

TEMAS DE INTEGRAÇÃO

2º semestre de 2016 – nº 36



ALMEDINA

Temas de Integração 36

2.º Semestre de 2016 – N.º 36



TEMAS DE INTEGRAÇÃO
PUBLICAÇÃO SEMESTRAL

DIRECTORES

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

Junho, 2017

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

A Política de Inclusão <i>por Adriano Moreira</i>	1
A extensão da liberdade de circulação dos trabalhadores aos familiares nacionais de estados terceiros <i>por Marlene Sennewald</i>	8
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 II <i>por José Noronha Rodrigues</i>	50
O Direito Europeu do Trabalho na encruzilhada <i>por Armindo Silva</i>	119
Cidadãos Europeus e cidadãos nacionais: inclusão com diferenciação? <i>por Fátima Pacheco</i>	157
Sobre a política europeia para as pensões de reforma <i>por Marta Coimbra</i>	172
Breaching or Broaching Tolerance?: Contesting Ethnic and Sexual Minority Rights in the EU <i>por Martijn Mos</i>	189
A protecção de dados clínicos do doente europeu no “ciber-espço”: vulnerabilidade do sigilo médico <i>por Isa António</i>	206

A Participação das Mulheres no Âmbito Parlamentar: Análise dos Casos Espanhol e Português <i>por Paloma Paes Rodrigues</i>	229
As crianças devem sempre ser ouvidas ou da necessidade de um provedor da criança <i>por Dora Resende Alves</i>	272
A consagração da habitação como direito humano através da sustentabilidade social: um reptc à contemporaneidade europeia <i>por Dulcilene Aparecida Mapelli Rodrigues</i>	294
Conflict resolution and consensus seeking in European challenges – towards sustainability <i>por Andrejs Dreimanis</i>	332
Instability in European Neighborhood – Transnistrian Security dilemma in Moldova <i>por Vasile Ciorici</i>	352

A POLÍTICA DE INCLUSÃO

Adriano Moreira

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

Professor Emérito da Universidade Técnica de Lisboa

O problema da destruição e conflito entre Estado extrativo e Estado inclusivo tem uma exigência básica de compreensão entre as perspectivas do “individualismo” e da “essência social”. A primeira entende que a pessoa, com os seus direitos, tem precedência em relação a qualquer coletividade, incluindo a sociedade civil e o Estado; a segunda, anti-individualista, entende que há diferenças entre indivíduo e pessoa, qualidade que é inerente à sociedade em que se integra, porque os direitos são um produto de interdependências sociais, em que os titulares participam. A primeira orientação tem expressão dominante no movimento iluminista (Aufklärung-Lumières), que se desenvolve com o domínio da ciência desde o século dezassete até ao acontecimento fundamental que foi a Revolução Francesa, movimento cético quanto à autoridade no que respeita à Religião e à Política, talvez bem sintetizado por estas palavras de Kant: “O iluminismo é a libertação do homem da submissão que ele próprio causou da minoria... a origem desta situação está, não na falta de capacidade racional, mas na falta de determinação e coragem para usar com independência”. Nomes como os de Thomas Paine (1737-1809), autor do celebrado *Commun Sense* (1776), quando doutrinou que “o governo, ainda quando gera melhor Estado, é um

mal necessário, quando gera o pior Estado, é intolerável”, ou Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) começando o seu Contrato Social com a sentença de que “o Homem nasceu livre, e em toda a parte está preso por cadeias. Modernamente escritores como John Rawls, famoso com a sua Theory of Justice, e Robert Nozick, com o seu Anarchy, State and Utopia (1974), são lidos como apoiantes desta orientação. Em termos práticos, a política de caminho único, com que a União Europeia tem enfrentado a crise económica e financeira global deste século, conduziu à soma de crises da própria União. Por seu lado, posições da “essência social”, inspiraram o idealismo de Hegel (1770-1831) com a sua dialética e teoria da “self-realization”, com derivas que não ignoram as suas críticas ao individualismo. Tudo isto é pensamento ocidental, que foi conduzido, com guerras interestaduais, com revoluções internas, com duas guerras mundiais, a um conceito, de conteúdos variáveis, mas que, usando a terminologia de Fukuyama, se pode chamar “governo responsável”, do qual dá dois exemplos, com estas palavras: “Finalmente, a Inglaterra e a Dinamarca conseguiram desenvolver tanto um forte primado do Direito como um governo responsabilizável, construindo simultaneamente Estados centralizados, fortes e capazes de mobilizar e defender a sua nação. O desenvolvimento das instituições parlamentares inglesas é a história mais familiar, mas o mesmo aconteceu na Dinamarca, ainda que através de um processo político ligeiramente diferente. No final do século XIX, uma possuía um Estado Liberal e a outra, fundamentos para um Estado Social-Democrata, mas os princípios do primado do Direito e da responsabilização estavam firmemente ancoradas em ambas”. Esta animadora inclusão exige todavia algum aditamento, que é o de não deixar esquecer que a oscilação de ambas as orientações, braços de uma convergência no valor partilhado pelos regimes democratas, teve, e continua a ter, uma deriva no totalitarismo, sempre referida correntemente ao Fascismo com várias graduações, mas caracterizado por não admitir forças políticas, instituições autónomas, cujos valores e objetivos não sejam consentidos pelo Estado, ele próprio ideológico na doutrina, repressivo na ação, e por isso inevitavelmente violador daquilo que foi consagrado na Declaração dos

