisões de 11 de março de 2009, decidiu anular certos artigos do decreto recorrido, mantendo, porém, os efeitos de alguns desses artigos quanto às exceções concedidas e ainda os efeitos relativos às decisões tomadas anteriormente, fundamentando que a anulação retroativa de todo o programa causaria violação da directiva nitratos pela Bélgica, resultando em um conflito de deveres.

A essa questão, o Advogado Geral Kokott concluiu que, *‘numa decisão judicial interna sobre um plano ou um programa adotado sem a necessária avaliação ambiental prevista na Directiva 2001/42, deve se verificar quais as normas que irão substituir a medida controvertida caso esta última seja anulada’* (isto é, entendeu que a anulação de programas mal adotados poderiam prejudicar o objetivo da Diretiva 2001/42).³⁰⁵

Disse ainda que, *‘caso as novas normas sejam mais desfavoráveis para o ambiente do que a medida controvertida, o órgão jurisdicional pode, sem violar o princípio da efetividade, decretar a manutenção em vigor provisória das medidas existentes até que seja adotada uma medida substitutiva baseada numa avaliação ambiental’* (ou seja, ponderou que o Tribunal Nacional equivocou-se, ao decidir sobre a anulação do programa sustentável que estava em vigor, sem examinar o programa que substituiria o anulado).

3.2. Medidas judiciais adotadas

3.2.1. Reenvio Prejudicial

Tendo em vista as condições supramencionadas, bem como o parecer do Advogado Geral no sentido contrário à decisão que foi tomada pelo Tribunal Nacional, o *Conseil d’État* decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

“É compatível com o direito da União que se mantenha em vigor um programa de ação no domínio do ambiente, adotado em violação de uma directiva processual, até a adoção de uma medida substitutiva, quando o referido programa transpõe o conteúdo de uma outra directiva?” ³⁰⁶

Antes, porém, de adentrarmos à resposta da questão suscitada, cabe por bem dizer o que se trata reenvio prejudicial.

Partindo do pressuposto jurisprudencial, tem-se que "*o reenvio prejudicial é um instrumento de cooperação judiciária (...) pelo qual um juiz nacional e o juiz comunitário são chamados, no âmbito das competências próprias, a contribuir para uma decisão que assegure a aplicação uniforme do Direito Comunitário no conjunto dos estados membros*". (acórdão Schwarze, de 01/12/1965, proc. 16/65).³⁰⁷

Previsto no artigo 234 do Tratado de Roma, trata-se de um processo exercido perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual permite a uma jurisdição nacional interrogar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação ou a validade do direito europeu, isto é, está aberto aos juízes nacionais dos Estados-Membros, que podem recorrer ao Tribunal para o interrogar sobre a interpretação ou a validade do direito europeu num processo em curso.³⁰⁸

Ao contrário dos outros processos jurisdicionais, o reenvio prejudicial não é um recurso formado contra um ato europeu ou nacional, mas sim uma pergunta relativa à aplicação do direito europeu, cujo efeito favorece a cooperação ativa entre as jurisdições nacionais e o Tribunal de Justiça e a aplicação uniforme do direito europeu em toda a UE.³⁰⁹

Em outras palavras, a instância jurisdicional comunitária apenas delibera sobre a questão prejudicial que lhe for colocada – elementos constitutivos do processo (seja a determinação de validade de uma dada norma jurídica seja a sua correta interpretação), competindo-lhe devolver o processo ao juiz nacional que suscitou a dúvida, com a questão prejudicial resolvida, devendo-se, por fim, o juiz nacional decidir a questão em última instância.

3.2.2. Problemática desenvolvida pelo Governo Belga após a apresentação do pedido de decisão prejudicial

Tendo em vista que houve anulação do decreto recorrido, sendo mantidos apenas os efeitos do mesmo, o Governo da Valônia, aos 31 de março de 2011, adotou um outro Decreto que alterou o livro II do Código do Ambiental Belga, o qual inclui o Código da Água no que respeita à gestão duradoura do azoto na agricultura.

O artigo 1.º do novo decreto indica que este último transpõe a Diretiva 91/676, enquanto o artigo 4.º dispõe que o decreto recorrido é revogado. Em contrapartida, o artigo 8.º deste novo decreto dispõe que os decretos de execução do decreto recorrido continuam em vigor até à sua total revogação.

Tais feitos corroboram inteiramente com a devida transposição da diretiva 91/676, igualmente com a diretiva 2001/42, de modo a ponderar a situação que até então era conflitante.

A consequência desses atos, por parte do Governo Belga, resultou na inadmissibilidade do pedido de reenvio prejudicial, cuja alegação, fundamentada pela Comissão, consubstanciou, a título principal, que, tendo em conta a adoção do novo decreto, nos moldes da diretiva 91/676, o pedido de decisão prejudicial perdeu objeto.

Contudo, não satisfeito com inadmissibilidade, insurgiu o *Conseil d'État* informando que, conforme jurisprudência assente, a recusa de o TJUE conhecer de um pedido apresentado por um órgão jurisdicional nacional só é possível se for manifesto que a interpretação que se pede para o direito da União não tem qualquer relação com a realidade ou o objeto da lide principal, quando a questão for de natureza hipotética ou ainda quando o Tribunal de Justiça não disponha dos elementos de fato e de direito necessários para responder de forma útil às questões que lhe são submetidas.

Em respeito à insurgência, o pedido foi reapreciado pelo TJUE.

3.2.3. A decisão da Corte (TJUE)

A Corte considerou que o decreto recorrido constitui um sistema organizado e indissociável, não sendo possível anular algumas partes deste decreto (relativa à utilização do azoto em zona vulnerável). Por essa razão, levando-se em consideração a anulação de todo o decreto recorrido, optou pela manutenção dos efeitos do decreto anulado.³¹⁰

Em face deste objetivo, o órgão jurisdicional de reenvio, tendo em conta a existência de uma consideração imperiosa ligada à proteção do ambiente, autoriza a fazer uso da sua disposição nacional que lhe permita manter certos efeitos de um ato nacional anulado, desde que sejam respeitadas as condições impostas.

Assim, aos 28 de fevereiro de 2012, os juízes da grande seção do Tribunal de Justiça responderam a questão prejudicial, devolvendo ao *Conseil d'État* o deslinde ao caso apresentado, que se deu da seguinte forma:

[...] “Tendo em conta as circunstâncias específicas do processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio poderá excepcionalmente ser autorizado a fazer uso da sua disposição nacional que lhe permite manter certos efeitos de um ato nacional anulado, na medida em que:

- esse ato nacional constitua uma medida de transposição correta da Diretiva 91/676;

- a adoção e a entrada em vigor do novo ato nacional que contém o programa de ação na aceção do artigo 5.º desta diretiva não permitam evitar os efeitos prejudiciais no ambiente resultantes da anulação do ato recorrido;

- uma manutenção excepcional dos efeitos desse ato apenas abranja o tempo estritamente necessário à adoção das medidas que permitam corrigir a irregularidade verificada”[...].

Tendo em vista que tais medidas já haviam sido cumpridas pelo Governo Belga da região da Valônia, as quais foram implementadas em 2011, tem-se por bem aludir que, muito embora tenha decorrido aproximadamente 20 anos do surgimento da diretiva 91/676, a questão não é mais controvertida, eis que resolvida em conformidade com o que acima foi elencado.

Não obstante, insta salientar que a novidade trazida pelo caso em comento não versa sobre a perfeita transposição e aplicabilidade das diretivas em ressalva, mas sim quanto ao fato de haver nulidade de normas que aludem a transposição de tais diretivas, mas cujos efeitos mantiveram-se presentes, eis que não se pode ‘fingir’ que, porque uma norma foi anulada (pois irregular), seus efeitos e consequências não existiram. Do contrário, o presente caso abriu margem para deslindar futuras controvérsias quanto à esta questão, já que, pelo princípio da vinculação, esse efeito vinculativo alcança também todas as jurisdições nacionais dos demais Estados-Membros.

4. Considerações Finais

As normas ambientais da União Europeia foram sendo desenvolvidas ao longo de décadas em resposta a toda uma variedade de problemas e, atualmente, são as mais exigentes do mundo. Hoje em dia, a luta contra as alterações climáticas, a preservação da diversidade, a redução dos problemas de saúde causados pela poluição e a utilização responsável dos recursos naturais constituem as grandes prioridades. Embora o objetivo principal seja proteger o ambiente, as iniciativas adotadas para dar resposta a estas prioridades também podem, na medida em que incentivam a inovação e o empreendedorismo, contribuir para o desenvolvimento sustentável, o crescimento económico, e até mesmo, inovações jurídicas.

Isso se dá no presente caso, em que, visando a correta implementação de norma nacional em seu território, a região da Valônia, Bélgica, em litígio judicial com ONGs interessadas em fazer avaliação ambiental na região,

abriu margem para preceitos jurisprudenciais que até então não tinham sido questionados e, conseqüentemente, embatidos. Trata-se do fato de se permitir anular uma norma (que visava cumprimento de diretiva da União), mas manter seus efeitos até então produzidos. Ainda mais quando se aplica à natureza, eis que os efeitos são irreversíveis e, por essa razão, ilusão seria desconsiderá-los. A resolução do caso, a meu ver, sendo perfeita ou não, contribuiu de certa forma em inovação jurídica, a considerar que, posteriormente, com o advento da solução da questão controvertida, a aplicabilidade da mesma se estende aos demais Estados-Membros, por força do princípio da vinculação.

Embora incompletas e pouco coerentes, o resultado que denota da questão em apreço, das redes de controlo das águas (contaminadas ou suscetíveis de contaminação por nitratos) criadas pela Bélgica – Região da Valônia, após uma série de percalços, é que foram devidamente implementadas a fim de transpor as diretivas que comandam o assunto (diretiva 91/676 e 2001/42).

5. Referências Bibliográficas

CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário* – vol. II. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1994.

CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*. Ed. LTr: São Paulo, 2004.

EUR-LEX. Acesso ao direito da União Europeia. Acórdão do Tribunal de 08 de Outubro de 1996 - Pedido de decisão prejudicial: Landgericht Bonn - Alemanha. - Directiva 90/314/CEE - Não transposição - Processos apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94, C189/94 e C-190/94. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994CJ0178:PT:HTML>> Acesso em 14 mar. 2012.

_____. C -41/11. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). Disponível em: <<file:///F:/LexUriServ.do%20Diretiva%20Nitratos%20-%20conclusao%20TJUE.htm>> Acesso em 08 mar. 2012.

_____. Acórdão do Tribunal de 1 de Dezembro de 1965. Pedido de decisão prejudicial: Hessisches Finanzgericht - Alemanha. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61965J0016:PT:NOT>> Acesso em 16 mar. 2012.

INFOCURIA. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Européia. Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5def0c291>

[cafd40349590af447fc9e48e.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oa34Se0?text=&docid=116105&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=894956](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5def0c291cafd40349590af447fc9e48e.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oa34Se0?text=&docid=116105&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=894956)> Acesso em 13 mar. 2012.

OLIVEIRA, Regis de, *Princípios Gerais do Direito Comunitário*, in BATISTA, Luis Olavo, *Direito Internacional no Terceiro Milênio*, Ed. LTR, São Paulo, 1998.

PEREIRA, António Pinto. Advogado. In: Revista Jurídica Território e Ambiente Urbano. Disponível online em: <<http://www.urben-nupi.pt/revista/index.php?r=44&art=66>> Acesso em 13 mar. 2012.

Serviço das publicações da União Europeia, 2010. Aplicação da Directiva Nitratos. Disponível em <http://ec.europa.eu/environment/water/water-nitrates/index_en.html> Acesso em 14 mar. 2012.

TMC Asser Instituut. Parecer sobre a continuação de Planos e Programas adotados erroneamente. Disponível em: <http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=7&level1=12218&level2=12247&level3=12486> Acesso em 13 mar. 2012.

WIKIPÉDIA, the free encyclopedia. Directiva 2001/42/CE. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/European_SEA_Directive_2001/42/EC> Acesso em 14 mar. 2012.

-

²⁹² O artigo 21, 2, 'd', do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia (TFUE) prescreve o seguinte:

“A União define e prossegue políticas comuns e acções e diligencia no sentido de assegurar um elevado grau de cooperação em todos os domínios das relações internacionais, a fim de: [...]”

d) Apoiar o desenvolvimento sustentável nos planos económico, social e ambiental dos países em desenvolvimento, tendo como principal objectivo erradicar a pobreza;” (grifei).

²⁹³ _____ “f) Contribuir para o desenvolvimento de medidas internacionais para preservar e melhorar a qualidade do ambiente e a gestão sustentável dos recursos naturais à escala mundial, a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável”.

²⁹⁴ PEREIRA, António Pinto. Advogado. In: *Revista Jurídica Território e Ambiente Urbano*. Disponível online em: <<http://www.urbe-nupi.pt/revista/index.php?r=44&art=66>> Acesso em 13 mar. 2012.

²⁹⁵ CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário* – vol. II. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1994.

²⁹⁶ CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*. Ed. LTr: São Paulo, 2004.

²⁹⁷ EUR-LEX. Acesso ao direito da União Europeia. Decisão emitida no Acórdão do Tribunal, aos 08 de Outubro de 1996 - Pedido de decisão prejudicial: Landgericht Bonn - Alemanha. Directiva 90/314/CEE - Não transposição - Responsabilidade e obrigação de indemnização do Estado-Membro. - Processos apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994CJ0178:PT:HTML>> Acesso em 14 mar. 2012.

²⁹⁸ Relatório da Comissão, de 19 de março de 2007, sobre a aplicação da Directiva 91/676/CEE do Conselho relativa à proteção das águas contra a poluição causada por nitratos de origem agrícola para o período 2000-2003.

²⁹⁹ Serviço das publicações da União Europeia, 2010. *Aplicação da Directiva Nitratos*. Disponível em <http://ec.europa.eu/environment/water/water-nitrates/index_en.html> Acesso em 14 mar. 2012.

³⁰⁰ INFOCURIA. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Européia. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5def0c291cafd40349590af447fc9e48e.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oa34Se0?text=&docid=116105&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=894956>> Acesso em 13 mar. 2012.

³⁰¹ WIKIPÉDIA, the free encyclopedia. *Directiva 2001/42/CE*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/European_SEA_Directive_2001/42/EC> Acesso em 14 mar. 2012.

³⁰² EUR-LEX. Acesso ao direito da União Europeia. Processo C-41/11. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). Disponível em: <<file:///F:/LexUriServ.do%20Diretiva%20Nitratos%20-%20conclusao%20TJUE.htm>> Acesso em 08 mar. 2012.

³⁰³ EUR-LEX. Acesso ao direito da União Europeia. Processo C-41/11. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). Disponível em: <<file:///F:/LexUriServ.do%20Diretiva%20Nitratos%20-%20conclusao%20TJUE.htm>> Acesso em 08 mar. 2012.

- ³⁰⁴ EUR-LEX. Acesso ao direito da União Europeia. Processo C-41/11. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). Disponível em: <file:///F:/LexUriServ.do%20Diretiva%20Nitratos%20-%20conclusao%20TJUE.htm> Acesso em 08 mar. 2012.
- ³⁰⁵ TMC Asser Instituut. *Parecer sobre a continuação de Planos e Programas adotados erroneamente*. Disponível em <http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=7&level1=12218&level2=12247&level3=12486>. Acesso em 13 mar. 2012.
- ³⁰⁶ EUR-LEX. Acesso ao direito da União Europeia. Processo C-41/11. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). Disponível em: <file:///F:/LexUriServ.do%20Diretiva%20Nitratos%20-%20conclusao%20TJUE.htm> Acesso em 08 mar. 2012.
- ³⁰⁷ EUR-LEX. Acesso ao direito da União Europeia. Acórdão do Tribunal de 1 de Dezembro de 1965. Pedido de decisão prejudicial: Hessisches Finanzgericht - Alemanha. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61965J0016:PT:NOT>> Acesso em 16 mar. 2012.
- ³⁰⁸ OLIVEIRA, Regis de, Princípios Gerais do Direito Comunitário, in BATISTA, Luis Olavo, Direito Internacional no Terceiro Milênio, Ed. LTR, São Paulo, 1998.
- ³⁰⁹ CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário*, II Volume – O Ordenamento Jurídico Comunitário, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1994.
- ³¹⁰ EUR-LEX. Acesso ao direito da União Europeia. Processo C-41/11. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). Disponível em: <file:///F:/LexUriServ.do%20Diretiva%20Nitratos %20-%20conclusao%20TJUE.htm> Acesso em 08 mar. 2012.

AS PESSOAS COLECTIVAS EMPRESARIAIS E A CRIMINALIDADE AMBIENTAL TRANSFRONTEIRIÇA: DIÁLOGO POSSÍVEL NO PANORAMA DO MERCADO COMUM EUROPEU

Jardel de Freits Soares³¹¹

Resumo: As discussões penais estão extremadas em alguns ideais e marcos teóricos que, trazidos pelos modernos criminalistas, discutem e polemizam a temática sobre a criminalização das empresas por prejuízos ecológicos no desempenho de suas atividades econômicas. As principais organizações capitalistas europeias, as pessoas coletivas, são as que mais agredem o meio ambiente, este bem jurídico tão valioso e insubstituível e que por isto merece destaque no que diz respeito à imputação criminal. Pretende-se dessa forma promover uma abordagem inovadora e uma crítica paralela acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por danos ambientais no âmbito do velho continente, além de provar que a responsabilização criminal da corporação é plenamente compatível com a tradicional teoria do delito, da culpabilidade e das funções da pena, desde que se adote a tendência moderna de flexibilização da dogmática jurídico-penal e supere a visão única do Direito Criminal clássico que compreende a perspectiva estritamente antropocêntrica. A metodologia a ser utilizada na pesquisa consiste no método exploratório, pois visa proporcionar uma maior familiaridade com o problema e torná-lo explícito, além de construir

novas hipóteses a serem estudadas. O procedimento metodológico utiliza-se de uma ampla pesquisa nas doutrinas, no meio eletrônico oficial e fundamentalmente nas jurisprudências dos Tribunais Superiores das nações integrantes da Comunidade Europeia. E como não poderia deixar de se fazer em um trabalho acadêmico, efetua-se também uma pesquisa de Direito Comparado, com a finalidade de um maior aprofundamento da evolução histórica e a conceituação teórica da conversão dos sistemas jurídicos. Assim sendo, observa-se que a proteção ao meio ambiente está ligada ao direito à vida, não somente as dos seres humanos, mas de todo o planeta, e a Ciência Criminal não pode ficar inerte diante do avanço da macrocriminalidade ambiental provocada pelas pessoas coletivas, principalmente após a criação da União Europeia.

Palavras-Chave: Empresas. Meio ambiente. Responsabilização criminal. União Europeia.

Abstract: Criminal discussions are extreme in some ideals and theoretical frameworks that brought by modern criminologists argue and controversies the theme on the criminalization of companies by ecological damage in carrying out their economic activities. The major European capitalist organizations, legal persons, are the most environmentally friendly, this legal as well as valuable and irreplaceable and therefore worth mentioning with regard to the criminal imputation. It is intended that way promote an innovative approach and a parallel criticism about the criminal responsibility of legal persons for environmental damage under the old continent, as well as prove that the criminal liability of the corporation is fully compatible with the traditional theory of the crime, the guilt and functions of the penalty, as long as we adopt the modern trend of easing the criminal legal dogmatic and overcome the unique vision of the classic criminal law comprising the strictly anthropocentric perspective. The methodology to be used in this research is the exploratory method, it aims to provide greater familiarity with the problem and make it explicit, and build new hypotheses to be studied. The methodological procedure makes use of extensive research in the doctrines, the official electronic media and

fundamentally in the jurisprudence of the Superior Courts of the member nations of the European Community. And as it could not be done in an academic paper, also effected a law research Compared with the aim of further deepening of the historical evolution and the theoretical conceptualization of the conversion of legal systems. Therefore, it is observed that environmental protection is linked to the right to life, not only human lives, but of the entire planet, and Criminal Science cannot remain inert before the advance of the big environmental criminality caused by legal persons, especially after the creation of the European Union.

Keywords: Companies. Environment. Criminal responsibility. European Union.

1. Introdução

Diante do mundo globalizado, os bens jurídicos atingidos são macrossociais, como o meio ambiente, cujos resultados danosos atingem a todos indistintamente. Nos países que fazem parte do Mercado Comum da Europa, as suas empresas, públicas ou privadas e no desempenho de suas atividades comerciais, estão degradando o meio ambiente de maneira cada vez mais predatória. Diante desta realidade nasce a macrocriminalidade ambiental comunitária, e por isso se faz urgente uma atuação mais enérgica por parte do Poder Público no combate a estas atividades econômicas inconseqüentes, pois as medidas de responsabilização cível e administrativa já não são mais suficientes para coibir a degradação dos recursos naturais, surge então à responsabilização criminal, como meio *ultima ratio* para amenizar este avanço prejudicial a todos.

Perante tais argumentos, surge então a seguinte problemática; qual a relação entre a degradação ambiental e os crimes ecológicos transnacionais no âmbito da União Europeia causados pelas pessoas coletivas?