Direitos Humanos. É com referência a este ponto fundamental da evolução da Ordem Política, que a distinção entre Estados Inclusivos e Estados Extrativos pode contrariar democratas e derivas totalitárias, mesmo que esta seja desagradada com a qualificação de autoritária. A Primeira Declaração de Direitos foi proclamada quando da independência dos Estados Unidos, com a intervenção destacada de Thomas Jefferson, que escreveu, no bronze da história, que todos os homens nascem iguais, e com igual direito à felicidade, todavia com exceções: os nativos, os escravos, as mulheres, não. Acontece que, Lincoln, o autor da definição da Democracia como governo do povo, pelo povo, para o povo, debatendo com Stephen Douglas, sustentou que o princípio da igualdade inscrito na Declaração de Independência impedia as maiorias democráticas de poderem transformar alguns homens em escravos de outros, o que Douglas contrariava. Os fatos, como veremos, não se embaraçaram com esta dúvida sobre os princípios. A Revolução Francesa de 1789, tornou mais universal a sua Declaração, mas a questão da igualdade havia de seguir caminhos diferenciados na Europa, ao mesmo tempo democrática e imperial. Pelo que toca às sedes europeias, em primeiro lugar o valor democracia foi desejado por estruturas políticas diferenciadas, democracia direta, democracia representativa, centralismo democrático (URSS), despotismo democrático (Toqueville), partidos democráticos (EUA), socialismo democrático, social-democracia, sempre invocando adoção do que os ingleses chamam “collective choice”. Todavia, os factos desenvolveram o que foi chamado “a economia da desigualdade”, que a avaliação vai atribuindo à globalização, ao progresso da ciência e da tecnologia, ao crescimento incontrolado dos serviços financeiros, à progressiva alteração dos salários, à diminuição do poder dos sindicatos, ao descuido da política redistributiva de tributação e apoio (Atkinson). A civilização ocidental, e portanto a europeia do século XIX, caracterizou-se por um otimismo geral, com a confiança crescente na ciência e na técnica, e na instrução, até que apareceram as já apelidadas “crises de consciência do fim do século”. Independentemente da resposta política que inclui o renascimento de um forte nacionalismo, com Maurice Barrés a valorizar o “romance da energia nacional”, D'Annunzio a animar o patriotismo da

jovem Itália, os judeus com Herzl a reclamar um Estado (1896), e, em resumo, Nietzsche a proclamar o ideal democrático como uma “moral de rebanho”, o socialismo científico conduziu à Revolução soviética no decorrer da guerra de 1914-1918, o socialismo democrático desenvolveu-se para corrigir a ordem liberal, e a Igreja Católica, universal, em 1864, pela voz de Pio IX, na encíclica Syllabus, condenava os erros do mundo moderno, o Concílio de 1870 proclamou a infalibilidade do Pontífice, e, finalmente, Pio X condenou o modernismo, lutando contra a secularização, e conduzindo a uma sistematização da doutrina social da Igreja, que havia de marcar os partidos da democracia-cristã que foram dominantes na criação da União Europeia depois da guerra de 1939-1945. As palavras finais de Syllabus eram de condenação da afirmação de que “o Pontífice romano deve e pode reconciliar-se e transigir com o progresso, o liberalismo e a civilização moderna”. O problema que se agravou neste século foi aquilo que Charles Derber chamou *The Disinherited Majority* (2015), em que, na Inglaterra fonte da democracia liberal, Beatrice Webb encontrou inspiração para, em linha puramente laica, e acompanhada pelo marido Sidney Webb, concluir: “Vimos que só ao Estado podia ser confiada a previsão para as futuras gerações”. O princípio do “igual direito à felicidade” de Jefferson implicou o que os franceses chamaram “*Droits Prestation*” contendo o apoio do Estado para a igualdade possível. Entretanto, a guerra de 1939-1945, o regime de guerra fria característica da Ordem dos pactos Militares (NATO-VARSÓVIA), e finalmente a queda do Muro de Berlim e com ele a do regime soviético, pareceram substituir o conflito ideológico, neste Ocidente outonal, por um desordenado neoriquismo, a tender para um “credo do mercado” independente do “credo dos valores”, o que levou à crise económica e financeira que enfrentamos, ao endividamento excessivo e difícil de extinguir em prazo calculável, fazendo lembrar que a descolonização tinha feito perder ao Império Euromundista o domínio das matérias primas, de mercados dos produtos acabados, e o poder de arbitrariamente pagar o preço do trabalho. Alguns livros fizeram como que um retrato da mudança, em perspetivas diferentes, citando-se Betty Friedan com *A Mística da Mulher*, Michael Harrington

com *The Other America*, o de Rachiel Carson com *Primavera Silenciosa*, todos inspirando Charles Derber, no seu *A Maioria Deserdada*, onde desenvolve criticamente a conclusão de Piketty, em *O Capital no Século XXI*, este preocupado com a justiça social, advertindo que o capitalismo encaminhou para uma desigualdade cada vez mais profunda no século XXI, com a distribuição injusta do rendimento entre o capital e o trabalho, parecendo que se voltava ao socialismo do New Deal para salvar o capital e ao neoliberalismo para extinguir o Estado Social. Anuncia o que chama um “capitalismo patrimonial” com 1% do topo a tender para casta dominante. Nos factos, o Estado Social foi atingido por uma política de limitação progressiva, o Estado endividado evoluiu para impor a fadiga fiscal, tornou-se muito largamente em Estado Extrativo, ignorando o comentário de Piketty segundo o qual “o imposto não é uma questão técnica trata-se de uma questão eminentemente política e filosófica, sem dúvida a primeira entre todas. Sem impostos, não pode existir um desafio comum e uma capacidade coletiva para agir. No coração de cada revolta política importante encontramos uma revolução fiscal”. A regra “no taxation without representation” não impediu uma longa demonstração técnica contra o Estado social, não omitindo colocar em evidência a falta de recursos financeiros. A pergunta sobre a falta ou morte dos princípios tende a ser supérflua. Da evolução da “ordem política” ocidental subsiste todavia o princípio democrático na formulação de Lincoln, mas definitivamente foi esquecida a proposta Declaração Universal dos Deveres Humanos, proposta do Inter Action Council, feita em 1 de Setembro de 1997, e que no artº 9º diz o seguinte: “Todas as pessoas, dispondo dos meios necessários, tem o dever de fazer esforços reais no sentido de vencer a pobreza, a subnutrição, a ignorância e a desigualdade. Devem promover o desenvolvimento sustentável em todo o mundo, com o fim de garantir a dignidade, a liberdade, a segurança e a justiça para todos”. À falta de recursos, o Estado evoluiu para extrativo, numa espiral em que a poupança nos encargos não diminui a dívida, e a fadiga fiscal aprofunda-se sem que a chamada “corrida global para reinventar o Estado” (Micklethwait e Wooldrige) tenha começo. Pelo que toca ao Império Euromundista, desmobilizado sob a inspiração da

Carta da ONU, importa, nesta época de globalização, recordar que os textos foram escritos por mãos ocidentais, e que as áreas culturais libertadas falaram depois disso ao mundo, pela primeira vez em liberdade, segundo a sua escala de valores, e por isso implicando com o sentido das palavras usadas pelos autores. Conviria por separadamente o problema da evolução política de grandes civilizações, como a China e a Índia, que tinham um património histórico próprio a basear a sua visão de futuro como Estados centralizadores, e as regiões que foram arbitrariamente divididas entre as potências da frente atlântica europeia, o que diz sobretudo respeito à África e área muçulmana. Nesta área, onde os mitos raciais tiveram grande importância na definição do relacionamento entre colonizadores e nativos, o conceito democrático das metrópoles não teve de facto reprodução nas estruturas e métodos do domínio. Enquanto na maioria das metrópoles dominava o conceito democrático da divisão dos poderes do Estado, entre legislativo, executivo, e judicial, naquelas regiões a governação era exercida sem tal divisão: quer o titular do poder delegado pelas metrópoles para, como funcionário, exercer a governação, tivesse o nome de vice-rei como agradava ao Reino Unido, quer se chamasse alto-comissário, quer simplesmente governador, o seu poder era simultaneamente legislativo, executivo, e até judicial quanto às populações nativas. O Estado era ali realmente extrativo, quer no que respeita à sustentação da estrutura administrativa, quer no que tocava aos direitos das minorias ocidentais instaladas na exploração das matérias-primas, das energias renováveis, do mercado dos produtos acabados, e nos salários que retribuía o trabalho nativo, se necessário forçado. Os doutrinadores da “ordem política ocidental” que evoluiu para a democracia, com acidentes vários, mas sem perder a bússola dominante, não tinha ali ressonância. Quando o Império Euromundista findou, com perdas humanas consideráveis em cada uma das parcelas, da Holanda, da França, da Bélgica, da Inglaterra, de Portugal, não se libertaram nações, respondeu-se à exigência que um grito comum exprimia dizendo – deixem passar o meu povo, isto é, basta de subordinação a um poder invasor. Mas a memória cultural era das primitivas estruturas tribais, o analfabetismo era dominante, o ensino