O objetivo geral deste trabalho é o de analisar as teorias e as aplicações práticas da responsabilização das pessoas jurídicas face aos crimes

ambientais no âmbito europeu. No que se refere aos objetivos específicos destacam-se; provar que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por danos ambientais é seguramente compatível com a teoria do crime, da culpabilidade e das funções da sanção penal. Traçar um paralelo sobre as consequências práticas da degradação ambiental advindas após a criação da Comunidade Europeia e a parcela de contribuição das empresas. Estabelecer as vantagens, desvantagens e um estudo de Direito Comparado sobre a responsabilização das pessoas jurídicas com relação à tutela ambiental penal no Bloco do velho continente. Contribuir para uma política de criação de legislações especializadas e harmônicas para a solução das lides ambientais nos países membros da União Europeia.

As hipóteses mostraram-se outro ponto muito importante nesta pesquisa acadêmica, já que foram geradas com fundamento em novos paradigmas jurídicos e que consistem nos seguintes termos: estabelecer os pontos divergentes e convergentes dos estudiosos sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em face dos delitos ambientais; possibilitar à utilização da culpabilidade e da aplicação da pena as pessoas coletivas nos crimes ecológicos: analisar a contribuição das empresas para o aceleramento da degradação ambiental após a formação do Mercado Comum Europeu; confirmar que a responsabilização penal das pessoas coletivas por crimes ambientais é um avanço social e jurídico e não um retrocesso econômico ao Bloco Comunitário da Europa; defender a viabilidade na implementação de legislações ambientais harmônicas na União Europeia que possam solucionar os litígios advindos da macrocriminalidade ambiental.

Pelo exposto, demonstra-se a enorme necessidade em pesquisar sobre a responsabilização da pessoa jurídica por delitos ambientais nas relações de desenvolvimento econômico continental europeu. Em verdade, é difícil a tarefa de estudar esta questão, porém, não restam dúvidas sobre a importância deste trabalho acadêmico de Direito Comparado.

2. A Tutela Penal Ambiental e os Novos Paradigmas Criminológicos: Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas

Muito se discute sobre a viabilidade e efetividade do Direito Penal na seara ambiental, é dizer até que ponto a previsão de crimes e suas punições se tornam viáveis na tutela do meio ambiente.

Retirar a simbologia das Ciências Criminais da proteção ambiental não é aconselhável, principalmente diante da uma sociedade atual que ainda não respeita a preservação ecológica. E também os métodos não penalizadores utilizados estão impossibilitados de proteger o ecossistema como merece. Quer-se, sem dúvida, não utilizar normas criminais, mas enquanto não há esta possibilidade utiliza-se o que for necessário, ou melhor, a força do Direito Penal como *ultima ratio*. “De semelhante, o bem jurídico deve ser concebido como algo *digno* de proteção, *necessitado* de proteção e com *capacidade* de proteção” (PRADO, 2005, p.109-destaque no original).

O Direito Penal até então se preocupava apenas com os bens de caráter individualizado, mas a sociedade passou nos últimos anos por transformações imprevisíveis, e, portanto, os riscos atuais são outros, mais abrangentes, diferentes de décadas atrás.

Na visão de Soares (2013) os dogmas penais passaram por uma metamorfose. E sob outra perspectiva, não serve mais à tutela criminal exclusivamente individual, atualmente deve-se buscar a proteção dos grupos de seres vivos e de lugares.

A proteção ambiental é um interesse mais que único, diz respeito a um número significativo de titulares indeterminados, cujo pressuposto é a indivisibilidade ligada por circunstâncias factuais análogas, ou melhor, os direitos e obrigações quanto ao espaço ambiental ultrapassa os limites individuais. O meio ambiente pertence a todos os seres simultaneamente, em contrapartida nenhum ser o possui de maneira única. “Se todos os bens e recursos da Terra são patrimônio comum da Humanidade, então todos os seres humanos, pertencentes quer as gerações presentes quer as futuras,

devem ter acesso a esses mesmos recursos” (ARAGÃO, 2014, p.30-destaque no original).

O Direito Penal moderno diante destas modificações sociais tende a criar novos dogmas e especializações, pois somente assim terá condições de acompanhar as novas realidades delituosas e tornar-se mais efetivo.

As pessoas jurídicas são as que mais violam o meio ambiente, por isso que a Ciência Criminal moderna não pode ficar inerte diante destes novos acontecimentos sociais. E para que possamos tutelar de forma eficaz os bens ecológicos a penalização das empresas deverá ter uma atenção prioritária. Ao adotar a figura da responsabilidade criminal dos entes coletivos, a teoria clássica de que o ser humano é o único agente criminoso, devido a sua capacidade de vontade e consciência delitiva, será quebrada, pois os conceitos de culpabilidade, de aplicações das penas e de risco social serão outros totalmente diferentes. Soares (2015, p.240-destaque no original) relata que:

O macrocrime ambiental geralmente é cometido por corporações altamente organizadas e de elevada produção de bens e serviços. Os delitos ecológicos de grande escala crescem diariamente, pois contemporaneamente não existem mais barreiras alfandegárias, e o Poder Público não possui mais força suficiente frente aos grandes grupos econômicos. Os resultados e o *modus operandi* da macrocriminalidade ambiental não são comuns, possuem características próprias nunca analisadas pelos estudiosos e sentidas pela sociedade.

Na medida em que se criminaliza uma empresa por danos ambientais se rompe com paradigmas criminológicos estritamente antropocêntricos, e se passa a valorizar a vida como bem jurídico maior. Explicam bem a temática os professores Carlos Arcocha e Horacio Rubino (2007) ao afirmarem que a proteção ambiental deve modificar os seus valores e proteger o biocentrismo, é dizer, valorizar a vida como um todo e não apenas a figura antropocêntrica. O alcance não deve ser estritamente normativo, mas

axiológico. No mesmo sentido, Lorenzetti (2010) defende que a ideia de meio ambiente deve ter uma noção geocêntrica voltada no bem da coletividade, é dizer, no macrobem.

Assim, para proteger o meio ambiente deve-se romper com paradigmas. E uma das formas de começar a modificar estes paradigmas é a responsabilização penal das pessoas coletivas.

3. Historicidade e o Marco Teórico Sobre a Imputação Penal das Pessoas Coletivas

Faz-se necessário para entender o estado e o desenvolvimento do assunto abordado, um mergulho na história e nas teorias que cercam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. “Sin embargo, para poder formarse un juicio de valor sobre la posibilidad de aceptar esta responsabilidad de la persona jurídica, resulta necesario valorar las circunstancias de la estructura de la sociedad y de la vida social, así como los deberes y la función del ordenamiento jurídico como ordenamiento de coacción social, es decir, las funciones de la pena” (BACIGALUPO, 2001, p.37-38).

Quando a sociedade passou a organizar-se em *gens* (famílias) algumas regras de condutas foram impostas, caso fossem desobedecidas por um dos seus membros toda a comunidade personificada passaria a ser punida; tal medida aconteceu no período Babilônico com a criação do Código de Hamurabi (sec. XXIII a. C.). Na Coreia, país fortemente influenciado pelo sistema jurídico ditatorial da China, aconteceu a punição coletiva por meio do Código Ming, no qual punia as famílias por crimes de traição ou políticos. Outro exemplo é o Código de Manú (sec. XIII a. C.), implementado na Índia, onde a punição tornou-se uma marca de cunho religioso que poderia ser aplicada inclusive aos descendentes dos criminosos que ainda não nasceram.

No período do Direito Romano, inicialmente devido a sua característica de praticidade, não se adotava o conceito de personalidade da pessoa

jurídica. Com o advento do império surge a diferenciação, sem aprofundamento, de direitos e obrigações entre as corporações (*universitas*, *municipia* e *collegia*) e as pessoas naturais que faziam parte destas (*singuli*). No mais, o Direito Romano não se concebeu em regra a responsabilidade penal do ente coletivo (*societas delinquere non potest*).

Com relação aos gregos, a imputação penal era dividida em dois períodos: em um primeiro, admitindo a responsabilização criminal da pessoa coletiva, com sanções coletivas aplicadas aos grupos familiares ou clãs (séc. VII a. C.). Nesta época existiam ainda nas cidades as organizações coletivas sociais e religiosas chamadas de *tiasos*, semelhantes aos sindicatos de hoje, que eram punidas de forma corporativa pelos crimes cometidos. No segundo momento, mais individualista, advindo do desenvolvimento econômico, admitia somente a responsabilização penal das pessoas naturais, salvo nos crimes políticos e religiosos da época.

No entanto, fora no Direito Canônico que se construiu as bases da teoria da personalidade jurídica moderna. No período canonista, com forte influência do direito germânico, a igreja era considerada como a corporação mais importante, pois a ideia que se impunha era a de que os direitos não pertenciam aos fiéis, mas sim a Deus, que era representado pelas corporações eclesiásticas, em contrapartida, nasce assim um novo entendimento, em que há a separação do conceito entre a corporação eclesiástica sujeita de direitos (pessoa jurídica fictícia) e os religiosos (pessoa natural real) submissos àqueles devido ao teocentrismo. As sanções às cidades, comunas, congregações, conventos e entre outros poderiam ser de caráter material e espiritual.

Com a queda do autoritarismo Estatal e do corporativismo, os fundamentos iluministas e naturalistas, principalmente com o advento da Revolução Francesa, passaram a enfatizar mais a pessoa individual na ordem sócio-democrático do que mesmo a pessoa coletiva. Durante este período o tema passou por um desmerecido esquecimento, não por causa de discussões jurídicas, mas sim, por questões meramente políticas.

A discussão histórica foi importante para o embasamento do marco teórico sobre a capacidade penal da pessoa jurídica, no qual engloba dois grandes grupos, quais sejam:

A teoria da ficção – desenvolvida pelo Direito romano-germânico, sendo para a maioria dos juristas do século XIX o fundamento da noção de personalidade jurídica. Também chamada de teoria da realidade, fora instituída por Savigny, este pensamento afirma que as entidades possuem existência irreal adquirida por meio de liberalidade do Estado, onde não possuem conduta delituosa por não trazerem consigo a vontade e consciência de realizarem condutas típicas. Desta forma, o homem, é o único sujeito de direito e obrigações na órbita social e não se reconhece que a instituição seja sujeita ativa de delitos. *Societas deliquere non potest* devido não possuir culpabilidade (elemento psicológico) e muito menos disposição para ser penalizada. Os homens seriam sempre os verdadeiros sujeitos dos crimes cometidos quando representassem as pessoas jurídicas.

Por outra vertente, situa-se a teoria da realidade–teoria orgânica ou para alguns, teoria da personalidade real, cujos defensores mais ardentes são Otto Gierke e Zitelman e os seus pressupostos são totalmente diferentes da teoria da ficção, pois admitem que as entidades coletivas possuem uma existência indiscutível, diferentes dos indivíduos que as compõem e caracterizadas por finalidades específicas, podendo cometer delitos desde que levado em consideração alguns requisitos especiais em relação às pessoas naturais (*societas deliquere potest*). A pessoa jurídica obteve um processo de auto organização tão elevado que o torna um ente especial, passível, portanto, de direitos e responsabilidades também especiais. Os atos e mentes das pessoas físicas significam igualmente os atos e mentes das pessoas jurídicas quando representadas.

Na lição de Shecaira (1998) não se pode ocultar o reconhecimento da pessoa moral como uma realidade jurídica.

Portanto, verifica-se que, durante a história, os conceitos e as teses desenvolvidas em torno da responsabilidade das pessoas jurídicas

acarretaram longos debates e polêmicas que ainda se encontram longe de findar.

4. Estudo de Direito Comparado

Nestes intensos debates doutrinários e históricos, alguns blocos econômicos e países ao longo dos tempos adotaram conceitos favoráveis à aplicação da imputação criminal da pessoa jurídica, assim:

No Mercosul, em seu âmbito, foi criado o Protocolo de Defesa da Concorrência dos países que integram o Mercado Comum do Sul, assinado em 1996 na cidade de Fortaleza, Brasil, cujo objetivo é tornar livre e harmônica a circulação de riquezas entre os países do Bloco e combater a concorrência desleal. Neste diapasão, os artigos 2º, 3º, 27º, 28º e 29º do mencionado Protocolo responsabilizam e penalizam as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que de alguma forma desobedeçam às normas pactuadas. Sem dúvida, o Protocolo que tutela a concorrência na economia mercosulina demonstra a preocupação, embora ainda muito tímida, em estabelecer as premissas de uma harmonização legal no Mercosul que responsabilize as corporações. Embora, no que se refere à tutela ambiental até o presente momento não existe previsão normativa a respeito.

No Brasil, a questão ambiental tomou um grande corpo com a Constituição Federal de 1988, pois até então as normas que protegiam o meio ambiente eram ineficazes e serviam apenas como um paliativo para um problema que crescia a todo instante. Pela primeira vez na sua história, a Constituição brasileira, no seu título VIII, da ordem social, mais precisamente no artigo 225, seus incisos e parágrafos prevêm especificamente inúmeras políticas ambientais. Reza o texto que todos os cidadãos possuem direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de uso comum do povo e fundamental a sua vida. Impõe ainda ao Estado o dever de assegurar à coletividade e às futuras gerações a defesa e preservação ambiental.

Sem dúvida, o assunto na seara constitucional e ambiental que trouxe mais celeumas está expresso no artigo 225, §3º, que responsabiliza a conduta e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, onde seus infratores pessoas físicas ou jurídicas estarão sujeitas a sanções penais, administrativas e civis. Corroborando com essa premissa, o artigo 173, §5º estabelece que as pessoas jurídicas independentes da responsabilidade individual dos dirigentes serão responsáveis por atos praticados contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular.

Após a previsão constitucional, surgiu em 12 de fevereiro de 1998 a lei 9.605, cujo objetivo é a disposição sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, além de outras providências. Apesar das críticas, a lei ambiental brasileira é considerada pela maioria dos estudiosos um enorme avanço no que se refere à tutela ambiental.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos últimos anos adotou a teoria *societas delinquere potest*, é dizer, a pessoa coletiva poderá sim ser responsabilizada por crimes ambientais, desde que haja a intervenção direta do responsável pela pessoa jurídica na agressão ambiental. O uso de preceitos dogmáticos penais inovadores, decorrente das novas necessidades sociais, fez com que o Direito Penal de hoje não se preocupasse somente com a tutela individual, mas também com a proteção de direitos difusos e coletivos. A imputação penal das pessoas jurídicas se enquadra perfeitamente nesta nova era da Ciência Criminal. Assim, o STJ vem mantendo estes preceitos até os dias atuais:

PROCESSO RESP 564960 / SC RECURSO ESPECIAL

RELATOR; MINISTRO GILSON DIPP (1111)

ÓRGÃO JULGADOR: T5 - QUINTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO: 02/06/2005

DJ 13/06/2005 P. 331RDR VOL. 34 P. 419

EMENTA: CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial.

II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade

do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. "De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado."

IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade.

X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado...", pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.

XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator³¹² (grifo nosso).

As decisões do STJ com base constitucional rompem com as clássicas teorias do delito da responsabilidade individual subjetiva, pois entende os julgadores que diante da nova conjuntura a Ciência Jurídica deve adaptar-se a esta nova realidade para não promover impunidades. A responsabilidade das entidades coletivas não tem como base a culpa individual, mas sim, uma responsabilidade social de risco objetivamente.

Não obstante, em 2013, o STF (Supremo Tribunal Federal) passou a inovar os entendimentos anteriores quando julgou no Recurso Extraordinário de número 548181 a possibilidade da responsabilização criminal do ente coletivo, contudo, sob uma ótica diferenciada, já que trabalhou com a linha de imputação penal da pessoa jurídica dissociada da pessoa física. Da seguinte maneira se pronunciou a ministra relatora Rosa Weber:

RE 548181 / PR - PARANÁ RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 06/08/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação

ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às

corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido³¹³ (grifo nosso).

Com este entendimento, a Suprema Corte brasileira surpreende positivamente com sua última decisão, no entanto, surge a crítica da corrente teórica aplicada. O modelo de acréscimo, o qual é defendido pelo STJ, é o que possui maior viabilidade prática, já que se torna impossível e até prejudicial ao mecanismo jurídico dissociar a conduta subjetiva da pessoa física da conduta objetiva da corporação. Apesar de serem diferentes as condutas possuem um nexo causal inseparável e interdependente.

Na Venezuela, um membro pleno do Mercosul, possui expressamente no art. 3º, 4º e 6º da sua lei penal ambiental de nº4.358/92 a responsabilização criminal da pessoa jurídica por crime contra o meio ambiente, onde a pena pode variar de multa, proibição de contratar com o Estado até a medida de fechamento da entidade, desde que o dano seja gravíssimo aos bens ecológicos.

Na Bolívia, país associado do Mercosul, mais recentemente em 31 de março de 2010, promulgou-se a legislação denominada de “Lei da luta contra a corrupção, enriquecimento ilícito e investigação de fortunas”. Preleciona esta lei de nº 004 a responsabilidade penal da pessoa jurídica e a

obrigação de prevenir, investigar, processar e sancionar condutas de corrupção de seus prepostos, bem como recuperar o erário público afetado pelo ilícito.

No Chile, outro país associado ao Mercado Comum do Sul, possui em seu ordenamento jurídico a lei nº 23.393/2009, que prevê a responsabilidade criminal do ente coletivo de maneira autônoma da responsabilidade do seu empregado que houver participado da execução do delito de lavagem de dinheiro, financiamento de terrorismo e suborno a funcionários públicos nacionais e estrangeiros. Estabelece ainda que as empresas devem agir preventivamente por meio da criação de órgãos consultivos e deliberativos no combate ao crimes econômicos.

Nos Estados Unidos, a regra é a responsabilidade criminal das corporações que está vigente desde 1882 com a promulgação do Código Penal de Nova York. A responsabilização americana é a mais ampla dentre os países de origem *Common Law*, pois admite a imputação das empresas nas infrações dolosas e culposas quando cometidas por um empregado no exercício de suas funções, mesmo que a empresa não tenha obtido proveito com o fato delituoso e que seja cometido por funcionário de competência mediana dentro da corporação. Inclusive órgãos considerados públicos como os sindicatos também podem ser responsabilizados criminalmente.

Na China, país de sistema econômico socialista, prepondera à ideologia de que as corporações fazem parte do próprio Estado e seria inconcebível que as pessoas morais atentassem contra a ordem social. Todavia, com a abertura mesmo que gradual da economia chinesa ao mundo globalizado, cresceu uma mentalidade de que as pessoas jurídicas deveriam ser responsabilidades criminalmente, por sinal na década de 80 criou-se uma legislação que tipifica alguns delitos de contrabando e corrupção. Existe ainda uma forte tendência dos juristas chineses em estender a responsabilidade penal dos entes coletivos para o campo ambiental, já que as indústrias desta potência econômica em ascensão são as que mais contribuem para a poluição do planeta.

Na Austrália, em 1995, inovou o seu Código Penal com a adoção de uma responsabilidade criminal sobre as entidades quando permitir que seus funcionários, independente da função hierárquica, cometam algum delito. A corporação será penalizada por uma negligência do corpo coletivo. Há a concepção legal de que a empresa tem o dever de agir de maneira preventiva a impedir por meio de atos normativos internos ou condutas que os seus prepostos usem o ente coletivo para a realização de ilícitos. Esta corrente tem uma importante função: impedir que as empresas fiquem impunes nos delitos que foram causados por empregados de baixo escalão.

5. Da Culpabilidade e das Penas das Pessoas Coletivas

Apesar da teoria finalista da ação ter inovado totalmente a teoria do delito não satisfaz por completo os anseios da sociedade contemporânea, pois resumir à capacidade de ação a conduta somente humana é algo obsoleto e restrito.

Os crimes atuais abrangem danos de maiores proporções e mecanismos inovadores, com isso as teorias possuem a obrigação de se adaptarem a estas novas realidades sociais. Hoje, os bens jurídicos a serem penalmente protegidos ingressam diretamente numa ordem coletiva, como a ordem financeira e o meio ambiente, e não mais somente individual. Não significa o fim do finalismo, mas que poderá ser complementada e modernizada por outras teorias que venham a surgir.

A culpabilidade não pode mais estacionar em preceitos que não preenchem adequadamente as necessidades da realidade atual, que anseia por novos dogmas penais. O preceito culpável é o termômetro da evolução da Ciência Criminal, logo deve ser sempre avaliado se o seu conceito usual está de acordo com as carências sociais do momento.

Recentemente, na década de 70 nasceu a teoria do funcionalismo, cujas bases estão presentes na teoria sistêmica de Niklas Luhmann. O funcionalismo é uma teoria totalmente inovadora que ao longo dos anos vem agregando vários adeptos especialmente na Europa. Tese desenvolvida

por Claus Roxin, que mais tarde foi aprimorado por Jakobs, prega em seus fundamentos um método teleológico, onde se visa à funcionalidade do Direito Penal. Uma apuração menos ontológica do crime que prega a política criminal como método preventivo de paz social. Quer-se com o funcionalismo delimitar principalmente a importância da finalidade da pena como forma de prevenção geral positiva. Possui como alicerces a teoria da imputação objetiva e a extensão da culpabilidade para a categoria de responsabilidade. Fundamentos doutrinários bastantes revolucionários e com um alto grau de aplicabilidade prática.

Na teoria funcionalista, a ação é totalmente dependente dos pressupostos jurídicos da imputação, e a culpabilidade é uma forma de prevenção social, enquanto a pena funciona como o restaurador da estabilidade normativa. Critérios imprescindíveis para solidificar a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Para alguns, totalmente avessos a mudanças, não se pode falar em culpabilidade da pessoa jurídica à medida que esta não tem uma omissão ou agir independente, movido por ato volitivo íntimo, é dizer, uma conduta humana precípua. É pacífico que, quem não possui vontade, pressuposto do dolo na teoria tradicional do delito, não pode cometer delitos. Predomina o entendimento de que pessoa jurídica não tem vontade própria e isso é uma das razões pelas quais respeitáveis doutrinadores não aceitam sua responsabilidade penal, pois lhe falta um pressuposto básico e essencial, a conduta, ou melhor, o agir, a intenção, a finalidade.

Porém, o entendimento que vem tomando corpo perante os penalistas modernos acerca da culpabilidade da pessoa jurídica é aquele segundo o qual não se aplica ao ente coletivo o mesmo conceito de culpabilidade usual as pessoas naturais, medindo-a, nestes casos, de acordo com a sua capacidade de atribuição. O crime é imputado à pessoa jurídica quando houver, na prática do delito, interesse institucional precípua, o qual se verifica por meio do interesse econômico que o gerou.

A pessoa jurídica não pratica condutas criminosas, ela desenvolve atividades próprias, uma verdadeira conduta institucional. No

desenvolvimento de suas atividades pode o ente coletivo vir a agredir o bem jurídico e a agressão é consequência do interesse da instituição na obtenção de proveito financeiro, ou melhor, de sua responsabilização. E esta capacidade própria está para a responsabilização penal da pessoa jurídica, assim como a culpabilidade está para a responsabilidade criminal da pessoa física. “Reconhece-se real capacidade jurídica para o ente moral, como se fora uma pessoa física, não há obstáculos para fundamentar a responsabilidade pelos danos produzidos” (ROCHA, 2003, p. 59).

Seria uma forma inovadora de imputação penal, já que mudaria totalmente a forma clássica que vem sendo adotado com a conduta finalista da pessoa física. Agora os criminalistas poderiam enquadrar a conduta, até então considerada impossível, da pessoa jurídica e a lei penal apenas como base na pretensão econômica que é praticada e que veio direta e especificamente a violar os axiomas sociais. Insta acentuar, que a pessoa jurídica não comete crime, apenas é responsabilizada objetivamente (risco social) por uma conduta subjetiva realizada pela pessoa física, que atua em seu nome, criou e organizou o ente coletivo para uma finalidade específica.

Silvia Bacigalupo (2001, p.301-302-destaque no original) diz o seguinte:

Este criterio no se refiere a la peligrosidad de una persona física determinada, si no a la peligrosidad de *una cosa*, en este caso de la peligrosidad de la persona jurídica, que se pone de manifiesto en virtud de las acciones antijurídicas que realizan las personas físicas que actúan para ellas, las cuales serían un síntoma de peligrosidad. Por la forma de organización específica que caracteriza a una persona jurídica, ésta se presta a ser instrumentalizada para la realización de actividades delictivas y allí esa peligrosidad objetiva de la persona jurídica.

Merece esclarecer que a responsabilização objetiva não abandona a teoria finalista da ação totalmente, alguns elementos serão conservados e outros melhorados, contudo, surge uma nova forma de proteção penal mais enriquecida. O intuito deste enquadramento objetivo é viabilizar a aplicação

da teoria do delito, quanto à construção de um ato normativo anterior que tutele o bem jurídico, cuida-se de uma obrigação explicitamente típica.

A responsabilidade da corporação deve obedecer a certos requisitos, dentre os quais: deliberação no âmbito da pessoa jurídica por prepostos com poderes de representação; autor material vinculado em nome e benefício da pessoa jurídica; amparo no poder econômico do ente; a conduta delitiva da pessoa física materialize a atividade institucional e que as atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica dissimulem a sua verdadeira intenção econômica.

Desta forma, existe a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, para tanto, será imprescindível a quebra de paradigmas. *Mutatis mutandis*, em busca de uma maior proteção aos bens jurídicos considerados essenciais como o meio ambiente.

No que tange a aplicação das normas penais, as penas aplicáveis às pessoas jurídicas podem ser as seguintes: a pena de multa, suspensão parcial ou total das atividades, interdição temporária, proibição de contratar com o poder público, prestação de serviços à comunidade, liquidação forçada e a desconsideração da personalidade jurídica. “La posibilidad de compatibilizar el concepto de pena con la organización empresarial también ha constituido, sin duda, uno de los mayores escollos a la hora de institucionalizar la responsabilidad penal empresarial” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010, p.155).

No entanto, para aqueles, como Moraes (2002), que não adotam o entendimento da imputação penal aos entes coletivos (*societas deliquere non potest*), pois sustentam a inconstitucionalidade e a inaplicabilidade prática de tais preceitos, no por ferir princípios fundamentais expressos na *Carta Magna*, notadamente os princípios do devido processo legal, da individualização e da intranscendência da sanção penal.

Vale lembrar que a aplicação de sanções às corporações não fere nenhum princípio constitucional, ao contrário, encontra-se fundamentado nas premissas da *Carta Magna* de um país democrático, pois a responsabilização penal da pessoa jurídica irá penalizar uma ação humana,

que usou a atividade do ente moral altamente organizado e e com atividade institucional própria.

Outra crítica forte ao sistema de responsabilização criminal dos entes morais é com relação à mitigação da pena individual, ou seja, segundo os opositores, o Estado se preocupa tanto em punir as empresas, em busca da proteção coletiva, que se esquece de criar medidas mais eficazes para coibir os delitos individuais. No entanto, uma análise sem nexo e embasamento argumentativo, pois os crimes e penas de agentes individuais permaneceram, só que agora ao lado de crimes e penas das pessoas jurídicas.

De acordo com Roxin (2008), as aplicações de sanções as pessoas jurídicas, paralelas à punição dos autores individuais, terão um importante valor nos anos que se seguem na proteção ambiental e econômica, já que as maiores lesões sociais advêm do poderio das empresas.

Pelo exposto, verifica-se a viabilidade da culpabilidade objetiva e da aplicação de sanções a todas as pessoas jurídicas como forma de coibir o avanço da degradação dos recursos naturais.

6. A Construção Jurídica na Europa Sobre a responsabilidade Penal das Empresas e os Aspectos Ambientais

A responsabilidade penal das pessoas coletivas no âmbito dos países membros da União Europeia é ainda muito questionada, principalmente no que se refere aos problemas do meio ambiente. Pode-se observar nas diferentes culturas jurídicas que a temática é vista com muito receio, no entanto, no decorrer das últimas décadas alguns países europeus passaram adotar a imputação penal das pessoas jurídicas e com muito sucesso.

Dentre os países da Comunidade Europeia que entendem expressamente que as *societas deliquere non potest*, destaca-se:

A Itália, que adota o preceito que somente as pessoas naturais podem cometer crimes, embora, as pessoas coletivas respondam de forma

administrativa. O fundamento jurídico para negar a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas se encontra no artigo 27 da Constituição Italiana de 1948. No entanto, na seara administrativa constata-se uma evolução na aplicação de responsabilidade empresarial ao vigorar as leis de número 689/81, 287/90, 223/90 e 157/91, que prevêm a responsabilidade solidária da pessoa física e jurídica e a cominações de multas. Como também tramita a introdução da responsabilidade penal das pessoas coletivas no anteprojeto do código penal italiano.

Em contrapartida, existem países que preconizam a imputação criminal das pessoas coletivas de forma categórica, inclusive com um fulcro constitucional (*societas delinquere non potest*). Assim, reconhecem:

A Holanda, onde ilustra no artigo 51 do código penal de 1976, que tanto as pessoas físicas quanto jurídicas, públicas ou privadas, podem ser responsabilizadas por delitos. Para que reconheça a autoria da pessoa coletiva é primordial que o fato criminoso seja realizado dentro do contexto social, é dizer, que represente uma ação própria da pessoa jurídica e que tenha sido beneficiada. Insta acentuar, que a responsabilidade penal não exclui a responsabilidade administrativa.

Na França, com a implementação das ideologias iluministas e o advento da Revolução Francesa, as legislações que previam a responsabilidade criminal das pessoas morais foram desaparecendo. Entretanto, com o crescimento da nova ordem econômica mundial os juristas franceses foram agregando conhecimentos e paulatinamente reintroduziram o princípio *societas delinquere potest*. Com a entrada em vigor no ano de 1995 do atual Código Penal, no artigo 121 e seguintes, a França juntou-se plenamente ao rol dos países que admitem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, sempre que o crime for cometido por seus representantes ou órgãos e no interesse da instituição e atentem gravemente ao interesse coletivo. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito francês é fundamentada na atividade humana, em que a imputação do ente coletivo fica condicionada a intervenção da pessoa natural. A legislação francesa é muito ampla no que se refere à responsabilidade da pessoa coletiva, pois

abrange desde o homicídio culposo, até os crimes de terrorismo, corrupção e ambientais.

No país berço da Revolução Industrial, a Inglaterra, por causa da influência da doutrina da ficção vigorava o princípio *societas delinquere non potest*, contudo, após a nova fase do sistema capitalista onde as indústrias passaram a ser a força motriz da sociedade, as Câmaras Criminais (*Criminal Justice Act*) passaram a aplicar sanções aos entes coletivos, já que as atuações das empresas mudaram os conceitos tradicionais ao longo dos anos, inclusive criminal. A jurisprudência inglesa sustenta que os atos e estado mental dos dirigentes das pessoas jurídicas tornam-se os atos e o estado mental da entidade que representam (*brain centre*). Inclusive no Reino Unido já existe previsão legal da responsabilidade penal de empresas por crimes contra a natureza.

Na Dinamarca não se adotava a responsabilidade penal dos entes coletivos, salvo em determinadas legislações extravagantes, a exemplo da lei nº 358/91, que protege o meio ambiente. Segundo esta norma jurídica, tanto a pessoa física, que tomou a decisão, quanto à empresa poderiam ser responsabilizadas pelo crime ecológico. Contudo, foi introduzido em 1996 no código penal dinamarquês, mais precisamente no artigo 5º, a admissão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas naqueles casos expressamente previstos em lei.

Na legislação belga, onde possui a base da regulação jurídica francesa, a aceitação legal da teoria *societas delinquere potest* veio somente em 1999 com a modificação do artigo 5º do código penal. De acordo com esta lei criminal toda pessoa moral é penalmente responsável pelas infrações intrinsecamente ligadas a realização do seu objeto social ou na defesa de seus interesses ou daqueles nos quais os fatos demonstrem que tenham sido cometidos por sua conta e risco. No entanto, excluem os entes públicos de responsabilidade penal.

Evidencia-se ainda um grupo de países que adotam uma responsabilidade penal das pessoas coletivas de forma bem atípica, já que,

há uma limitação constitucional quanto à culpabilidade dos entes coletivos. Quais sejam:

Na Alemanha não se aceita a imputação penal das pessoas jurídicas por fundamento do texto constitucional, contudo, existe um reconhecimento no que concerne a matéria de infrações administrativas. Esta responsabilidade pressupõe que se alguma pessoa física atuar como representando de um ente moral e que de sua conduta representativa tenha originado um delito e beneficiado o órgão, deve-se aplicar a sanção de multa para coibir tal prática. Na cultura jurídica alemã adota um posicionamento *sui generis*, onde as pessoas jurídicas podem sofrer sanções pela via do chamado Direito Penal Administrativo. Bastante inovador, já que estas se constituem em infrações de menor gravidade e sua sanção não é uma multa penal (*Geldstrafe*), mas sim uma multa administrativa (*Geldbusse*). Resumem-se às infrações de ordem econômica e financeira. Trata-se de uma espécie de Direito Administrativo sancionador caracterizada por uma construção híbrida complexa entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Porém, torna-se inócua no caso de infrações de grandes proporções, pois o Direito Administrativo cuida de ilícitos de menor intensidade social, enquanto as violações de maiores consequências ficam a cargo da Ciência Criminal.

A Espanha, após a reforma penal de 1995, implementou no seu artigo 129 em relação à responsabilização das pessoas jurídicas duas medidas; as *consecuencias accesorias* e a investigação envolvendo o *actuar en nombre de otro*. Muitos debates acirrados surgiram acerca destas modalidades de aplicações penais, já que grande parte da doutrina espanhola entende de que se trata de sanções inclassificáveis, ou seja, nem são sanções de caráter penal e muito menos medidas de segurança propriamente ditas. Outro ponto que polemiza ainda mais o tema é com relação à natureza cautelar das consequências acessórias das pessoas jurídicas, desde que se comprove a necessidade excepcional da medida preventiva e tenha motivos racionais de criminalidade.

Em Portugal, a proibição da responsabilidade penal das pessoas coletivas se registra nos artigos 1º, 5º e 13º da Constituição lusitana. Por

outro rasgo, encontra-se no seu artigo 11 do Código Penal a previsão de que somente as pessoas físicas podem cometer crimes, salvo disposição legal expressa em contrário, bem como, no artigo 12 a figura do atuar em nome do outro. Para Iennaco (2010, p.82-83-destaque no original) a legislação portuguesa guarda alguns pontos específicos:

A responsabilidade criminal da pessoa jurídica se orienta por fundamentos criminológicos e razões de política-criminal, interiorizados pelo legislador português ao estabelecer a responsabilidade dos entes coletivos no campo natural do chamado *direito penal secundário* (Nebenstrafrecht), que, como bem lembrado por Sousa Mendes, é uma categoria doutrinária que foi forjada originariamente para denotar indiscriminadamente a legislação penal extracódigo, fundamentalmente ligada à defesa da economia.

Logo existem atos normativos esparsos no ordenamento jurídico português que estabelece a imputação criminal dos entes jurídicos. O primeiro a citar é o Decreto-lei nº 433/82 (institui o ilícito de mera ordenação social) que, no seu artigo 7º, trata da punição administrativa das empresas por meio de multas (coimas). Destaca-se outro importante Decreto-lei, o nº 28/84, que seguindo as recomendações do Conselho Europeu tipifica a imputação penal das pessoas coletivas, sociedades e associações de fato que infrinjam a ordem econômica e a saúde pública. Verifica-se ainda a Lei nº109/91, chamada de “Lei da Criminalidade da Informática”, que no artigo 3º preleciona que as pessoas coletivas, sociedades e associações de fato são penalmente responsáveis pelos crimes previstos na lei, quando cometidos em seu nome e no interesse coletivo pelos seus órgãos ou representantes. No artigo 10º dispõe sobre as penas que podem ser de: admoestação, multa e a dissolução da corporação.

No que se refere à Comunidade Europeia, como mercado integrado, existe a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, em particular nos artigos 85 e 86 do Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia (TCCE). De acordo com o Tratado as empresas e as associações comerciais

ficam proibidas de restringir, impedir ou fraudar a concorrência instituída por lei, através de acordos, decisões ou práticas concertadas, sejam estas dolosas ou culposas. As penalidades, que são exclusivas das pessoas jurídicas, já que a pessoa física que atuou em nome da empresa não é responsabilizada, variam de multa até a nulidade do ato, todavia, a sanção pode ser excluída se a conduta tiver como finalidade melhorar a produção ou distribuição de produtos para o progresso técnico ou econômico do Bloco da Europa.

Fato importante é que a resolução de nº 77 possui caráter apenas de recomendação³¹⁴ aos países signatários para que seja levado em consideração o princípio da responsabilidade criminal do ente moral, público ou privado, para a proteção do meio ambiente. Previsão esta equivocada, a meu ver, pois quando se trata de justiça comunitária de matérias fundamentais deve haver uma harmonização legal imposta a todos os pactuantes. “Como vimos, define-se a organização comunitária como um sistema organizado e estruturado de normas jurídicas, dotado de fontes próprias, e com autonomia bastante para, através de suas próprias instituições, interpretar suas diretrizes de forma coativa” (ROSA, 2001, p.83). No mesmo diapasão, Yepes Pereira (2009) defende que o Direito Comunitário é um mecanismo importante no processo da unificação europeia, pois está hierarquicamente superior aos países signatários.

Estas recomendações versam também sobre a criminalidade dos negócios (recomendação nº 81), sobre a proteção penal do consumidor (recomendação nº 82), e a uniformização da legislação sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas na Europa (recomendação nº 88).

7. Considerações Finais

Diante dos argumentos expostos constatou-se que:

- 1 - Surge atualmente a preocupação e a necessidade de proteger os bens ambientais por meio de legislações penais aplicáveis entre nações cada vez mais integradas no mundo globalizado. A política ambiental deixa de ser meramente local para alcançar horizontes transnacionais e comunitários.
- 2 - Alguns países pactuantes da União Europeia que adotam a teoria *societas delinquere potest* priorizam a proteção econômica, tributária e financeira; enquanto isso, a tutela do meio ambiente é deixada para segundo plano.
- 3 - Na Comunidade da Europa, as legislações dos países signatários sobre a imputação criminal das pessoas jurídicas demonstram enormes disparidades de aceitação. Infelizmente isto se transforma em um grande entrave, já que as normas comunitárias que tratam da temática são meramente recomendações. Contudo, mesmo com estas diferenças não há impedimento jurídico para à uniformização de normas coativas no âmbito comunitário europeu.

8. Bibliografia e Referências

ARAGÃO, Alexandra. O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. (coord. Antonio Herman Benjamin; Jose Rubens Morato Leite). São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014.

ARCOCHA, Carlos Enrique; ALLENDE RUBINO, Horacio L. Tratado de Derecho Ambiental. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007.

BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 2001.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 de jan. 2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 de jan. 2016.

CÓDIGO PENAL – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. São Paulo: Saraiva, 2015.

IENNACO, Rodrigo. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Curitiba: Juruá, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Fundamentos Modernos de La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Bases Teóricas, Regulación Internacional y Nueva Legislación Española. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria Geral do Direito Ambiental. São Paulo: Editora RT, 2010.

MORAES, Luís Carlos Silva de. Curso de Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Bruno Yepes. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal do Ambiente. São Paulo: Editora RT, 2005.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROSA, Pedro Valls Feu. Direito Comunitário: Mercosul e Comunidades Européias . Rio de Janeiro: Esplanada, 2001.

ROXIN, Claus. *Tem Futuro o Direito Penal?* In: Estudos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOARES, Jardel de Freitas. La Criminalidad Ambiental de las Empresas en el Mercosur. Cajazeiras: Real, 2013.

SOARES, Jardel de Freitas *et al.* Direito Constitucional e Direito Ambiental: Diálogos possíveis. São Paulo: Max Limonad, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. São Paulo: Editora RT, 1998.

-

³¹¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA), Buenos Aires-Argentina; professor de Criminologia, Direito Processual Penal e Direito Ambiental, Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Paraíba-Brasil.

³¹² Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 de jan. 2016.

³¹³ Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 de jan. 2016.

³¹⁴ Infelizmente as normas comunitárias atualmente ainda carregam um caráter meramente de assistências mútuas, diplomático-político e não propriamente uma norma internacional jurídicocriminal de cunho sancionador e protetivo. Uma verdadeira *soft-law*. Desta maneira, torna-se quase que inútil este tipo de ato normativo para uma proteção penal mais efetiva e enérgica a nível comunitário.

A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR COMO UM ELEMENTO PROPULSOR DA EFETIVIDADE INTEGRACIONISTA: UNIÃO EUROPEIA E O SEU MODELO PROTETIVO CONSUMERISTA

Antônio Pereira Gaio Júnior³¹⁵

Resumo: Trata-se da análise conjuntural da proteção consumerista no âmbito da União Europeia, de forma a demonstrar a construção da política do consumidor no presente bloco, desde o seu nascimento até os dias atuais, onde se demonstra a existência de diretivas mínimas e máximas no que se refere ao contexto jurídico protetivo.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Proteção do Consumidor. União Europeia.

Abstract: This is the conjunctural analysis of consumerist protection within the European Union, in order to demonstrate the construction of consumer policy in this block, from its birth to the present day, where it demonstrates the existence of minimum and maximum guidelines as regards the protective legal context.

Keywords: Fundamental Right. Consumer Protection. European Union.

1. Uma Introdução ao Movimento de Proteção Jurídica do Consumidor

O senso comum, muitas vezes, transforma fenômenos históricos em realidades naturais que teriam existido sempre ou que surgiram de repente em sua forma atual. É o caso do mercado e das relações de consumo, estes que foram construídos de forma não linear pela soma de invenções realizadas em contextos e lugares diferentes, continuando ainda em mutação.

Certo é que, ao se utilizar as mesmas palavras para definir fenômenos em constante transformação, gera-se a ilusão de que são eles a-históricos.³¹⁶

O surgimento e o desenvolvimento dos mercados, relacionados a mecanismos de troca de bens e serviços realizados por agentes com capacidade autônoma – indivíduos, empresas – dentro de um espaço normativo comum, são oriundos de larga história³¹⁷ e também de processos sociais e políticos complexos, sendo a proteção do consumidor consequência direta de tais processos, ante as novas situações decorrentes do desenvolvimento.

A despeito de toda historicidade antecedente, Kotler³¹⁸ destaca três períodos marcantes para o movimento de consumidores, ensejando, inclusive, sua devida proteção:

- O primeiro teve ocorrência no início do século passado decorrente de preços ascendentes, problemas éticos com medicamentos e denúncias das condições da indústria de carne feitos por Upton Sinclair em seu livro “The Jungle”, o qual colaborou para pressionar o Congresso norte-americano a aprovar, em 1906, a devida regulamentação para inspeção de carne, a Lei de Alimentos e Medicamentos Puros e a criação, em 1914, da Federal Trading Commission, este, órgão máximo do sistema federal de proteção do consumidor norte-americano.
- Já o segundo se deu a partir da década de 30, devido aos problemas referentes a preços durante a depressão norte-americana dentre outros

acontecimentos, como o fortalecimento do Pure Food and Drug Act, que passou, a partir de 1938, a incluir cosméticos e também a ampliação da missão da Federal Trade Commission, passando esta a regular práticas e atos lesivos ou desleais.