deficiente na dimensão primária e o ensino superior limitadíssimo. Por exemplo, lembramos que no ultramar português, quando a Carta da ONU entrou em vigor, apenas havia ensino superior de medicina no Estado da Índia, mas os diplomas não eram reconhecidos na metrópole, e apenas em 1961 foram criados os Estudos Gerais, a lembrar pelo título a experiência europeia. A efetivação da exigência – deixem passar o meu povo – deixou desocupado o poder indiviso, e, por isso, as limitadas elites, em geral formadas na metrópole ou em imigração para o estrangeiro, foi um estado extrativo que generalizaram, com frequentes lutas internas pelo domínio desse bem rentável, não apenas para sustentar a máquina estadual, mas para frequentemente ocupar o lugar da casta patrimonial, que eram os olhos com que víamos os intervenientes colonizadores, alimentando fortemente os agora denunciados paraísos fiscais. Por isso não é de estranhar que talvez metade dos Estados atualmente membros da ONU, formalmente iguais, não possuem sequer capacidade para responder aos desastres da natureza, terremotos, inundações, fome, doenças, guerras sem nome, do Cabo ao Cairo, imigrações que transformam o Mediterrâneo num cemitério, e provocam na Europa um conflito entre os deveres humanitários e a segurança, contribuindo para abalar a solidez da estrutura da União. A ordem sonhada pela ONU não conseguiu cumprir o dever de garantir a segurança humana, que os tratados lhe incumbem. Aquilo que julgo poder antever é que o imprevisível espera por uma oportunidade. Os votos são no sentido de que seja para finalmente termos generalizado o Estado inclusivo, como foi o sonho de Mandela, como parece ter sido o sonho frustrado de Obama quando terminou um discurso dizendo – Somos todos americanos – e não God Bless America. Os mitos raciais estão a crescer, incluindo o antislamismo e o seu turbilhão chamado democrático. A Europa precisa de meditar a história para reconstruir o futuro.

A EXTENSÃO DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DOS TRABALHADORES AOS FAMILIARES NACIONAIS DE ESTADOS TERCEIROS

Marlene Sennewald

1. A Extensão da Liberdade de Circulação aos Familiares do Trabalhador

a) A razão de ser da extensão da liberdade de circulação aos familiares do trabalhador

O Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia consagrou a liberdade de circulação dos trabalhadores, estabelecendo, por um lado, um princípio geral de não discriminação, em função da nacionalidade, dos trabalhadores no seio da Comunidade, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho, e, por outro lado, esses trabalhadores com um conjunto de direitos que visam assegurar a sua mobilidade com vista ao exercício de uma atividade laboral no território de outro Estado membro – direito de deslocação, direito de residência e direito de permanência. Apesar do silêncio do Tratado quanto aos familiares do trabalhador, estes foram contemplados pelo direito derivado que veio regulamentar esta liberdade¹. A extensão da liberdade de circulação aos

familiares do trabalhador assenta no pressuposto básico de que tal constitui uma condição de efetividade dessa mesma liberdade, uma vez que a sua ausência constituiria fator dissuasor da utilização dessa liberdade por parte do trabalhador². Deste modo, a extensão da liberdade de circulação aos familiares do trabalhador visa assegurar o efeito útil da liberdade de circulação do próprio trabalhador.

O princípio da efetividade tem, aliás, sido o argumento central utilizado pelo TJUE para realçar a necessidade de proteção da vida familiar enquanto pressuposto da eliminação dos obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado³. De entre os acórdãos relevantes sobre esta matéria, é de destacar o acórdão Carpenter, em virtude do seu carácter emblemático.