– O terceiro período se deu na década de 60, devido a um conjunto de fatores relacionados à insatisfação na sociedade americana, o surgimento de produtos mais complexos e perigosos, o escândalo da talidomida, a mensagem do Presidente Kennedy, reconhecendo os direitos do consumidor, bem como a atuação do advogado Ralph Nader denunciando e lutando por mais segurança nos veículos automotores, além do movimento crescente de associações e organizações de consumidores, exercendo aí importante papel na orientação e proteção dos consumidores³¹⁹.

Por outro lado, não obstante tais etapas marcantes no processo de proteção consumerista, importante se faz ressaltar a afirmação relevante da tutela aos interesses coletivos e difusos³²⁰ em geral dentro do referido contexto.

Neste sentido, em 16/04/1985, a ONU deu um avanço significativo³²¹ no tocante às normas para proteção do consumidor, ao aprovar a Resolução n. 39/248, expressando, de forma clara e detalhada, a importância de tal temática, reconhecendo por isso que “os consumidores deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo.”

Ainda no compasso protetivo supra, resta sobrelevar que a proteção aos direitos fundamentais – incluso o direito consumerista como tal – possui hoje contornos voltados ao próprio conceito de desenvolvimento, este não mais reconhecido apenas como uma variação positiva de crescimento econômico,³²² medido pelos indicadores de renda, renda per capita, PIB e PIB per capita, mas, sobretudo, pelas alterações da composição do produto e a alocação de recursos pelos diferentes setores da economia, de forma a melhorar os indicadores de bem-estar econômico e social,³²³ nestes

inclusos a pobreza, desemprego, desigualdade, condições de saúde, alimentação, educação, serviços públicos de qualidade e moradia bem como a efetiva proteção jurídica do hipossuficiente, destinatário final de dito bem-estar, neste, por tudo, incluso, de maneira inegável, o consumidor.³²⁴

A melhoria de qualidade de vida, certamente, é objetivo essencial no conceito hodierno de desenvolvimento³²⁵ e o direito a esse não passou ao largo da Assembleia das Nações Unidas que, em Resolução de 4 de dezembro de 1986 (Res. 41/128), aprovou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, tendo por base, dentre outros propósitos, reconhecer o *desenvolvimento como processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao indivíduo, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes*, visto que todos têm direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades consagradas na Declaração Universal dos Direitos do Homem possam ser plenamente realizados.³²⁶

Notadamente, com o movimento mais intenso dos fenômenos da regionalização e globalização da economia,³²⁷ a política de consumo, com a decorrente proteção ao consumidor, ampliou-se em dimensões internacionais, proporcionando questões específicas delineadas por novos ambientes.

Neste sentido, no tocante à União Europeia, ao examinarmos as disposições contidas já no Tratado de Roma (celebrado em 25/03/1957), podemos verificar o embrião da proteção aos consumidores que, fortemente, se desenvolveria mais tarde.

A título exemplificativo, pode-se citar o art. 39, “e”, do referido tratado, o qual expressava acerca dos objetivos da política agrícola comum, devendo esta “assegurar preços razoáveis nas vendas aos consumidores.”

Hoje, dada a evolução e amadurecimento da integração europeia sobre o tema, conformando-se, inclusive, um direito comunitário de natureza supranacional, tem-se uma produção normativa intensa com relação à proteção do consumidor, com numerosos textos gerais (Tratados e Resoluções do Conselho) e específicos (Diretivas e Decisões do Conselho)

relacionados à qualidade e segurança de bens e de serviços; questões relacionadas à proteção dos interesses jurídicos e econômicos (Diretivas e Proposições do Conselho); serviços financeiros (Diretivas do Conselho e Recomendações da Comissão); assim como a representação dos consumidores e acesso à justiça (Resoluções do Conselho e Decisões de Comissão), o que se verá mais adiante.

Inegável é que nos processos de regionalização e globalização econômica, a proteção dos consumidores tornou-se o principal enfoque tanto no tocante à necessidade de conciliar interesses da sociedade ou do cidadão com os anseios da economia e do livre comércio quanto no que diz respeito às condições a serem implementadas com o intuito de proteger os interesses do consumidor numa era global.

Com efeito, é de enfocar, dentro de uma base racional relativa à proteção do consumidor, o papel atuante e essencial que este exerce para o real funcionamento do mercado, merecendo, por isso, fundamentalmente, atenção diferenciada, já que, sua confiança no mercado é pré-requisito para o sucesso deste.

2. Proteção do Consumidor na União Europeia

2.1 A construção da Política de Proteção Consumerista

A União Europeia possui uma longa tradição em relação ao reconhecimento da importância da proteção dos consumidores no mercado, notadamente, dada a relevância de dita proteção para o aperfeiçoamento do processo de integração³²⁸.

Ao se otimizar uma livre circulação de mercadorias, aumentando, com isso, a oferta de bens e serviços, nos Estados-membros da UE, inclusive estimulando a concorrência no mercado, vital é proporcionar a devida segurança jurídica aos consumidores, verdadeiros destinatários finais da cadeia produtiva, através de harmonizações legislativas pontuais, sobretudo de proteção ao consumidor, de modo a se evitar que diferenças normativas

entre os Estados-membros possam obstruir êxitos nas políticas norteadoras do bloco econômico europeu, acarretando a perda de qualidade de vida dos habitantes da região, além de motivar uma concorrência desleal no seio do mercado.³²⁹

Ao examinarmos as disposições do Tratado de Roma, celebrado em 27/03/1957, que instituiu a Comunidade conforme já observado na presente pesquisa, verificamos ali o embrião da proteção aos consumidores que se desenvolveria mais tarde. Como exemplo, tem-se a alínea “e” do art. 39, que expressa acerca da política agrícola comum, objetivando a mesma “assegurar preços razoáveis nas vendas aos consumidores.”

Mais adiante, no art. 40, n.3, segunda alínea, encontra-se disposição segundo a qual a organização comum “*deve limitar-se a prosseguir os objetivos definidos no artigo 39 e deve excluir toda e qualquer discriminação entre produtores ou consumidores da comunidade*”.

Ainda no citado Tratado, mais precisamente os arts. 85 e 86, mesmo que, por via indireta, estariam a proteger os consumidores, já que tais dispositivos são destinados a coibir a prática anticoncorrencial de certos agentes no âmbito da União.³³⁰

A União Europeia conta, atualmente, com mais de 500 milhões de consumidores,³³¹ induzindo os Estados-membros à elaboração de políticas voltadas para a defesa de seus interesses, posto que desempenham um papel econômico e político primordial na sociedade comunitária.

Os critérios e métodos adotados para a garantia desses direitos refletem tradições socioculturais e de contextos, diversidade de sistemas jurídicos de institucionais e políticos.

Há Estados-membros que fundaram a defesa no aspecto regulamentar com sustentação estrutural administrativa. Outros volveram-se a uma abordagem pragmática, preconizando uma relativa auto-regulamentação dos mercados.

Vislumbraram-se enfoques diferenciados no que concerne à prioridade: para alguns, guardava adstrição à legislação atinente aos produtos

alimentares; para outros, o interesse maior voltava-se para as relações comerciais ou para o fornecimento de bens e serviços.³³²

A multiplicidade de regulamentações e de estruturas levou ao surgimento de uma política ao nível comunitário, a fim de que os consumidores adquirissem confiança necessária ao desempenho de uma função ativa no mercado único, beneficiando-se, em contrapartida, de uma efetiva e elevada proteção.

Surgiu na década de 70 uma concepção política relativa ao consumo, corporificada, em 1972, pela vontade dos chefes de Estado e do Governo. Pouco depois, a Comissão Europeia apresentou o primeiro programa de ação relativa à proteção dos consumidores, cujo texto (Jornal Oficial, C92 de 25/4/1975) fazia referência a cinco categorias de direitos fundamentais que deveriam constituir o sustentáculo da legislação comunitária consumerista, a saber:

- a) direito à proteção da saúde e da segurança;
- b) direito à proteção dos direitos económicos;
- c) direito à reparação de danos;
- d) direito à informação e à educação;
- e) direito à representação.

O cerne da política consumerista, com tal estrutura, deveria ser integrado às demais políticas específicas da Comunidade (v.g., política económica; política agrícola comum; política do meio ambiente, dos transportes e da energia), porque todas elas afetam, direta ou indiretamente, os consumidores.

A fim de levar a cabo a implementação do programa de ação relativa à proteção dos consumidores, foram aprovadas diretivas com o fito de se harmonizar um universo de matérias atinentes à aludida proteção, tais como: Etiquetas (Diretivas 79/530/CEE, 79/531/CEE e 92/75/CEE); Publicidade Enganosa (Diretiva 84/450/CEE); Responsabilidade decorrente

de Produtos Defeituosos (Diretiva 85/374/CEE); Vendas em domicílio (Diretiva 85/577/CEE); Crédito ao Consumo (Diretiva 87/102/CEE); Turismo (Diretiva 90/314/CEE); Seguros (Diretivas 92/49/CEE e 92/94/CEE).³³³

A supressão das fronteiras e a realização do mercado único, em 1º de janeiro de 1993, fizeram surgir um mercado de mais de 340 milhões de consumidores, exigindo regras próprias para a confiabilidade e bom funcionamento do mercado.

No decurso desse período foram aprovadas diretivas nos seguintes domínios: Cláusulas abusivas nos contratos (Diretiva 93/13/CEE); Produtos Cosméticos e suas condições normais de utilização (Diretiva 93/35/CEE); Inclusão de indicações obrigatórias na rotulagem de determinados gêneros alimentícios (Diretiva 94/54/CE)³³⁴, dentre outros.

Com tais procedimentos criou-se um importante corpo legislativo que materializa verdadeiro direito comunitário de proteção dos consumidores, cuja evolução culminou com a sua ratificação no Tratado de Maastricht que eleva essa política consumerista em nível de verdadeira política comunitária. Daí surgiram novas ações relativas a serviços financeiros; acesso dos consumidores à justiça; legislação alimentar; venda e garantia dos bens de consumo. E, ainda, iniciativas legislativas concernentes às ações de cessação, aos contratos negociados à distância, à publicidade comparativa e às transferências transfronteiriças.

Em face dos novos desafios decorrentes da globalização, da reestruturação dos serviços públicos, do desenvolvimento da sociedade, da informação e dos progressos da biotecnologia, a Comissão elaborou as suas prioridades para 1996-1998.

Novo impulso foi dado à política dos consumidores, mediante o Tratado de Amsterdão. De conformidade com o artigo 153 (ex-artigo 129), a proteção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos dos consumidores, assim como a promoção do seu direito à informação, à educação e organização para a defesa dos seus interesses constituem os objetivos fundamentais.

Surge, nesse sentido, o plano de ação política dos consumidores 1999-2001.

No contexto da ampliação da UE para o Leste e Mediterrâneo, aprovado fora o Tratado de Nice (TN) e neste íterim, em comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, surge a "*Estratégia da política dos consumidores para 2002-2006*."³³⁵

Posteriormente, em 13 de Março de 2007 ocorre a comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, intitulada "*Estratégia comunitária em matéria de Política dos Consumidores para 2007-2013*".

A presente estratégia visava estabelecer um nível equivalente de segurança e de proteção em toda a União Europeia e um mercado interno mais integrado, através dos seguintes objetivos:

A cabo de toda esta *Estratégia comunitária em matéria de Política dos Consumidores para 2007-2013*, com o advento do Tratado de Lisboa, assinado em 13 de outubro de 2007, e com entrada em vigor em 1º de dezembro de 2009, o mesmo constituiu uma série de alterações em relação ao Tratado da União Europeia (TUE) e ao Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (TCE), sendo este último rebatizado de "Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)".

No preâmbulo do TUE, depreende-se o espírito norteador da integração europeia, esta voltada ao desejo de prosperar melhoria da qualidade de vida aos habitantes ali inseridos.

Neste compasso ainda, o Tratado da União Europeia que, depois de ter sido alterado pelo Tratado de Lisboa, constituiu-se uma referência para a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, tornando-a um documento juridicamente vinculativo conforme bem expressa o seu art. 6º.³³⁶

Assim, o Tratado da União Europeia, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais passam a ter valor

jurídico igual e combinados, constituindo então a base jurídica da própria União Europeia.³³⁷

Dito isso, no corpo da engenhosa Carta dos Direitos Fundamentais da UE, encontra-se disposto no art. 38º a “Defesa dos consumidores”, com o seguinte apontamento:

“As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores”.

Nota-se, portanto, a ratificação do compromisso inequívoco do bloco europeu com a política de proteção aos consumidores da região e mais: o reconhecimento da importância de tal proteção para assegurar melhor qualidade de vida aos cidadãos europeus, traduzindo-se no contributo à proteção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos dos consumidores bem como para a promoção do direito à informação, à educação dos mesmos.

Insta ainda neste íterim ressaltar a recentíssima “Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de novembro de 2011”, que institui o programa Saúde para o Crescimento, o terceiro programa plurianual de ação da UE no domínio da saúde para o período 2014–2020.³³⁸

Em uma síntese geral, o programa ajuda e apoia os Estados-Membros com vista a: realizar as reformas necessárias para criar sistemas de saúde inovadores e sustentáveis; melhorar o acesso a cuidados de saúde de melhor qualidade e mais seguros para os cidadãos; favorecer a saúde dos cidadãos europeus e prevenir doenças; proteger os cidadãos europeus das ameaças transfronteiriças.

Tem-se, portanto, os cidadãos enquanto consumidores para o gozo de uma efetiva qualidade de vida, destacando no programa a questão relativa à própria saúde, ao convidar os Estados-Membros a proceder a um intercâmbio de boas práticas em matéria de prevenção do tabagismo, do abuso do álcool e da obesidade, cabendo, inclusive o apoio à ações

específicas com o fito de prevenir outras doenças crônicas, incluso aí o cancro.

Para tanto, é prevista à execução do “programa Saúde para o Crescimento” dotação financeira de 446 milhões de euros para o período compreendido entre 1 de janeiro de 2014 e 31 de dezembro de 2020.

2.2. Harmonização Legislativa como Método

A questão referente ao processo de aproximação de normas no âmbito de um bloco econômico torna-se estrutural conforme o fenômeno da integração se desenvolve e acaba por necessitar de um substrato jurídico compatível, outorgando segurança jurídica aos nacionais diretamente afetados pelo referido fenômeno bem como às relações entre os Estados-partes partícipes de tal empreitada.

Neste sentido, partindo da União Europeia como exemplo paradigmático de modelo integracionista, observa-se que esta sempre teve a preocupação na aproximação e unificação de normas que possuem incidência direta e efetiva sobre o funcionamento e implementação do Mercado Comum.

Assim, o ordenamento jurídico comunitário estabeleceu uma metodologia particular para tal mister, ou seja, a União Europeia disciplinou um mecanismo específico, no qual, através de diretivas, se harmonizam substancialmente determinadas matérias normativas.

Tal sistemática procura evitar que surjam distorções no âmbito da integração e, por seu turno, tende a igualar o trato legislativo que possua relevância sobre o mercado.

As Instituições Comunitárias têm buscado propor a simples harmonização, coordenação ou aproximação das diversas legislações nacionais que interferem, de forma mais direta, no funcionamento e implementação do mercado comum, pois, em relação aos citados termos, argumenta-se a impossibilidade de estabelecer a uniformidade do direito aplicável nos Estados-membros.³³⁹

Podemos assim destacar que a harmonização normativa tem como objeto eliminar ou reduzir as assimetrias entre as disposições legislativas internas na medida em que o exija o funcionamento do mercado comum.³⁴⁰

No âmbito da UE, o Tratado de Funcionamento da União Europeia, em seus artigos 114º a 118º, regulamenta, em termos gerais, o processo harmonizador com intuito de otimizar, promover e implementar mecanismos de aproximação de normas.

Neste sentido, o aludido Tratado, exatamente em seu artigo 114º, estabelece que o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e, após consulta do Comité Económico e Social, adotam as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado.

O processo de integração efetua-se gradativamente e a inclusão de novos meios de operacionalização deve respeitar o princípio da progressividade, sendo a problemática da norma que tenha incidência direta sobre o funcionamento e estabelecimento do mercado comum uma configuração do postulado da progressividade.

Desta forma, a harmonização legislativa deve ser implementada obedecendo não somente à imposição do fator econômico, mas também conforme a integração ganhe em amplitude e difusão, possuindo a aproximação normativa relevada função dentro da comunidade que se pretende implantar.

Evidente está, pois, que o fundamento objetivo para que se proceda à harmonização legislativa encontra-se na importância que a norma tem para o funcionamento do Mercado Comum. Assim, entraves e empecilhos legislativos que possam degradar a implementação da integração econômica com o surgimento de distorções são mais bem retirados.

Pode-se afirmar que o artigo 114º do Tratado de Funcionamento da União Europeia deve ser interpretado extensivamente e o interesse estatal não deve sobrepor-se à vontade da Comunidade.³⁴¹

Enfim, a condição principal para a integração econômica é o bom funcionamento do mercado, cabendo à harmonização legislativa traçar as linhas nas quais um determinado instituto ou norma jurídica, regulamentar ou administrativa, devem estar alicerçados para a obtenção daquele objetivo maior.

No âmbito da União Europeia, como já citado, o instrumento usado para se promover a harmonização legislativa, regulamentar e administrativa, é a denominada Diretiva, sendo ela analisada como uma demonstração de reserva da parcela da competência legislativa em favor dos Estados-membros da Comunidade.³⁴²

Na verdade, a diretiva representa uma adequada solução encontrada a fim de viabilizar a implementação do processo de harmonização de normas. Com efeito, caso os órgãos comunitários objetivassem reformar todas as legislações que pudessem influenciar no bom funcionamento do mercado comum, impondo-as aos Estados-membros, os resultados não seriam satisfatórios.³⁴³

Que motivo pode levar a uma decisão dessa espécie? Quando integrante da Comissão, Ivo E. Schwartz (De la conception du européen, *Rev. trim. droit europ.*, 1967-1, p. 258) respondeu que ‘a escolha do instrumento depende, em primeiro lugar, do objetivo a alcançar. Tratando-se de situações de fato que não podem ser reguladas, de modo satisfatório, senão ultrapassando o caráter limitado do campo de aplicação territorial das leis nacionais, é necessário recorrer a uma convenção’, como a que institui a patente européia. Em contrapartida, a diretiva ‘é um instrumento apropriado para a aproximação das legislações; entra em jogo quando as soluções encontradas para as regras dos conflitos de leis, as soluções interjurídicas, as leis uniformes ou as soluções de direito comunitário não suficientes ou necessárias, porém, uma aproximação do direito nacional é necessária ou suficiente. A aproximação dos direitos materiais nacionais, no sentido de sua harmonização funcional, este é o domínio próprio da diretiva. Visa-se com ela conseguir que as mesmas situações de fato, afinal de contas, sejam tratadas do mesmo modo, em todos os Estados-membros, a fim de eliminar,

tanto quanto possível, os obstáculos de ordem jurídica à liberdade das trocas e da concorrência além das fronteiras. O que importa não é a concordância na letra, no sistema, na técnica jurídica ou na forma, mas o próprio efeito funcional das normas aproximadas'. (Grifo nosso). Métodos de harmonização aplicáveis no Mercosul e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas. In: BASSO, Maristela (org.). *MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 145-146.

Sobre os atos jurídicos existentes no âmbito da União Europeia, confira o Capítulo II do presente trabalho.

A diretiva se caracteriza por: vincular os Estados-membros na consecução do resultado nela objetivado, tornando obrigatório esse resultado; deixar à competência dos Estados-membros a forma e os meios de alcançá-lo.

Nestes termos, a diretiva assume um papel importante no direito comunitário, porquanto, mantendo a sua natureza de ato normativo comunitário, deixa aos Estados-membros uma certa margem de manobra legislativa.

Cabe frisar, neste sentido, que, na realização das tarefas confiadas à União, os Estados-membros, nos termos do art. 4º, 3, do Tratado da União Europeia, assumiram o compromisso de:

- Tomar todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União.
- Facilitar à União o cumprimento da sua missão e abster-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União.

Trata-se, portanto, de disposições fundamentais para a efetiva convivência entre as ordens jurídicas comunitária e nacional.³⁴⁴

Por fim, cabe ressaltar que, dentre as formalidades inerentes à diretiva, estas deverão ser analisadas pelo Parlamento Europeu bem como pelo Comitê Econômico e Social, antes de o Conselho deliberar por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial (art. 115º do TFUE), podendo a mesma, inclusive, ser anulada, caso não sejam observadas todas as suas formalidades substanciais.

2.3. Diretivas e seus conteúdos: a polissemia conceitual dos elementos de uma Relação de Consumo

Hodiernamente, na União Europeia, a consciência da importância do consumidor para um mercado comum é tal que o cidadão europeu é sempre visto como um consumidor,³⁴⁵ se não praticante, pelo menos em potencial, razão pela qual a busca da melhoria da qualidade de vida é sempre uma constante na sua defesa.

É essa política de defesa do consumidor – consciente e evolutiva – que tem sido um dos principais pontos de apoio do referido bloco, vez que, em face de seu alcance e abrangência, tem impulsionado o desenvolvimento de outros setores comunitários.³⁴⁶

Para a realização da presente política de proteção consumerista, os atos jurídicos relativos à edificação regulatória se dão por meio de Diretivas, estas que vinculam o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios para tal.³⁴⁷

Em meio a toda ampla política de proteção ao consumidor, tanto através de diretivas em áreas de interesse protetivo quanto no que concerne a ações de caráter político e governamental, não se pode ainda afirmar que a proteção ao consumidor europeu se concretizou plenamente, ou seja, atingiu o seu ápice. Ao contrário, conforme leciona Miriam de Almeida Souza³⁴⁸, em comentário ao avanço da matéria a partir do Tratado de Maastricht, há ainda um bom caminho a se percorrer, correndo o risco de se manter na esfera da retórica caso não seja aliada à uma vontade política da UE para

um compromisso de proteger efetivamente o consumidor nas transações internacionais.

Na mesma toada, ainda que destacando o nível de proteção mais elevado e eficaz do consumidor ao longo dos anos no âmbito da União Europeia, Fernando de Gravato Moraes, demonstra certa preocupação com recente indefinição da própria UE quanto às vias que se projetam para se levar a cabo dita proteção diante de diretivas de harmonização mínima e máxima:

“Se por um lado, as regras se multiplicam em seu torno, por outro lado as vias que se projetam para levar a cabo esse fim mostram alguma incerteza quanto ao meio de o conseguir, o que pode suscitar dúvidas no tocante à sua própria eficácia.”³⁴⁹

Os óbices pontuais quanto à efetiva proteção ao consumidor na União Europeia referem-se não somente à dificuldade de acesso à justiça no que diz respeito a conflitos fronteiriços, mas, sobretudo, nas diferenças existentes entre as legislações nacionais relativas a pontos basilares de proteção consumerista que, apesar de esforços no sentido de se buscar uma harmonização, ainda não se logrou êxito, tais como uma elaboração conceitual e entendimento único dos principais elementos de uma relação consumerista, isto é, do que venha a ser consumidor, fornecedor, relação de consumo e mesmo temas gerais como serviços no âmbito da União³⁵⁰, levando tal dificuldade a gerar sérios entraves à plena consecução de uma “Europa do Consumo” .³⁵¹

Na verdade, ao se analisar o conteúdo de determinadas diretivas voltadas à proteção do consumidor, observamos que a Comissão³⁵² optou por conceituar consumidor de maneira restrita de acordo com cada matéria regulada pela própria diretiva, gerando conceitos polissêmicos, variando conforme determinado corpo normativo, não se alcançando, assim, uma uniformidade neste quesito.³⁵³

Constata-se, neste sentido, a título exemplificativo, a Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Abril de 2008,

“relativa a contratos de crédito aos consumidores” e que revoga a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, onde em seu art. 3º, alínea “a”, conceitua consumidor como “ *a pessoa singular que, nas transações abrangidas pela presente diretiva, atua com fins alheios às suas atividades comerciais ou profissionais*”.

Em que pese o conceito de consumidor em tal Diretiva, em seu considerando n.15, 2ª parte,³⁵⁴ possibilita o direito aos Estados-membros de limitarem a concessão de crédito ao consumidor, sendo este apenas pessoa coletiva ou mesmo determinadas pessoas coletivas, ainda que o art. 3º, alínea “a”, indique a “pessoa singular” como consumidor no campo da presente Diretiva.

Demonstra-se com isso que, se um Estado-membro, ao internalizar a dita Diretiva dispondo o campo de incidência da mesma apenas às pessoas coletivas ou a determinadas pessoas coletivas, restará em consonância com a regra retro mencionada, o que não nos parece razoável na medida da limitação sem respeito ao mínimo (pessoa singular), o que deveras, traz uma possível insegurança jurídica quanto ao Estadomembro que adota ou não a conceituação singular ou coletiva de “pessoa”³⁵⁵ na recepção da norma em tela.³⁵⁶

Já na Diretiva 2011/83/UE³⁵⁷ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011 “relativa aos direitos dos consumidores”, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, o consumidor é identificado no art. 2º, n. 1, como “*qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional*”.

A Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006 “relativa à publicidade enganosa e comparativa” e que revoga a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984,

não se presta a conceituar formalmente consumidor, mas indica a quem se destina a sua aplicação e, por conseguinte, proteção:

“Art. 1º. A presente diretiva tem por objetivo proteger os negociantes contra a publicidade enganosa e as suas consequências desleais e estabelecer as normas permissivas da publicidade comparativa”.

Em seguida, o art. 2º, alínea “b”, indica que, na acepção desta diretiva, o que é publicidade enganosa e quem pode por ela ser atingido, nos seguintes termos por demais lacunosos:

*“Publicidade enganosa: a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as **peçoas a quem se dirige ou que atinge e cujo comportamento económico pode afetar, em virtude do seu carácter enganador**, ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente”* (grifo nosso).³⁵⁸

Comprova-se, portanto, indubitavelmente, o carácter restrito e ainda não harmónico no que se refere ao aspecto conceitual de “consumidor” no seio da União Europeia, favorecendo uma insegurança jurídica quanto à adoção unívoca de tal sujeito.

Ratificando a presente crítica está Sara Larcher, ao bem afirmar quanto à noção de consumidor no seio na UE não ter “dúvidas que se trata de um conceito jurídico de difícil precisão, não havendo porventura uma perfeita uniformidade do conceito quer na doutrina, quer na legislação existente, a nível nacional ou a nível comunitário”,³⁵⁹ ponderando tal qual também pensamos, não caber a limitação diferenciada da noção de consumidor de acordo com a modalidade ou o meio que se empregue a relação de consumo, por exemplo, na compra e venda em comércio eletrónico ou não.³⁶⁰

O mesmo se diga com relação a “fornecedor.”

A Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2008, “relativa a contratos de crédito aos consumidores” e que revoga a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, já anteriormente referida, entende por fornecedor a figura do mutuante, ou seja, a “pessoa singular ou coletiva que concede ou promete conceder um crédito no âmbito das suas atividades comerciais ou profissionais” (art. 3º, alínea “b”).

Já a “Diretiva 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 03 de dezembro de 2001, relativa à segurança geral dos produtos”, entende, de acordo com o art. 2º, n. 4, item I, II e III ser fornecedor ou produtor, neste caso.

Ressalta-se que Portugal é um dos poucos países cuja ordem jurídica inclui uma definição legal de consumidor. Neste sentido, acerca da incerteza e indeterminação do conceito de consumidor na doutrina, ver, por todos, LIZ, Jorge Pegado. *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*. Lisboa: Editorial Notícias, 1999, p. 201 e ss.

“I) o fabricante de um produto, quando se encontre estabelecido na Comunidade, ou qualquer pessoa que se apresente como tal ao pôr no produto o seu nome, marca ou outro sinal distintivo, ou a pessoa que proceda à recuperação do produto;

II) o representante do fabricante, quando este não se encontre estabelecido na Comunidade ou na ausência de representante estabelecido na Comunidade, o importador do produto;

III) os outros profissionais da cadeia de comercialização, na medida em que as respectivas atividades possam afetar as características de segurança de um produto.

- ‘Distribuidor’, qualquer profissional da cadeia de comercialização cuja atividade não afete as características de segurança do produto”.

A também já referida Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011 “relativa aos direitos dos

consumidores”, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, entende por fornecedor, no seu contexto, mais precisamente no art. 2º, *“como qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue, incluindo através de outra pessoa que atue em seu nome ou por sua conta, no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”*.

Por fim, com relação ao aspecto conceitual de fornecedor, cabe assinalar na “Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de junho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos”, a presença do conceito de produtor, com referência particular à figura do fornecedor, sem, entretanto, conceituá-lo de forma direta ou expressa.

Assim, o art. 3º, n. 1, assenta ser produtor *“o fabricante de um produto acabado, o produtor de uma matéria-prima ou fabricante de uma parte componente, e qualquer pessoa que se apresente como produtor pela oposição sobre o produto de seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo”*.

Já o n. 2 do mesmo artigo supra, ressalta que: *“Sem prejuízo da responsabilidade do produtor, qualquer pessoa que importe um produto na Comunidade tendo em vista uma venda, locação, locação financeira ou qualquer outra forma de distribuição no âmbito da sua atividade comercial, será considerada como produtor do mesmo, na aceção da presente diretiva e responsável nos mesmos termos que o produtor”*.

Finalmente o n. 3 do artigo em tela expressa que, quando não se puder identificar o produtor de determinado produto, *“cada fornecedor será considerado como produtor, salvo se indicar ao lesado, num prazo razoável, a identidade do produtor ou daquele que lhe forneceu o produto. O mesmo se aplica no caso de um produto importado, se este produto não*

indicar o nome do importador referido no n. 2, mesmo se for indicado o nome do produtor”.

Conforme já salientado, não se concretiza ainda através de diretivas, entendimentos expressos do que vem a ser especificamente “relação de consumo” e mesmo “serviços”, dentro da União Europeia, demonstrando, assim, mesmo que por ora, dificuldades em normatizar harmoniosamente tais elementos reconhecidamente básicos em uma relação consumidor-fornecedor, cabendo, por outro lado, assinalar que o mesmo não acontece com outro ponto importante em uma relação de consumo, ou seja, uma definição harmoniosa do que seja “produto”.

De todo conteúdo relatado, observa-se que a proteção jurídica do consumidor, sobretudo, em um processo de integração, desempenha um papel fundamental na melhoria da qualidade de vida dos cidadãos – aqui relacionados no âmbito da hoje União Europeia – proteção esta que se reflete em uma segurança jurídica incentivadora de uma competitividade de preços, promotora de um aumento na qualidade de bens e serviços, proporcionando ainda uma oferta ampla, estimulando uma leal concorrência.

O modelo de harmonização mínima de legislações através da edição de Diretivas, por conseguinte, de forma inequívoca, oportuniza a convergência de conteúdos protetivos e diminuidores de assimetrias legislativas em prol do consumidor europeu.

É de se notar, contudo, que a despeito da referida integração europeia que, de longo tempo, debruça-se com virtude na matéria consumerista a fim de levar a cabo um “plano de ação para a Política dos Consumidores”³⁶¹, concretizando-se na própria proteção do consumidor europeu, vem ela encontrando entraves diante da notória disparidade entre os ordenamentos jurídicos de seus Estados-membros³⁶², dificultando a harmonização justamente em conteúdos basilares norteadores de uma relação de consumo (consumidor, fornecedor, relação de consumo, serviços), conteúdos estes que, a nosso ver, tal qual em uníssono com a doutrina europeia,³⁶³ consistem no substrato inicial e não menos fundamental para se vislumbrar

a implementação normativa e interpretativa harmônica de uma proteção do consumidor no âmbito de um processo de integração, significando tal proteção uma das políticas propulsoras para a efetividade de dito processo, valendo ainda ressaltar relevantíssimo número de habitantes em sede de território abrangido pela importante UE, conforme já citado, na faixa de mais de 500 milhões de habitantes consumidores de hoje e do amanhã.³⁶⁴

2.4. Breves reflexões sobre uma questão recente: a Harmonização máxima

Como já anteriormente enfrentado, no âmbito da União Europeia, o instrumento usado para se promover a harmonização legislativa, regulamentar e administrativa, é a denominada Diretiva, sendo ela analisada como uma demonstração de reserva da parcela da competência legislativa em favor dos Estados-membros da Comunidade.

Não obstante isso, observa-se no âmbito da União Europeia a adoção recente de determinadas diretivas de harmonização máxima³⁶⁵ em sede de direito do consumidor.

Nota-se disso uma perspectiva prática diferente daquela tradicionalmente efetivada pelos diplomas comunitários e muito embora seus tradicionalmente contornos sejam específicos, não se nega as dificuldades manifestas sobre a sua implementação³⁶⁶ e muito menos as críticas contundentes a seu respeito.³⁶⁷

Conforme já destacado neste capítulo, em 13 de março de 2007 ocorreu a comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Econômico e Social Europeu, intitulada “Estratégia comunitária em matéria de Política dos Consumidores para 2007-2013”.

A presente estratégia visa estabelecer um nível equivalente de segurança e de proteção em toda a União Europeia e um mercado interno mais integrado e, para levar a cabo tais prioridades, foi prevista uma variedade de ações, dentre elas a “melhoria da regulamentação em matéria de defesa do consumidor”, neste caso, prevendo simplificar a legislação, alterando as

diretivas essenciais à defesa do consumidor bem como privilegiar um nivelamento da legislação que instaure o mais elevado nível de defesa do consumidor.³⁶⁸

Necessário destacar para tal que a Comissão Europeia atribui às diferenças entre os princípios e regras do direito interno dos Estados-membros da UE duas dificuldades imperativas para o funcionamento do mercado interno. A primeira relaciona-se com os consumidores, justificando que estes encarariam as transações transfronteiriças com especial reserva, por desconhecerem os seus direitos quando diante tais; já a segunda atinge os profissionais, pois que estes reconheceriam com reservas ditas transações, por desconhecerem os seus custos.

Assim, na justificativa da supracitada Comissão o amplo recurso à possibilidade de os Estados-Membros adotarem ou manterem regras nacionais mais restritas que as consagradas na diretiva determinou um quadro normativo fragmentado em toda a Comunidade, conduzindo a elevados custos de conformidade para as empresas que pretendem efetuar transações transfronteiriças.³⁶⁹

Dito isso, o alcance do nominado “nível mais elevado de defesa do consumidor” vem se traduzindo, recentemente, em tendências de harmonizações máximas³⁷⁰, sobretudo, em dois modelos de diretivas: Diretivas relativas a matérias específicas e Diretivas que unem várias matérias.

No primeiro modelo, temos como exemplo a temática relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, esta regulada pela Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de setembro de 2002, esta que alterou as Diretivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE.

Em seu Considerando 13 determina expressamente que a presente Diretiva “*deve assegurar um elevado nível de defesa do consumidor a fim de garantir a livre circulação dos serviços financeiros. Os Estados-Membros não poderão prever outras disposições para além das*

estabelecidas pela presente diretiva nos domínios por ela harmonizados, salvo disposição explícita em contrário da presente diretiva” (Grifo nosso).

Nota-se, pelo comando do Considerando supra, pontual indicativo de uma harmonização total, constituindo-se assim em uma das áreas onde se manifestou tal tendência.

Ainda nesta toada, temos o tema relativo a contratos de crédito aos consumidores, este disciplinado pela Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2008, esta que revoga a Diretiva 87/102/CEE do Conselho. Em seu texto, destaca-se no Capítulo VII, este referente a “Medidas de Execução”, mais precisamente no art. 22º, n. 1, sob a epígrafe “Harmonização e carácter imperativo da presente directiva” o seguinte enunciado:

“1. Na medida em que a presente diretiva prevê disposições harmonizadas, os Estados-Membros não podem manter ou introduzir no respectivo direito interno disposições divergentes daquelas que vêm previstas na presente diretiva para além das nela estabelecidas”.

É de se observar que, muito embora haja abertura para a consagração de outras regras por via do legislador interno à luz da Diretiva, nota-se a particularidade de consistir em um ato jurídico comunitário em sintonia com a harmonização máxima.³⁷¹

Já no segundo modelo temos, em exemplo, a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2011, esta relativa aos direitos dos consumidores que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Em seu art. 4º, sob a epígrafe “Nível de harmonização”, indicado está um contexto de harmonização máxima sob a seguinte normatização:

“Os Estados-Membros não devem manter ou introduzir na sua legislação nacional disposições divergentes das previstas na presente diretiva, nomeadamente disposições mais ou menos estritas, que tenham por objetivo garantir um nível diferente de proteção dos consumidores, salvo disposição em contrário na presente diretiva”.

Por outro lado, verifica-se no Considerando 13 da mesma Diretiva o caráter não absoluto da imposição plena da mesma³⁷², ao prever que os Estados-membros *“deverão continuar a ter competência para aplicar as disposições da presente diretiva em domínios não abrangidos pelo seu âmbito de aplicação. Por conseguinte, os Estados-Membros poderão manter ou introduzir legislação nacional correspondente às disposições da presente diretiva, ou a algumas das suas disposições, em relação a contratos que não se enquadram no âmbito da presente diretiva. Por exemplo, os Estados-Membros poderão decidir alargar a aplicação das regras da presente diretiva a pessoas singulares ou coletivas que não são «consumidores» na aceção da presente diretiva, como, por exemplo, as organizações não-governamentais, as novas empresas ou as pequenas e médias empresas (...)”*

Do que se demonstra com a racionalidade da denominada harmonização máxima, em que pese acostarmos apenas como uma tendência em algumas das diretivas, bem observa Nuno M. Pinto Oliveira³⁷³ o fato de que, ao justificá-la como algo para evitar as dificuldades de um “quadro normativo fragmentado”, a Comissão, inegavelmente, atribui ao princípio da harmonização mínima tal fragmentação. Vai ainda mais além o referido autor, ao lecionar que em decorrência da digitada harmonização máxima *“os Estados-Membros não podem manter ou adoptar regras nacionais mais estritas. Os princípios e as regras do direito (interno) dos Estados-Membros da União Europeia não podem ser diferentes. Os Estados-Membros não podem proteger melhor os seus consumidores que a União Europeia”*.³⁷⁴

Certo é que a harmonização máxima, caso venha persistir e de uma tendência resulte em ordinariedade, significará na possibilidade que os consumidores da União Europeia, diante da limitação de regras mais restritas por parte de seus Estados-membros, venham a se tornar menos protegidos em determinadas matérias³⁷⁵, aliás, contrariando o que se tem como conceito em sede de Diretiva no âmbito do próprio Tratado de Funcionamento da União Europeia, art. 288º, onde se pontifica endereçar a mesma a uma vinculação do “*Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios*”, o que já fora enfrentado em várias oportunidades na presente pesquisa.³⁷⁶

3. Conclusão

De tudo, entendemos que, mais prejudicialidade traz à segurança jurídica da União a polissemia que envolve os conceitos normativos dos elementos fundamentais em uma relação de consumo, no caso do bloco europeu, mais precisamente, consumidor, fornecedor, relação de consumo, produto e serviço, vez que ficam submetidos, pontualmente, ao assunto do qual toca cada determinada Diretiva, conforme devidamente comprovado em item anterior.

Não custa lembrar, igualmente já asseverado alhures, que a doutrina intensamente reconhece que as diferenças legislativas em relação ao consumidor “*representan um obstáculo para los intercâmbios transfronterizos y, por consiguiente, para la realización del Mercado Interior*”³⁷⁷, o que é ratificado pela própria Comissão Europeia.

Desta feita, obstáculo maior ao encorajamento do consumidor para fins de enveredar em um mercado transfronteiriço é senão, em um primeiro momento, desconhecer quem o é de modo amplo e seguro, sujeito de direitos, independente da modalidade de compra, ambiente, produto ou serviço que está à sua disposição. E com a técnica da harmonização mínima é plenamente possível atingir níveis de convergência conceitual gerador de

um status de segurança jurídica, não o deixando à mercê de pontuais direitos frente a modalidades de consumo, fragmentando o seu próprio significado jurídico de cidadão consumidor, estendendo esta racionalidade também para os demais elementos fundamentais de uma relação de consumo supracitados.

-

³¹⁵ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – Portugal. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae*/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade Gama Filho. Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Membro Efetivo do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP. Membro Efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro da *International Bar Association* – IBA. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBar. Advogado, Consultor Jurídico e Parecerista. www.gaiojr.adv.br

³¹⁶ SORJ, Bernardo. *A Nova Sociedade Brasileira*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 44.

³¹⁷ Para uma análise mais específica acerca da historicidade do consumo e da proteção consumista, ver, dentre outros, AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *História e fundamentos do direito do Consumidor*, São Paulo, RT, v.78, n.648, out. 1989, p. 31-45; HERMANN, Robert O. *The Consumer Moment in Historical Perspective*. Pennsylvania: Pennsylvania State University, 1970; ANGELIVE, Erma. *History of the National Consumers League*. Washington: NCL, 1979; CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 1986; DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor. Aspectos práticos. Perguntas e Respostas* *Direito do Consumidor. Aspectos práticos. Perguntas e Respostas* 32.

³¹⁸ KOTLER, Philip. *Marketing*. São Paulo: Atlas, 1986, p. 555. Vale ressaltar que, conforme observa Newton de Lucca, *Ob. cit.*, p. 26, os Estados Unidos devem ser considerados os vanguardeiros na difusão do movimento consumerista em todo mundo, justificando, neste sentido, a incidência dos períodos marcantes citados por Kotler a partir daquele país.

³¹⁹ No mesmo sentido, ver, ALMEIDA, João Batista. *Ob. cit.*, p. 9; ZÜLKE, Maria Lúcia. *Abrindo a empresa para o consumidor*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997, p. 136.

³²⁰ CAPPELLETTI identificou os denominados interesses coletivos e difusos, afirmando que, sem serem públicos ou privados no sentido clássico da palavra, demandaram uma nova definição da legitimação ativa para a sua defesa. Ao se reconhecer que determinado interesse pode pertencer muito mais à coletividade ou mesmo a um grupo social do que, basicamente, a um de seus membros individualmente, caracterizou-se num sensível avanço no que se refere ao entendimento do termo “interesse”, beneficiando assim, em nível de tutela, o consumidor difuso e coletivamente

considerado. CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. In: *Revista de Processo*, n.5, São Paulo, RT, jan./mar./1977, p. 128-159.

³²¹ Anteriormente, mais precisamente em 11/12/1969, ao aprovar a Resolução n.2542, a ONU deu os primeiros passos no que se refere aos interesses dos consumidores de um modo geral, ao proclamar a Declaração das Nações Unidas sobre o progresso e desenvolvimento social. Posteriormente, em 1973, a Comissão de Direitos Humanos do presente organismo internacional deu outro passo significativo ao anunciar e reconhecer os direitos fundamentais e universais do Consumidor.

Sobre o assunto cf. AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Ob.cit.*, p. 31-45.

³²² VASCONCELOS, Marco Antônio; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de Economia*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 205

³²³ Esta perspectiva, inclusive, levou a Organização das Nações Unidas a reconhecer e promover a metodologia do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), uma medida resumida do progresso a longo prazo em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: renda, educação e saúde. O objetivo da criação do IDH foi o de oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) per capita, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento.

Criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, o IDH pretende ser uma medida geral e sintética que, apesar de ampliar a perspectiva sobre o desenvolvimento humano, não abrange nem esgota todos os aspectos de desenvolvimento. Cf. em <http://www.pnud.org.br>.

³²⁴ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 1-6.

³²⁵ Por outro lado, avançando no conceito de desenvolvimento como liberdade, numa visão do próprio desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais, e ainda estas, tanto um meio de garantia quanto um fim em si mesma, através da fruição de outras importantes liberdades, fundamental a obra de SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 2000, p. 297.

³²⁶ Ver SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004, p. 42-47.

³²⁷ Ver Capítulo I da presente pesquisa.

³²⁸ Martinez de Aguirre distingue três fases na evolução da proteção aos consumidores no marco comunitário, às quais deve agregar-se uma quarta, representada pela consolidação do Tratado de Maastricht.

Na primeira fase, denominada “Europa de los Mercaderes”, (1957-1972), que abrange o Tratado de Roma e o “Comité de contacto com los consumidores de la Comunidad Europea”, o consumidor é identificado como o adquirente de bens e usuário de serviços. Já na segunda etapa (1972-1984), que se inicia com a reunião dos Chefes de Estado e de Governo de Paris, em 1972, começa o que o autor espanhol qualifica como “el diseño de la Europa de los ciudadanos”. Nessa fase se elabora o

“Programa preliminar para una política de protección a los consumidores”, que, apesar de sua ineficácia por problemas de índole legislativa, trouxe conceitos fundamentais para a compreensão integral da tutela dos consumidores. Em 1981, foi aprovado o Segundo Programa, orientado, mais especificamente, para o controle dos preços e para a qualidade dos serviços públicos e privados. A terceira fase é identificada pelo citado autor como a “Europa dos consumidores”. Nesta etapa, foram aprovadas as seguintes diretivas sobre: Publicidade enganosa (10/09/1984); Responsabilidade pelos Produtos Defeituosos (25/07/1985); Proteção aos Consumidores nos contratos negociados fora do estabelecimento comercial (20/12/1985) e o Crédito ao Consumo (22/12/1986). A quarta e última fase reflete a consolidação da União Europeia pelo Tratado de Maastricht. Nesse Tratado, de caráter fundacional, são determinados os conteúdos e alcance da proteção aos consumidores (art.129A) por um duplo aspecto: provocando a harmonização legislativa dos Estados-partes e orientando todas as políticas comunitárias para a criação de um Direito autônomo do Consumo. A partir de então, a UE vem estabelecendo Planos Trienais que procuram consolidar, de forma sedimentada, os diversos aspectos que abrangem a vida dos consumidores no mercado contemporâneo. Cf. ALDAZ, C. Martinez de Aguirre Y. Derecho comunitario y protección de los consumidores. Madrid: Actualidad, 1990, p. 22 e ss.

³²⁹ No mesmo sentido, observa Elizabeth K. Fekete que: “Como razões da necessidade de aproximação das legislações dos Estados-membros do bloco europeu, a Diretiva do Conselho da Comunidade Européia de 25/07/1985, de harmonização do direito europeu em matéria de responsabilidade do fato do produto, invoca o fato de que a diversidade normativa pode afetar a concorrência, dificulta a livre circulação de mercadorias, pode acarretar diferenças entre o nível de proteção ao consumidor contra danos à sua saúde e patrimônio, causado por produtos defeituosos.” (grifo nosso) FEKETE, Elizabeth Kasznar. A proteção ao consumidor como instrumento de aperfeiçoamento da integração econômica no Mercosul. In: *Revista do Direito do Consumidor*, n.20, São Paulo, RT, out./dez./1996, p. 114.

³³⁰ Sobre o Tratado de Roma e suas relações com a proteção dos consumidores, ver, dentre outros, BOURGOIGNE, Thierry. *Eléments pour une Théorie du Droit de la Consommation*. Louvan-la-Neuve: Story Scientia, 1998, p. 100 e ss.

³³¹ Disponível em: *em: 047/EN/KS-QA-09-047-EN.PDF*. Acesso em 14.11.2013.

³³² Ver AULOY, Jean Calais. *Ob.cit.*, p. 399 e ss.

³³³ Para um conhecimento de todas as diretivas e Resoluções referentes à relação de consumo no âmbito da União Européia, ver, ALLEMAR, Aguinaldo. *Legislação de Consumo no âmbito da ONU e da União Européia*. Curitiba: Juruá, 2002.

³³⁴ Sobre tais conteúdos, cf. ALLEMAR, Aguinaldo. *Ob. cit.*

³³⁵ Disponível em http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/general_framework_and_priorities/l32008_pt.htm. Acesso em 20.11.2013.

³³⁶ “Artigo 6.º (ex-artigo 6.º TUE)

1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos

Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.

De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições (...).”

³³⁷ Cf. SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. (Coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.

³³⁸ COM(2011) 709 final – Não publicada no Jornal Oficial. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52011PC0709:PT:NOT>. Acesso em 28.12.2013.

³³⁹ CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário*. v. I. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 507.

³⁴⁰ FARIA, Werter R. Métodos de harmonização aplicáveis no Mercosul e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas. In: BASSO, Maristela (org.). *MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, económicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 77.

³⁴¹ Dentro de uma integração económica é muito comum que os Estados-membros sugiram que uma legislação fere as liberdades essenciais do comércio, argumentando que a mesma é bastante protetiva e tencionam harmonizá-la “para baixo”. Certamente, o TFUE em seu artigo 114º, n. 3, procurou evitar tal argumento ao assegurar que: “A Comissão, nas suas propostas previstas no n.º1 em matéria de saúde, de segurança, de proteção do ambiente e de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de proteção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respectivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objetivo”.

³⁴² Importante ressaltar, conforme expressa FARIA, Werter, que na União Europeia existem outros métodos aos quais a aproximação legislativa pode ser alcançada, tais como o regulamento e o acordo. O primeiro é um “ato normativo cujo conteúdo é completo e, por isso, dispensa desenvolvimento normativo interno, ademais de ter efeito direto nos Estados-membros, sem necessidade de recepção. O regulamento presta-se melhor para a unificação do direito do que para a aproximação das legislações, porque o ato normativo incorpora-se, de modo uniforme, em todos os ordenamentos nacionais”. Já o segundo consiste em um meio através do qual “a Comunidade abre mão dos seus instrumentos e métodos a fim de que os Estados-membros celebrem acordos entre si, sujeitos à ratificação normal”.

³⁴³ Cabe à Comissão detectar distorções, as quais somente o desenrolar da integração pode suscitar e propor a eliminação das mesmas. De certa forma, é a harmonização legislativa que indica qual a

amplitude da integração que se propõe. Quanto mais harmônico um sistema de integração, mais evoluído será o mesmo. Montesquieu já ensinava, “é da dissonância que nasce a harmonia” (referindo-se ao balanço dos três poderes). MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Pedro Viera Mota. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 231.

³⁴⁴ Quanto à finalidade instrumental da diretiva, ver por todos, LIMPENS, Anne. Harmonisation des législations dans le cadre du marché comum. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 3, 1967, p. 638.

³⁴⁵ “(...) derechos de ciudadanos y consumidores resultarían compatibles, a través de la garantía de um conjunto de obligaciones básicas a la par que de capacidad de elección y um servicio más transparente, de mejor calidad y a um mejor precio.” CLIFTON, Judith et ali. La Evaluación de la Protección delos Consumidores a partir de herramientas económicas. Aplicación al caso de los Servicios Económicos de Interés General (SEIG). In: URBINA; Jorge Tomillo (Dir.); RUBIO, Julio Álvarez (Coord). *La Protección Jurídica de los Consumidores como Motor de Desarrollo Económico*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2011, p. 42.

³⁴⁶ Sobre tal questão, cf. FINATTI, Mauro André Mendes. A Política do Consumidor na Comunidade Européia. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul - Após o término do período de transição*. São Paulo: LTr, 1996, p. 258.

³⁴⁷ Para o conhecimento dos Atos Jurídicos da UE, confira o Capítulo II da presente pesquisa.

³⁴⁸ SOUZA, Miriam de Almeida. *A política legislativa do consumidor no direito comparado*. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996, p. 147.

³⁴⁹ MORAIS, Fernando de Gravato. Art. 38º. Defesa dos consumidores. As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. (Coords.). *Ob. cit.*, p. 466.

³⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor: Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor ...* p. 26.

³⁵¹ LANDY, Laurence. Le Consommateur Européen: Une notion éclatée. In: OSMAN, Filali (org.). *Vers un Code Européen de la Consommation ...* p. 67-68 e 71.

³⁵² Art. 114º, 3 do TFUE:

“A Comissão, nas suas propostas previstas no n.º1 em matéria de saúde, de segurança, de proteção do ambiente e de **defesa dos consumidores**, basear-se-á num nível de proteção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respectivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objetivo” (Grifo nosso).

³⁵³ *Idem*, p. 68.

³⁵⁴ “(15) As disposições da presente diretiva são aplicáveis independentemente de o mutuante ser uma pessoa coletiva ou uma pessoa singular. Todavia, a presente diretiva não afeta o direito dos

Estados-Membros limitarem, no respeito do direito comunitário, a concessão de crédito ao consumidor apenas a pessoas coletivas ou a determinadas pessoas coletivas”.

³⁵⁵ Importante crítica trazem Jorge Pegado Liz e Cristina Crisóstomo quanto à crença de que cabe ao consumidor a mera possibilidade de informação para que possa ser considerado responsável por seus atos: “De um lado, a mera “informação” aos consumidores foi elevada a instrumento e critério praticamente único para garantir a sua defesa, com base no argumento, ao gosto liberal, de que o consumidor é um agente económico consciente e inteligente, para o qual basta estar devidamente informado para atuar no mercado de forma racional. Acresce ainda que, de acordo com esta orientação, cabe ao consumidor, que é tido como ‘atento e advertido’, colher a informação disponibilizada (...)”. LIZ, Jorge Pegado; CRISÓSTOMO, Cristina. *Política comunitária dos consumidores em marcha-atrás?* Disponível em: http://janusonline.pt/popups2010/2010_1_14.pdf. Acesso em 07.10.2013.

³⁵⁶ Vale destacar neste íterim, por exemplo, que Portugal não acolheu, em termos gerais o disposto na 2ª parte deste Considerando 15. Cf. MORAIS, Fernando Gravato. *Crédito aos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 25.

³⁵⁷ Para os contratos celebrados após 13 de junho de 2014, serão aplicáveis as disposições da presente Diretiva 2011/83/UE relativa aos direitos dos consumidores. Como se nota do texto em tela, a presente diretiva abrange e revê as quatro diretivas existentes sobre os contratos de venda à distância, os contratos negociados fora da sede da empresa, a venda de bens de consumo e respetivas garantias e as cláusulas abusivas em contratos. Cf. em http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.5.2.html. Acesso em 02.12.2013.

³⁵⁸ O Tribunal de Justiça da União Europeia vem considerando “consumidor” de acordo com cada diretiva específica.

Laurence Landy revela que: “*La Cour de Justice des Communautés, dans l’affaire Di Pinto, a eu l’occasion de se prononcer sur cette notion en considérant qu’elle devait être analysée de manière stricte. La Haute juridiction n’a ainsi pas retenu la qualification de consommateur pour ‘un commerçant normalement avisé, connaissant la valeur de son fonds et celle de chacun des actes que nécessite sa vente, de sorte que, s’il s’engage, ce ne serait être de manière inconsidérée et sous le seul effet de la surprise’. Elle poursuit ainsi son raisonnement en concluant qu’il ‘ne doit pas être considéré comme un consommateur protégé par la directive 85/577 du Conseil du 10 décembre 1985 concernant la protection dans le cas des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux’*”. LANDY, Laurence. *Ob. cit.*, p. 69.

³⁵⁹ LARCHER, Sara. Contratos celebrados através da Internet: Garantias dos Consumidores contra vícios na compra e venda de bens de consumo. In: LEITÃO, Luís Menezes (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2005, p. 153.

³⁶⁰ *Idem*, p. 166.

³⁶¹ ALLEMAR, Aguinaldo. *Ob. cit.*, p. 289 e ss.

³⁶² “(...) las diferencias de legislaciones relativas a la protección de los consumidores representan un obstáculo para los intercâmbios transfronteirizos y, por consiguiente, para la realización del Mercado Interior.” PAISANT, Gilles. Perspectivas de Protección para los Consumidores Europeos. In: URBINA; Jorge Tomillo (Dir.); RUBIO, Julio Álvarez (Coord.). *Ob. cit.*, p. 349.

³⁶³ Cf. OSMAN, Filali (org.). *Ob. cit.*

³⁶⁴ Disponível em: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-QA-09-047/EN/KS-QA-09-047-EN.PDF. Acesso em 08.12.2013.

³⁶⁵ Acerca da ambiguidade do termo “harmonização máxima”, ver, por todos, WHITTAKER, Simon. Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of ‘Full Harmonisation’. In: *European Review of Contract Law*. Vol. 5. Berlim: De Gruyter, 2009, p. 223-247.

³⁶⁶ REICH, Norbert. Von der Minimal – zur Voll – zur “Halbharmonisierung” – Ein europäisches Privatrechtsdrama in fünf Akten. In: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*. München: Verlag C.H. Beck oHG, 2010, n. 1, p. 7 e ss.

³⁶⁷ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Apreciação crítica de uma proposta de Directiva sobre os Direitos do Consumidor. In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 285.

³⁶⁸ Ver o item 3.1 do presente Capítulo.

³⁶⁹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ob. cit.*, p. 284.

³⁷⁰ Há quem já aponte para um possível Código Europeu de Consumo diante da perspectiva de uma unificação do Direito do Consumidor na União Europeia a partir do exercício de uma harmonização máxima, no entanto, discordando de perspectiva (PAISANT, Gilles, *ob. cit.*, p. 349 e ss.).

³⁷¹ No mesmo sentido, MORAIS, Fernando de Gravato. Art. 38°. Defesa dos consumidores. As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores..., p. 464.

³⁷² *Idem*, p. 465.

³⁷³ *Ob. cit.*, p. 284.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ No mesmo sentido, ver, dentre muitos, Nuno Manuel Pinto Oliveira, *ob. cit.* p. 283 e ss. Gilles Paisant, ratificando o mesmo pensamento ao afirmar que “consta que las normas de armonización total ocasionan una disminución de los derechos de los consumidores de vários Estados membros de la UE”, acosta importante exemplo do impacto de Diretiva de conteúdo máximo:

“La primera ilustración de dicho fenómeno intervino con una Sentencia de la CJCE, de 25 de julio de 1985, sobre la responsabilidad derivada de los productos defectuosos. Francia fue condenada por

haber mantenido en su orden jurídico normas más protectoras de las víctimas. Tuvo que reformar su Ley, revisando a la baja los derechos de dichas víctimas, conforme al texto comunitário”.

³⁷⁶ Resulta de tal disposição que as diretivas são atos pelos quais “a autoridade comunitária competente, ao mesmo tempo que fixa aos respectivos destinatários um *resultado* que no interesse comum deve ser alcançado, permite que cada um deles escolha os *meios* e as *formas* mais adequadas - do ponto de vista do direito interno, da realidade nacional ou dos seus interesses próprios – para alcançar o objetivo visado”. CAMPOS, João Mota de, *Manual de Direito Comunitário*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 243.

³⁷⁷ PAISANT, Gilles. *Ob. cit.*, p. 349.

REABILITAÇÃO URBANA E POLÍTICA DE TRANSPORTES

Isabel Cristina Vasconcelos³⁷⁸

Introdução

Este trabalho subordinado ao tema *Reabilitação Urbana e Política de Transportes* tem em vista a sua apresentação no Congresso Internacional de Estudos Europeus subordinado ao tema “Desafios Contemporâneos na Europa”, inserido no âmbito da comemoração dos 30 anos da ADEE, a decorrer na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Com este texto, pretende-se dar um contributo em torno da reabilitação urbana em articulação com a política de transportes como instrumento de coesão a integrar nos planos territoriais, transformando-o num planeamento integrado e de inclusão social, visando o desenvolvimento económico e a sustentabilidade social da *urbe*.

Tivemos em conta o urbanismo como consequência do exponencial crescimento das cidades, nomeadamente, pelas migrações das populações a deslocar-se do campo para a cidade, particularmente intenso nas décadas de 60 e 70, daí resultando o aumento contínuo da população que cada vez mais vive em cidades, especialmente no litoral, em detrimento das regiões rurais do interior que tendem a ficar esvaziadas de pessoas, caminhando a passos largos para o seu despovoamento e desertificação.

Assim, começamos por fazer breve análise da evolução do direito do ordenamento do território e do direito do urbanismo, essencialmente no que diz respeito às novas tendências deste, tendo em conta que actualmente assistimos a um urbanismo de contenção, de reabilitação urbana e de coesão social.

Feita esta análise, debruçar-nos-emos sobre a política de transportes ao nível nacional e europeu, tendo em conta o ambiente, e a forma como a política de transportes pode contribuir para a coesão e sustentabilidade social das cidades proporcionando uma maior coesão social dos seus habitantes.

Finalmente, tendo em conta esta política sectorial apontaremos um caminho no sentido de se conseguir ter um país detentor de cidades planeadas, reabilitado, homogéneo e socialmente coeso.

1. O Fenómeno do Crescimento das Cidades

O aumento contínuo da migração da população das zonas rurais para os núcleos urbanos, mormente do interior para o litoral, está na origem do crescimento exponencial das cidades, isto é, cada vez mais a população de cada país vive em cidades.

Facto que levou a que a cidade não se cingisse apenas a sua área central tendo tido necessidade de se expandir alargando, passando o seu conjunto a ser constituído também pelos seus arredores.

De salientar que tal fenómeno de “urbanização” se verificou de forma transversal em todos os países, tendo sido até considerado sinónimo de “civilização”.

Todavia, tal crescimento da população nas cidades à custa da desertificação do interior particularmente intenso nas décadas de 60 e 70 do sec. XX proveniente da migração rústica-urbana fez com que as cidades tivessem necessidade de crescer de forma a albergar toda a população que continuamente aí chegava.

Ora como as cidades não estavam preparadas para crescer tão rapidamente como se impunha, e na ausência de qualquer planeamento, assistimos a um crescimento desordenado e caótico das cidades. Com o esbatimento de zona urbana e rústica à custa do alargamento da cidade para os seus arredores ainda não urbanizados. Neste sentido Fernando Alves Correia refere: “Acresce que a separação entre espaços urbanos e rurais tende a esbater-se, devido ao fenómeno da “rurbarização”, caracterizado por conjuntos de habitações dispersas por um espaço ainda parcialmente agrícola”. ³⁷⁹

Com vista a pôr fim a este fenómeno surgiu a necessidade de regular a situação recorrendo ao planeamento surgindo o Direito do Ordenamento do Território, e mais tarde, o Direito do Urbanismo, de forma a impedir ou pelo menos amenizar o crescimento caótico das cidades e zonas envolventes, assim como a proliferação das construções clandestinas.

2. Direito do Ordenamento do Território e Direito do Urbanismo

O Direito do Ordenamento do Território tem uma visão mais alargada da ocupação do território (macro) uma vez que acrescenta à repartição do solo todas as políticas, tendo também uma perspectiva do desenvolvimento económico e social, urbanística e ambiental, tendo em vista corrigir as assimetrias regionais visando o desenvolvimento económico, equilíbrio ou coesão territorial, tem na sua base o PNOT – Política Nacional do Ordenamento do Território.

O Direito do Urbanismo visa essencialmente a ocupação, uso e transformação do solo (cidade), através do planeamento do território a intervir. Normalmente opera através de planos e programação urbanística, mormente planos municipais, segundo os quais primeiro classifica o solo urbano/rústico, depois, identifica as categorias, isto é, estabelece zonas e afecta cada zona ao seu uso (uso dominante mas não exclusivo, pois pode comportar uso complementar. Ex: o cabeleireiro ou a pastelaria apesar de

serem pequenas indústrias podem ser consideradas complementares da categoria de uso habitacional).

Aqui vigora o princípio segundo o qual primeiro se urbaniza e depois se edifica.

Existem várias teorias acerca da definição do direito do urbanismo, mas por nos parecer mais adequada seguimos a noção ampla de direito do urbanismo, sendo:³⁸⁰ “o conjunto das normas e institutos que disciplinam não apenas a expansão e renovação dos aglomerados populacionais mas também o complexo das intervenções no solo e das formas de utilização do mesmo que dizem respeito às edificações, valorização e protecção das belezas paisagísticas e dos parques naturais, à recuperação de centros históricos, etc. A maior amplitude desta última concepção resulta de perceber o direito do urbanismo como abrangendo todas as regras atinentes a qualquer ocupação, uso e transformação do território e não apenas à sua ocupação para fins urbanísticos (de urbanização e edificação).

3. O Plano como instrumento fundamental do direito do Urbanismo

Como vimos, em face do crescimento desordenado e caótico das cidades face aos movimentos migratórios em direcção à cidade e ao crescimento da população, houve a necessidade de intervir na ocupação do solo das cidades.

Importa planear para urbanizar!

Foi devido à sua importância e os interesses envolvidos (nacionais, regionais e locais) que teve honras constitucionais ao ser inserido no âmbito da organização administrativa do Estado repartindo competências no que diz respeito ao urbanismo entre o Estado. As regiões autónomas e as autarquias locais, tendo em conta os interesses envolvidos, relativamente às regiões autónomas, artº 6º nº 2, artº 225º, nº 2 e artº 228º da CRP e relativamente aos interesses locais tal competência caberá aos municípios, nos termos do art.º 6º nº 1, artº 235º e 237º da CRP atendendo aos princípios da autonomia das autarquias locais, subsidiariedade e da

descentralização administrativa. Verificando-se assim uma competência concorrente entre o Estado central, regional/regiões autónomas e municipal.

Ao Estado é atribuída não apenas e só competência para elaborar e aprovar normas gerais sobre ocupação, uso e transformação do solo e para elaborar o PNOT, mas também para elaborar e aprovar os planos regionais e especiais do ordenamento do território, para dar luz verde aos planos directores municipais e fiscalizar o cumprimento/incumprimento pelas câmaras e pelos particulares do estabelecido nos planos e para adoptar medidas tutelares da legalidade urbanística.

Fica patente que no procedimento de formação de todos e quaisquer planos de ordenamento do território devem intervir e cooperar vários sujeitos de direito público, cujas competências são atribuídas por lei tendo em conta o território a abranger por eles, como se de uma *competência territorial*³⁸¹ se tratasse.

Inicialmente os planos apenas tinham em vista regular determinadas áreas com objetivos muito limitados, mais tarde passaram a abranger todos os fins relacionados com a ocupação, uso e transformação do solo abarcando simultaneamente o espaço municipal e áreas territoriais mais amplas, como é o caso das áreas metropolitanas de Lisboa e Porto, tendo-se verificado para além dos municípios uma cada vez maior intervenção da Administração do Estado no sector do urbanismo com atribuições de vários organismos tutelados ou integrados no Governo, como é o caso da elaboração e aprovação do PNOT. Por fim, ultimamente temos assistido a um plano de urbanização não tanto de expansão, voltado principalmente para a construção massiva de novas habitações e de novos equipamentos públicos, mas a planos de urbanismo de contenção, ou seja, de preenchimento de espaço vazio dentro da cidade – colmatação – (contenção dos perímetros) em que as necessidades urbanísticas são satisfeitas com a mobilização dos solos expectantes dentro dos perímetros urbanos com projectos que os considerem de forma global e integrada, assim como com a utilização do edificado existente, precedida da requalificação dos espaços públicos que os servem – urbanismo de reabilitação urbana.

Relativamente ao procedimento temos um urbanismo de concertação, tendencialmente consensual, uma vez que também os particulares são chamados a participar na elaboração dos planos que continuamente tem vindo a ser aprofundada nos tempos mais recentes.

A ruptura com a fase do urbanismo quantitativo de expansão deu-se com a aprovação do PNPOT, pela Lei n.º 58/2007, de 4 de Setembro, que refere num dos seus objectivos, nº 3.3, “promover um desenvolvimento urbano mais compacto e policêntrico do Continente, contrariar a construção dispersa, estruturar a urbanização difusa e incentivar o reforço das centralidades intra-urbanas”, “promover o desenvolvimento policêntrico dos territórios e reforçar as infra-estruturas de suporte à integração e coesão territoriais”.

Também o artº 72º, nº 3 do RJIGT impõe aos órgãos com competência planificadora critérios a observar nos planos municipais de ordenamento do território, prosseguindo objectivos idênticos de contenção da expansão urbanística, ao estabelecer que os planos só podem reclassificar o solo como solo urbano de modo limitado, ou seja, nos casos em que tal for comprovadamente necessário face à dinâmica demográfica, ao desenvolvimento económico e social e à indispensabilidade da qualificação urbanística.

3.1. Um novo paradigma – planificação com programação

O paradoxo da questão é que a partir do momento em passou a haver planos de urbanização, mormente no âmbito dos PDM de primeira geração, o território passou a estar mais desorganizado, o que é um contra senso, mas foi o que de facto se verificou. Isto porque, aqueles PDM promoviam um crescimento casuístico e disperso com uma urbanização indisciplinada, e sobretudo porque, a Administração ao planear faz juízos de prognose e ao prever um aumento demográfico, que não se veio a verificar, com alargamento exponencial de perímetros urbanos e irrealista, a consequente expansão irracional das suas infra-estruturas, agravado pela existência de uma política de transportes assente na criação de novos traçados que criaram acessibilidade e assentes em planos dos solos por elas servidos afectos a usos urbanos, vieram permitir a edificação ao longo dessas vias rodoviárias, facto que veio potenciar ainda mais a sua dispersão – os perímetros urbanos estavam super dimensionados.

Para além disso, o município planeou mas não programou a sua execução, ou seja, quando o particular quer construir, é este quem (no seu *timing*) programa sobre o planeamento do município, aquele, limita-se a verificar se o projecto entregue pelo particular (promotor) está em conformidade com o PDM, assumindo assim a Administração um papel passivo, ou seja, espera que o particular a ela ocorra no seu tempo, quando ache que lhe é oportuno.

Mas, constatado este facto, vamos assistir a uma inversão desta situação.

Desde logo, porque a Administração vai chegar à conclusão de que não lhe basta planear é agora necessário programar (definir metas e prioridades) e executar (sistemática ou integrada; não sistemática em que cada particular leva a cabo a sua intervenção). A partir de agora a Administração passa a ter um papel activo no que diz respeito ao direito do urbanismo, é ela que dentro do seu *timing* munida com os seus próprios instrumentos de

programação vai procurar os particulares com vista a fazê-los intervir na unidade de execução por aquela delimitada.

Assim, no âmbito deste novo paradigma podemos a partir de agora falar em gestão urbanística (uma gestão urbanística assente em instrumentos de planeamento), programada e negociada, o que significa falar na execução de planos municipais e em que o *timing* da Administração e do particular passa a ser coincidente.

A Administração agora assume um papel activo em todo este processo, sendo ela, quem agora toma as rédeas deste procedimento, não só elabora o plano, como faz a respectiva programação. Ora, aqui, programar significa fazer acontecer.

3.2. Novas preocupações do planeamento

Este novo papel assumido pela Administração porque portadora de novos instrumentos jurídicos e com novos objetivos, leva a que assistamos a uma transformação de um urbanismo de cariz quantitativo num urbanismo com contornos mais qualitativos, caracterizado essencialmente por uma melhoria do espaço urbano existente, defesa do meio ambiente e da melhoria da qualidade de vida das pessoas com protecção e valorização do património histórico, arqueológico, artístico e paisagístico. Agora, em vez de se pretender a construção do maior número possível de habitações e de edifícios públicos com o consequente alargamento da cidade para a periferia conduzindo à construção dispersa. Pelo contrário, procura-se travar esse alargamento por via da urbanização de novos terrenos, valorizando-se antes as operações de reestruturação e renovação de bairros e de edifícios no interior da própria cidade, evoluindo assim este ramo do direito no sentido de um urbanismo de reabilitação urbana, ou, como também é apelidada, de *regeneração* urbana.

Perante este novo paradigma de urbanismo, os cidadãos são agora chamados a participar na elaboração e na execução dos planos de forma que os particulares tomem conhecimento e acompanhem os problemas jurídico-

urbanísticos, ao mesmo tempo em que se assiste a uma redistribuição de competências urbanísticas entre o Estado e outras pessoas colectivas públicas territoriais, de forma a também elas terem um papel mais activo no domínio deste ramo do direito.

O direito do urbanismo tem agora novas preocupações, nomeadamente ambientais, ecológicas, desenvolvimento social urbano, de desenvolvimento sustentável e da sustentabilidade das cidades. O “novo” direito do urbanismo à medida que se torna mais complexo tem de lançar mão de outras políticas públicas com as quais tem grande afinidade, a saber, política habitacional, protecção e salvaguarda do património cultural, política ambiental, coesão económico-social, políticas de mobilidade e transportes, etc.

Importa referir que não é pelo facto de nos encontrarmos perante uma operação de reabilitação urbana que a programação pode ser dispensada, com efeito, para a sua concretização ela carece da necessária programação pública, quer no que diz respeito às intervenções a efectuar, quer quanto à delimitação de áreas (ARU) que apontem para intervenções integradas, e ainda, relativamente à promoção de parcerias entre particulares e a Administração, ou com terceiros, para a sua concretização (execução).

Convém não esquecer que esta programação levada a cabo pela Administração não é gestão urbana, é ainda planeamento, constitui um mero instrumento de gestão territorial que tem de estar de acordo com o plano (planeamento territorial) enquadrado juridicamente pela Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, Lei nº 48/98, de 8 de Agosto, alterada pela Lei nº 54/2007, de 31 de Agosto, e pelo diploma que aprovou o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT) Dec. Lei 380/99, de 22 de Setembro, com as várias alterações.

Neste sentido, Fernanda Paula Oliveira, refere: “falar em *gestão urbanística* significa falar na *execução de planos municipais*, nas mais variadas dimensões em que esta tarefa se traduz (execução material e execução jurídica *rectius* perequação). Não se pode, pois, falar já,

actualmente, de uma gestão urbanística sem planos, mas de uma gestão urbanística assente em instrumentos de planeamento.

Nesta perspectiva, existe uma estrita relação entre a *elaboração* e a *execução dos planos municipais*, entre *planeamento e gestão urbanística*, fazendo ambos parte de uma mesma realidade *interactiva*”³⁸².

4. Relação entre urbanismo e política de transportes

Como vimos, o direito do urbanismo utiliza os planos como instrumentos ao serviço das políticas de ordenamento do território e de urbanismo integrados num sistema de gestão territorial, a qual tem agora uma visão integrada da cidade, ou seja, no planeamento do território deve ser fomentado o desenvolvimento social evitando fenómeno de segregação espacial dos seus habitantes face à sua diversidade do ponto de vista étnico, religioso (instalação de locais de culto) e social (evitando os “*guetos*”), o que cria a necessidade de integrar nos planos territoriais de políticas de integração das populações, nomeadamente políticas sociais, combate à pobreza, políticas de segurança urbana, políticas de habitação (fomentar que quando se coloquem imóveis no mercado habitacional uma percentagem desses seja reservada para ser vendida a preços controlados de modo a que a população menos favorecida seja preterida por motivos económicos no acesso a essa mesma habitação, promovendo assim a “mistura” diversificada de camadas habitacionais menos favorecidas com as de melhor condição sócio económica), oferta de serviços públicos (usos urbanísticos variados – residencial, industrial, comercial) – mistura de usos, e políticas de transportes públicos e de promoção da mobilidade e acessibilidade urbana.

O direito do ordenamento do território e urbanismo tem, agora, novas preocupações promovendo a convivência no mesmo espaço (urbano) de pessoas pertencentes a classes sócio económicas diferentes, a protecção do ambiente, equilíbrio do ponto de vista ecológico, o desenvolvimento social

urbano e a sustentabilidade das cidades, tendo como fim último o reforço da coesão social.

O plano territorial que até aqui tinha apenas como preocupação a defesa do direito de propriedade (sobre os imóveis) com uma visão predominantemente economicista, agora ao ter em conta a vertente social do princípio da sustentabilidade, “obriga” (tendo em conta estas novas preocupações) à sua transformação num planeamento integrado e de inclusão social, abarcando as vertentes económicas, social e ambiental. Todavia, embora seja inegável a permanência do direito de propriedade sobre o imóvel, isso não significa que o proprietário possa nele edificar, pois, se o plano assim o determinar, esse direito poder-lhe-á ser vedado.

Por se verificar interdependência entre esta nova visão de organização do território e o sistema de transportes e mobilidade urbana, segundo a qual os instrumentos de planeamento para além de fornecerem soluções de ocupação do território articulam e coordenam as várias políticas sectoriais, que devem ser integradas num sistema de gestão territorial, sendo uma delas a política de transportes a qual assume a maior importância em matéria de planeamento territorial e subsequente gestão urbanística, é patente que esta política constitui uma importante via para que as cidades se tornem mais sustentáveis consoante as opções tomadas.

Nos termos do artº 85 nº 1 b) do RJIGT estabelece que o PDM (plano que define a ocupação do território municipal) deve identificar a rede viária e a rede de transportes do município.

O artº 88, al. b) do RJIGT, refere que o plano de urbanização deve determinar a rede viária estruturante, o sistema urbano de circulação de transporte público e privado e o sistema de estacionamento; e

O artº 91, nº 1, al. c) do RJIGT, estatui que o plano de pormenor (o mais concreto), deve definir os espaços públicos de circulação viária e pedonal e de estacionamento, sendo certo que a alínea g) do mesmo preceito refere que deve ainda proceder à definição das regras para a ocupação e gestão dos espaços públicos.

Por isso, agora, encontramos a política de transportes subjacente a qualquer tomada de posição quanto às opções dos instrumentos de planeamento da cidade.

5. Política de transportes no âmbito nacional

Como já se referiu, existem agora novas preocupações quer ao nível do planeamento urbanístico quer no que diz respeito à sua gestão.

Pretende-se agora que a cidade tenha um desenvolvimento sustentável, trata-se de um verdadeiro princípio jurídico que abarca as vertentes, económicas, sociais e ambientais, tendo em vista uma cidade coesa.

Significa que o urbanismo deixa de ter uma visão da cidade apenas pelo seu edificado, (visão territorialista) passando a olhá-la por um prisma mais humanista, sendo tido em conta o seu próprio meio ambiente urbano, isto é, reconhece-se o direito de todos os cidadãos desfrutarem de uma vida digna, adequada e acessível, munindo-se agora de mecanismos contra a segregação e a exclusão, garantindo assim um meio ambiente urbano e adequado que visa a sua coesão social.

A regulação do uso dos solos urbanos deve fomentar a mistura equilibrada dos vários grupos sociais, não perdendo de vista as actividades económicas, garantindo-se assim o direito de os cidadãos gozarem uma vida digna e adequada. Como refere, Everton Soares “mais recentemente, esse urbanismo quantitativo deu lugar a um urbanismo qualitativo, em que a preocupação primordial volta-se para a qualidade da infraestrutura urbana, para defesa do meio ambiente e para a qualidade de vida das pessoas”.³⁸³

Ora, coesão significa “misturar”, mistura equilibrada de grupos sociais e usos. A coesão social é uma das componentes para o desenvolvimento de um urbanismo sustentável.

Sendo a política dos transportes uma das vias de primordial importância para que as cidades se tornem mais sustentáveis, face à sua directa

interferência na acessibilidade e mobilidade com efeitos na qualidade de vida da população fomentando a sua coesão social.

Se até determinado momento, o PDM de 1ª geração se potenciou o crescimento indisciplinado das cidades e dispersivo com alargamento do perímetro urbano, e por outro lado, assistimos ao despovoamento dos centros do perímetro urbano das cidades com fogos devolutos, e/ou degradados habitados essencialmente por população idosa com pouco poder reivindicativo. Mas é aqui onde se encontram o comércio e os serviços para onde as pessoas têm de se deslocar durante o dia seja para trabalhar, procurar os serviços ou o lazer de que necessitam, por isso, o centro do perímetro urbano durante o dia apresenta-se congestionado quer de tráfego quer de pessoas, pelo contrário, à noite encontra-se deserto.

Este facto tem repercussões diretas na qualidade de vida das pessoas, mormente no que diz respeito à segurança e ambientais, ora, as pessoas viviam nos subúrbios (a km de distancia do centro) para trabalhar ou aceder aos vários serviços (educação, saúde, justiça) tinham de se deslocar ao centro do perímetro urbano, ao fim do dia regressavam ao seu local de residência, (subúrbio) criando assim a “necessidade” e a dependência da utilização predominante e generalizada do transporte individual nas deslocações em detrimento do transporte público, o que determinou que os instrumentos de planeamento territorial se preocupassem exclusivamente com a resolução dos problemas provocados pelo tráfego rodoviário, criando, cada vez mais, novas infraestruturas, que potenciavam ainda mais a dispersão da urbanização por construções levadas a cabo ao longo dessas novas vias.

Tendo em conta a situação acima descrita, sentiu-se a necessidade de a regular mas sempre sob a perspectiva do congestionamento de tráfego rodoviário face ao constante aumento da utilização de transporte individual – automóvel, mormente quanto ao problema do estacionamento nas cidades.

5.1. Guião Orientador de Acessibilidades, Mobilidade e Transportes nos planos de ordenamento do território

Ora, considerando o estabelecido no “Guião Orientador, Acessibilidades, Mobilidade e Transportes nos planos de ordenamento do território”, regula o estacionamento nos centros urbanos, sendo certo que no que diz respeito ao estacionamento na frente de rua por tempo limitado e com taxas reduzidas, facto que deveria proporcionar um estacionamento por breves períodos de tempo promovendo a rotatividade de veículos estacionados, no entanto, nos parques de estacionamento subterrâneo que em princípio estariam reservados a utilizadores que necessitassem de permanecer estacionados por períodos de tempo superiores. Mas, porque as taxas cobradas pelos parques (concessionados) subterrâneos são bastante superiores aos praticados pelos lugares de frente de rua, sucede que os cidadãos tendem a prioritariamente estacionar durante o dia nos lugares de frente de rua, isto aliado a uma fiscalização deficiente.³⁸⁴

Perante tal cenário, urge socorrer-se das políticas municipais e intermunicipais de transportes visando potenciar a diversificação de meios de transporte com redução da taxa da utilização de automóvel por razões ambientais e energéticas, e não só por razões de mobilidade.

5.2. PNPOT – Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território³⁸⁵

Este instrumento de planeamento, ordenamento e gestão territorial, aprovado pela Lei n.º 58/2007, de 4 de Setembro, integra um conjunto de orientações fundamentais sobre o sistema urbano, o processo de urbanização em Portugal e política de transportes, identificando 24 problemas para o ordenamento do território.

No que concerne à política de transportes, este instrumento considera o sistema de transportes e acessibilidades como: “ pilar de posicionamento do

país na Europa e no mundo, factor de competitividade da economia, elemento estruturante do ordenamento do território, garante da coesão social e condicionante da equidade social e da qualidade de vida”.

Confere orientações estratégicas com incidência no ordenamento do território e transportes, apontando no sentido de um desenvolvimento mais compacto, denso e policêntrico das cidades, com mistura de usos, reforçando as centralidades urbanas, no fundo dá orientações no sentido do preenchimento da cidade, propondo que se intervenha no já edificado reabilitando edifícios, equipamentos e espaço público já construído, a nova construção só será admitida desde que justificada a sua necessidade, visando contrariar a tendência da construção dispersa e difusa, reforçando assim as centralidades urbanas.

Estabelece uma articulação entre esta nova orientação de ordenamento de território com o sistema de transportes, propondo para o efeito, que a elaboração e revisão dos PDM seja articulada com a elaboração de planos de mobilidade e transportes, visando favorecer a acessibilidade dos seus habitantes aos locais de trabalho, aos serviços públicos e de apoio às actividades produtivas, equipamentos colectivo e lazer utilizando preferencialmente o transporte público.

Propõe-se, ainda, a elaboração de planos de mobilidade intermunicipais reforçando a complementaridade entre centros urbanos vizinhos munido com o transporte acessível para todos. De facto, muitas vezes encontramos cidades que distam relativamente pouca distância uma da outra; ex: Porto e Gaia, mas cada uma delas tem valências diferentes, muitas vezes a população tem necessidade de se deslocar de uma cidade para outra para aí procurar satisfazer necessidades que a “sua” não dispõe.

Mais uma vez, prosseguindo o objectivo da cidade sustentável garante da coesão económica, social e ambiental, ao promover o desenvolvimento de planos de transportes urbanos sustentáveis com reforço do incentivo para a utilização do transporte público e a mobilidade não motorizada melhorando assim também a qualidade do ar, fomentando o transporte

multimodal, modos de transporte ecológicos menos dependentes do uso do petróleo, designadamente com recurso a veículos elétricos/híbridos.

5.3. Outros instrumentos

5.3.1. (ENDS) Estratégia Nacional para o Desenvolvimento Sustentável

Promove uma mobilidade mais sustentável contribuindo para a redução das emissões e cidades atrativas, acessíveis e integradas.

5.3.2. (PET) Plano Estratégico de Transportes

Estabelece os princípios de actuação do sector no que diz respeito às respectivas infraestruturas, propondo um conjunto de reformas estruturais a realizar entre 2011-2015, visando cumprir os compromissos assumidos por Portugal internacionalmente, alavancar a competitividade e o desenvolvimento da economia nacional, e promover a mobilidade e acessibilidade a pessoas e bens, de forma eficiente e adequada às necessidades, promovendo a coesão social.

5.4. (PNPA) Plano Nacional de Promoção da Acessibilidade

(PAIPDI) Plano de Acção para a Inclusão das Pessoas com Deficiência ou Incapacidade

(ENDEF) Estratégia Nacional para a Deficiência

Estes planos definem objectivos e medidas específicas para a melhoria da acessibilidade aos equipamentos públicos e serviços de transporte, nomeadamente com a protecção das pessoas com deficiência e necessidades especiais, promovendo a remoção de obstáculos de barreiras na via pública, a utilização de rampas de acesso a serviços públicos, assim como no acesso ao interior dos transportes públicos.

5.5. (PNAEE) Plano Nacional de Acção para a Eficiência Energética nos transportes

Aponta programas de melhoria de eficiência energética, nomeadamente o Programa Renove o Carro, ex: a Câmara Municipal de Lisboa estabeleceu recentemente a proibição de entrada na cidade de Lisboa de veículos automóveis com matrícula anterior a 1996³⁸⁶, e o Programa Mobilidade Urbana e Sistema de Eficiência Energética nos Transportes.

5.6. (PNAC) Programa Nacional para as Alterações Climáticas

Estabelece um conjunto de medidas a executar em 2008-2012 com vista a um controlo das emissões de GEE de forma a convergir para o cumprimento das obrigações nacionais do Protocolo de Quioto.

5.7. O Despacho Interministerial nº 11125/2010

Tem em vista a elaboração de um Plano Nacional de Promoção da Bicicleta e Outros Modos de Transporte Suaves, tendo sido criado já um Grupo de Trabalho Interministerial para o efeito.

6. Política de Transportes Europeia

Preocupamo-nos agora que a cidade tenha um desenvolvimento sustentável, abarcando as vertentes, económica, social e ambiental, tendo em vista uma cidade coesa.

Para o prosseguimento de tal objectivo, assistimos a uma transformação de um urbanismo de cariz quantitativo num urbanismo com contornos mais qualitativos, caracterizado essencialmente por uma melhoria do espaço urbano existente, defesa do meio ambiente e da melhoria da qualidade de vida das pessoas com protecção e valorização do património histórico,

arqueológico, artístico e paisagístico, passando a valorizar-se agora as operações de reestruturação e renovação de bairros e de edifícios no interior da própria cidade, evoluindo assim este ramo do direito no sentido de um urbanismo de reabilitação urbana.

Considerando o actual quadro em que vivemos em grande parte fruto da globalização, é inevitável que tal propósito só pode ser bem conseguido se realizado à escala europeia, razão pela qual só assim se compreenderá que o PNPOP dê atenção à posição de Portugal no mundo.

Assim acontece no âmbito do ordenamento do território, onde acima do objectivo da competitividade da economia portuguesa aparecem os objectivos de bem-estar da população ou ainda a defesa dos valores ambientais.

Na Introdução desse documento, no nº 3 do título 1, dedicado a *Um país mais ordenado*, refere: “o bom ordenamento do território passa também pela melhor inserção da sociedade e da economia portuguesa no Mundo e em particular na Europa”; e acrescenta que, “é fundamental definir, afirmar e consolidar a posição de Portugal nesse contexto e, a partir daí, organizar os territórios de forma adequada ao bom desempenho daqueles papéis”.

Por outro lado, no nº 5 do título primeiro, reconhece-se que “o bom arranjo dos territórios é fundamental para que Portugal possa beneficiar e contribuir para o sucesso económico, social e político da construção da União Europeia e, por essa via, para o reforço do papel europeu, mediterrânico e atlântico da Península Ibérica e para a construção de um modelo global de desenvolvimento sustentável”.

E no último número da introdução desse documento constatamos que “o Governo apresenta também a proposta do PNPOP em coerência com a *Estratégia Nacional de Desenvolvimento Sustentável* (ENDS), que enquadrará estrategicamente as políticas de desenvolvimento do país nos próximos anos, no sentido de tornar Portugal num dos países mais competitivos e atractivos da União Europeia, num quadro de elevado nível de desenvolvimento económico, social e ambiental e de responsabilidade social”.

6.1. Política de Coesão

A União Europeia, com o decorrer do tempo, foi tendo preocupação crescente com a redução das disparidades entre Estados e Regiões. Estabelecia no seu preâmbulo ter como objectivo a redução das desigualdades entre as diversas regiões e do atraso das menos favorecidas.³⁸⁷

Em resposta a este desafio, a UE respondeu ao instituir a Política de Coesão nos tratados, que consiste, no essencial, o desenvolvimento harmonioso de todas as regiões que integram a União. Esta Política é um pilar da integração Europeia, constituindo a melhor expressão do princípio da solidariedade que sustenta a própria União Europeia, sendo indissociável da construção do mercado único.

A Coesão Económica e Social que tem por objectivo atingir, em toda a União, um potencial de desenvolvimento económico, social e territorial, promovendo um espaço europeu coeso.

Desde o seu Tratado Institutivo até à actualidade, esta Política foi sofrendo alterações, quer quanto aos seus objectivos quer quanto aos procedimentos.

Aqui, vamo-nos cingir sinteticamente às linhas orientadoras quanto ao futuro dessa Política de Coesão na União Europeia.

A Europa definiu as linhas de orientação que esta Política no futuro (pós 2013) que deixa de ter como única preocupação a redução das disparidades socioeconómicas entre as regiões europeias, procedendo agora a um alargamento desta Política a outras áreas de intervenção, nomeadamente no âmbito do desenvolvimento tecnológico, investigação e inovação, transportes e ambiente, valorizando aspectos além dos económicos. Devendo tornar-se num para a implementação de prioridades comunitárias pro-desenvolvimento.

A grande novidade é a interacção desta Política com outras políticas sectoriais, ao ser constatada a necessidade de melhorar a coordenação e complementaridade com outras políticas da UE (políticas de transportes, política energética, política agrícola comum, política de concorrência), de forma a melhorar a eficácia no cumprimento dos objectivos comunitários e a criar sinergias. A coesão territorial constitui um objectivo da Política de Coesão – art.º 3º TFUE.

Assistimos assim a uma viragem da visão tradicional da coesão centrada nos desníveis de desenvolvimento para um conceito de coesão territorial adicionado à coesão económica e social auxiliada pela coordenação com outras políticas sectoriais, tendo em conta os novos desafios, especialmente o envelhecimento da população e alterações climáticas.

6.2. Evolução da Política de transportes da UE e do princípio da subsidiariedade

Ao contrário de outras políticas sectoriais da UE que surgiram ao longo da construção europeia, a política dos transportes foi considerada já no Tratado de Roma, em 1957, através dos artigos 75º a 84º, havendo aqui uma consideração própria para os transportes circunscritos ao espaço europeu, só sendo considerados os transportes por caminho de ferro, por estrada e por via navegável (nº 1 do artigo 84).

A evolução verificada, com intervenções significativas nos domínios da liberalização e da harmonização das normas, da articulação entre os diferentes modos de transporte e da implantação de infraestruturas com lógicas europeias, assim como, em alguns casos, de âmbitos mais localizados.

Assim ia acontecendo ao mesmo tempo em que se ia afirmando e reforçando o princípio da subsidiariedade, instituído com o Acto Único Europeu, no quadro da política do ambiente, tendo-se verificado a sua consagração geral com o Tratado de Maastricht, artº 5º do Tratado da Comunidade Europeia, agora com uma redacção semelhante no Tratado de

Lisboa – artº 5º do TUE (Tratado da União Europeia), dispondo que: “em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devidos às dimensões e aos efeitos da acção desenvolvida, ser mais bem alcançados ao nível da União”.

No Tratado de Lisboa a coesão económica social e territorial na UE consolida-se, pois, pela primeira vez, o princípio da coesão territorial foi contemplado entre os objectivos da EU, uma vez que o foco de aplicação é alargado, passando a cobrir regiões, quer de países ricos, quer de países pobres e não somente as regiões menos desenvolvidas. Este Tratado ao reforçar o papel das regiões consagrou uma nova definição do princípio da subsidiariedade, que passou a abarcar os níveis local e regional, pois até aqui, a EU só intervém se os resultados da acção prevista forem atingidos de forma mais eficaz a nível da EU do que a nível nacional.

Havendo a necessidade de aproximar a Europa, não podia deixar de se ultrapassar os âmbitos nacionais, nas propostas e medidas a tomar. Tornou-se imperioso harmonizar as normas entre os diferentes países, em áreas desde a dimensão dos veículos até aos limites da condução. Foi ainda indispensável ter infraestruturas aproximando os países, infraestruturas que têm de estar articuladas, como as vias férreas e as autoestradas. Compreende-se assim que a definição das redes transeuropeia, uma definição que não pode deixar de ser feita a nível supranacional, uma vez que nos deparamos com investimentos que justificam a participação da União.

Um documento orientador dos passos que têm de ser dados na política de transportes, COM (2011) 144 final, de 28.3.2011, o *Roteiro do espaço único europeu dos transportes – Rumo a um sistema de transportes competitivo e económico em recursos* (Comissão Europeia, 2011) refere: “o objectivo central da política dos transportes consiste em promover um sistema de transportes que sustente o progresso económico, reforce a

competitividade e proporcione serviços de mobilidade de alta qualidade na Europa, em paralelo com uma utilização mais eficiente dos recursos disponíveis”.

6.3. Preocupação crescente com os transportes urbanos

Em virtude do seu âmbito geográfico e os problemas a serem resolvidos entre os países, durante as primeiras décadas da EU não se deu muita importância à problemática dos transportes urbanos, que ficaram entregues aos respectivos países.

Mas com o decorrer do tempo foi-se tendo mais consciência de que tal problemática deveria fazer parte das preocupações da União.³⁸⁸

Em 2007, foi publicado um Livro Verde, *Por uma Nova Cultura de Mobilidade Urbana* (Comissão Europeia, 2007) e um *Plano de Acção para a Mobilidade Urbana* (Comissão Europeia, 2009) de salientar que se tratou de uma iniciativa na sequência do Livro Verde, que estabelece um quadro coerente para iniciativas da EU na área da mobilidade urbana.

Tendo em conta o facto de que é nas cidades que grande parte da energia é dispendida nos transportes, sendo gerado a cerca de um quarto da emissão total de CO₂, agravado pela circunstância de que um em cada três dos acidentes mortais que acontecem na União ocorrem nas suas cidades.

Para além dos aludidos prejuízos de bem-estar no dia-a-dia dos cidadãos, de acordo com a Comissão Europeia (2009), o congestionamento dos transportes nas zonas urbanas e circundantes tem um custo de 100 mil milhões de euros por ano, isto é, corresponde a 1% do PIB da União Europeia, como consequência dos atrasos e poluição.

Segundo publicação recente na imprensa nacional, só em Portugal, calcula-se que se desperdicem por ano 2 mil milhões de euros com combustíveis fósseis só nas filas de trânsito nos meios urbanos.³⁸⁹

Sucede que os transportes urbanos estão intimamente ligados aos demais tipos de transporte, conforme é referido pela Comissão, “a mobilidade

urbana é também uma componente central do transporte de longa distância. A maioria dos meios de transporte, tanto de passageiros como de mercadorias, começa e acaba em zonas urbanas e atravessa no seu percurso diversas zonas urbanas. Estas deveriam proporcionar pontos de interligação eficientes para a rede transeuropeia de transportes no “quilómetro final”, tanto para o transporte de mercadorias como de passageiros. São portanto vitais para a competitividade e a sustentabilidade do futuro sistema de transportes europeu” (Comissão Europeia 2009).³⁹⁰

Em presença do cenário acima descrito, impunha-se a criação de normas comunitárias, é de suma importância salientar a oportunidade e o relevo do Livro Verde e do Plano de Acção (Comissão Europeia, 2007 e 2009).

Foram tomadas iniciativas legislativas no sentido de promover, sendo possível (dependendo das distâncias a percorrer e da orografia dos terrenos), a criação de condições para que as pessoas, em trajectos mais curtos, se desloquem a pé e de bicicleta, com corredores próprios e atraentes.

Evitam-se assim os elevados custos de congestionamento, ambientais e energéticos, sendo ainda os cidadãos incentivados à prática de exercício físico que além do mais é benéfico para as suas saúdes.

A Comissão Europeia tem vindo também a preocupar-se expressando-se de forma a proteger as pessoas com necessidades especiais, quer por apresentarem qualquer tipo de limitação física quer em razão da sua idade (idosas), sendo de salientar que o envelhecimento populacional está na ordem do dia da União face ao envelhecimento generalizado da população, motivado por um lado pelo acréscimo da esperança de vida das pessoas e por outro o fraco crescimento demográfico da população europeia.

A este nível tem-se logrado alcançar assinaláveis progressos relativamente a alguns tipos de veículos, como é o caso da colocação de acesso aos autocarros; no entanto, no que diz respeito ao acesso aos metropolitanos e comboios, estes continuam a ter grandes dificuldades de acesso, mormente pelas pessoas com necessidades especiais.

Paralelamente ao incentivo para se andar a pé e de bicicleta³⁹¹, assim como para se fazer uma utilização quotidiana de transportes públicos, sem barreiras na acessibilidade por parte das pessoas idosas ou portadoras de deficiência, tem como objectivo expresso e drástico de se limitar ou mesmo impedir a utilização de automóveis individuais. Pois, tal propósito consta das dez metas do *Roteiro do espaço único europeu dos transportes*, sendo que logo da sua primeira meta consta “reduzir para metade o número de veículos automóveis de motorização convencional utilizados no transporte urbano, até 2030; retirá-los da circulação nas cidades, até 2050; descarbonar no essencial a logística nos grandes centros urbanos, até 2030”.

Assim como nas deslocações interurbanas, importa antes promover na medida do possível nas cidades transportes em rail e metropolitanos. Sendo aqui de salientar os avultados ganhos energéticos e ambientais.

Importa referir que em todos os documentos emanados pelas instituições europeias procedem a uma integração entre o ordenamento do território, o planeamento urbano e o sistema de transportes.

7. Conclusão

Apresentando-se a reabilitação urbana a nova tendência do direito do urbanismo, constituindo uma via preferencial de intervenção no território devendo mesmo ser vista como uma política integrada, sendo a cidade entendida como um todo, realizando um conjunto de intervenções articuladas de forma integrada, embora assentes em planos que são articulados com as outras formas de intervenção no território e com outras políticas públicas – como é o caso dos transportes que deve constar dos respectivos instrumentos de planeamento, assim como deve assentar na programação levada a cabo pelo município que agora tem um novo modelo de gestão urbanística mais proativa, onde este programa, coordena e controla as operações privadas que, de forma integrada, executam os planos, a Administração – *faz acontecer!*

A reabilitação urbana visa promover a coesão social e territorial, contribuindo dessa forma para o desenvolvimento sustentável das cidades protegendo o ambiente, questão que como vimos está intimamente ligado com os transportes.

A articulação entre as políticas de transportes e as políticas urbanas é condição para se garantir cidades acessíveis a todos, contribuindo inequivocamente e de forma exponencial para que se obtenha uma cidade sustentável e mais eficiente do ponto de vista económico, social e ambiental, proporcionando assim uma cidade coesa.

Em tempo de globalização da economia, a política de transportes é de facto bem ilustrativa da dimensão que tem de ser dada às políticas da União Europeia.

Tem sido dada uma atenção especial, crescente ao longo da construção europeia ao princípio da subsidiariedade, salientando que uma maior integração tem de ser feita com uma participação especialmente ativa de escalões mais próximos dos cidadãos, incluindo o escalão nacional e os escalões regional e local dentro de cada país. Assim acontece por razões políticas, de exigência dos seus cidadãos, que não prescindem de ver os seus países a ser atores principais nos processos de desenvolvimento, e por razões de eficácia, com os resultados muito melhores conseguidos descentralizadamente.

A dimensão do problema, estritamente ligado à actividade transportadora (problemas ambientais e energéticos), obriga a que se tenha de ter intervenções em âmbitos geográficos muito mais alargados, como são os casos do âmbito europeu e mesmo do âmbito mundial.

Mas com o relevo das concentrações urbanas, onde tais problemas são sentidos de modo muito especial, não só as instituições da União Europeia como mesmo instituições de âmbito mais vastas não podem deixar de ter preocupação e mesmo intervenção também em âmbitos mais localizados; compreendendo-se aliás que mesmo a estes níveis haja preocupação e quiçá intervenção com problemas que, embora sem ter implicações mais vastas, estão estritamente ligados à segurança dos cidadãos.

Bibliografia

Andrade, Paulo Adriano G. B., “A Mobilidade Sustentável: a Promoção da Mobilidade em Bicicleta”, RevCEDOUA, nº 30, Ano 15, 2.12, Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, 2012

Cabral, A. J. Santos, “Do Direito à Segurança à Segurança do Direito”, Quarta Conferência Internacional sobre “As Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global”, Macau, 2011

Correia, Fernando Alves, "Manual do Direito do Urbanismo", Vol. 1, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2008

Fernandes, Edésio, "Estatuto da Cidade, Mais de 10 Anos Depois", Belo Horizonte, Brasil, 2013

Oliveira, Fernanda Paula,

"Novas Tendências do Direito do Urbanismo", 2ª ed., Almedina, 2012, Coimbra

"Transportes e Planeamento Territorial", RevCEDOUA, nº 2/12, Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, 2012

"A reabilitação urbana e a gestão urbanística programada (e negociada): dois tópicos na concretização das políticas urbanas"

Porto, Manuel,

"Teoria da Integração e Políticas Comunitárias. Face aos Desafios da Globalização", 4ª ed. Almedina, Coimbra, 2009

"Transportes", in Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Froufe, "Direito da União Europeia. Elementos de Direito e Políticas da União", ed. Almedina, Coimbra, 2016

Silva, Suzana Tavares, "Um Novo Direito Administrativo?", Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010

Soares, Everton Luís Gurgel, “Sustentabilidade Social, Planejamento Urbano e o Zonamento de Inclusão”, Brasil

Solé, J. Ponce, Poder Local e Guetos Urbanos, "As relações entre o Direito do Urbanismo, a Segregação Espacial e a Sustentabilidade Social", IV Conferência do Ciclo Direito à Cidade. Os direitos urbanos dos cidadãos e a transformação da cidade, 2007

Villes e Agglomerations – Problemas das Cidades em Portugal

Documento do Gabinete do Ministro do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, Lisboa, 2008

Documento do Departamento de Prospectiva e Planeamento e Relações Internacionais, Política de Coesão no pós 2013, Documento de Trabalho nº 3/2009, Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, Lisboa

Documento da Direcção Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano, Acessibilidade, Mobilidade e Logística Urbana, Série Política de Cidades – 6, Lisboa, 2011

Documento do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, Documento Técnico DGOTDU 6/2011, Lisboa, 2011

-

³⁷⁸ Advogada e Mestre pela FDUC.

³⁷⁹ Correia, Fernando Alves in “Manual de Direito do Urbanismo”, Vol. I, 4ª ed., pág. 30, Almedina, 2008.

³⁸⁰ Oliveira, Fernanda Paula, in “Novas Tendências do Direito do Urbanismo”, 2ª ed., 2012, pag. 13, Almedina, Coimbra.

³⁸¹ Itálico nosso.

³⁸² Fernanda Paula Oliveira, in “ Novas Tendências do Direito do Urbanismo”, 2ª ed., 2012, Coimbra, Almedina, pág. 57.

³⁸³ Soares, Everton Luís Gurgel, in “Sustentabilidade Social, Planejamento Urbano e o Zonamento de Inclusão”, pág. 156.

³⁸⁴ Sobre esta problemática – Fernanda Paula Oliveira, in Transportes e Planeamento Territorial”, Rev. CEDOUA, nº 30, Ano XV, 2.2012, pág. 14, Coimbra.

³⁸⁵ Ao longo deste texto as referências são feitas à edição do PNPOT promovida pelo CEDOUA, Almedina, Coimbra, 2007.

³⁸⁶ Este programa foi objeto de várias críticas por vedar o direito de acesso e circulação na cidade aos cidadãos mais velhos e das camadas populacionais economicamente mais desfavorecidas face às suas dificuldades económicas em adquirir automóveis novos.

³⁸⁷ Sobre a evolução da política de coesão económica e social pode ver-se, Manuel Porto, "Teoria da Integração e Políticas Comunitárias. Face aos Desafios da Globalização", 4ª ed. Almedina, Coimbra, 2009, pp. 406 ss.

³⁸⁸ Preocupação recente e crescente da União Europeia pelos transportes urbanos, ver Manuel Porto, "Transportes" em Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Froufe, "Direito da União Europeia. Elementos de Direito e Políticas da União", Almedina, Coimbra, 2016, pp. 820-823.

³⁸⁹ Cfr. Jornal de Notícias de 1.10.2014.

³⁹⁰ Trata-se de ideias reforçadas no mesmo documento, estabelecendo que “os sistemas de transporte urbano são elementos integrais do sistema europeu de transportes e, assim sendo, constitui parte integrante da Política Comum dos Transportes”, mais refere que “além disso, outras políticas da UE (as políticas de coesão, ambiente, saúde, etc.) não podem atingir os seus objectivos sem ter em conta as especificidades urbanas, incluindo a mobilidade urbana”.

³⁹¹ Andrade, Paulo Adriano G. B., “A Mobilidade Sustentável: a Promoção da Mobilidade em Bicicleta”, in Revista CEDOUA, nº 30, Ano XV. 2.12 Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, 2012, pág. 129.