No processo em causa, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade, com o direito comunitário, da decisão das autoridades do Reino Unido de expulsar uma cidadã filipina que se casou com um cidadão do Reino Unido (M. Carpenter), após ter permanecido no país depois de expirado o prazo do seu visto de turismo. M. Carpenter não podia invocar os direitos conferidos pela Diretiva 73/148/CEE aos nacionais de países terceiros, cônjuges de cidadãos comunitários, uma vez que, embora prestasse determinados serviços noutros Estados membros, o fazia a partir do seu país de origem. O Tribunal de Justiça passou a examinar se era possível inferir um direito de residência em benefício do cônjuge a partir dos princípios ou de outras normas de direito comunitário. Depois de ter verificado que as atividades de Carpenter são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 49.º do TCE, o Tribunal observou que o legislador comunitário reconheceu a importância de assegurar a proteção da vida familiar dos nacionais dos Estados membros a fim de eliminar os obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado. O Tribunal prosseguiu afirmando que a separação dos cônjuges Carpenter prejudicaria a sua vida familiar e, portanto, as condições do exercício de uma liberdade fundamental de Carpenter e que esta liberdade não poderia produzir a plenitude dos seus efeitos se Carpenter fosse

dissuadido de a exercer em virtude de obstáculos colocados pelo seu país de origem à entrada e à permanência do seu cônjuge. O Tribunal concluiu, então, que o artigo 49.º CE, lido à luz do direito fundamental ao respeito da vida familiar, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que, numa situação como a que estava em causa no processo principal, o Estado membro de origem do prestador de serviços estabelecido nesse mesmo Estado, que presta serviços a destinatários estabelecidos noutros Estados membros, recuse a permanência, no seu território, ao cônjuge deste prestador, nacional de um país terceiro.

Como já resulta do acórdão referido, a razão de ser da extensão da liberdade de circulação aos familiares dos trabalhadores também é válida quando o cidadão da União se desloca para outro Estado membro para aí exercer uma atividade independente, motivo pelo qual igualmente beneficiam da liberdade de circulação os familiares dos cidadãos da União que se deslocam para o território de outro Estado membro no exercício da sua liberdade de prestação de serviços, conforme atualmente resulta de forma expressa da Diretiva 2004/38/CE⁴.

A extensão da liberdade de circulação aos familiares do trabalhador constitui, portanto, um meio necessário para garantir a efetividade da liberdade de circulação do trabalhador (ou do prestador de serviços)⁵. Por outras palavras, através dessa extensão, procede-se ao afastamento de um entrave à liberdade de circulação do próprio trabalhador.

A razão de ser da extensão da liberdade de circulação aos familiares dos trabalhadores tem por consequência que os direitos por esta via concedidos a esses familiares constituem direitos *funcionais*, na medida em que estão ao serviço da garantia do efeito útil de um direito alheio – a liberdade de circulação do trabalhador. Por outras palavras, a liberdade de circulação dos familiares do trabalhador constitui um *efeito* e não um *objetivo* em si do direito da União.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça afirmou no acórdão Eind⁶, fazendo referência ao acórdão Mattern e Cikutik⁷, que o direito ao reagrupamento familiar previsto no artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68 não confere

aos membros da família dos trabalhadores migrantes um direito próprio de livre circulação, antes aproveitando esta disposição ao trabalhador migrante a cuja família pertence o cidadão de um Estado terceiro. Por conseguinte, o direito de livre circulação de que beneficia o familiar⁸ do cidadão da União está dependente da liberdade de circulação do trabalhador. Daqui decorre que o direito conferido ao familiar do trabalhador tem por pressuposto que estejam reunidas as condições para ser aplicável a esse trabalhador a liberdade de circulação de trabalhadores na União. Assim, desde logo, temos que estar perante um trabalhador na aceção do direito da União. Segundo o acórdão Levin⁹, este pressuposto só se verifica se esse cidadão trabalhar real e efetivamente num Estado membro de que não é nacional ou, pelo menos, tencionar seriamente fazê-lo. O trabalho não pode ser de tal maneira reduzido que se afigure puramente marginal e acessório, contudo, pode tratar-se de trabalho a tempo parcial e o salário auferido pode ser inferior ao salário mínimo garantido no setor em causa¹⁰.

Portanto, para que os familiares do trabalhador beneficiem da liberdade de circulação, este tem que ser um cidadão da União que exerce a sua liberdade de circulação, pois, conforme afirmado nomeadamente no acórdão Mrax¹¹, a regulamentação comunitária relativa à livre circulação dos trabalhadores, à livre prestação de serviços e à liberdade de estabelecimento não é aplicável a situações que não apresentem qualquer elemento de conexão com uma das situações previstas pelo direito comunitário.

Conforme afirmou o Tribunal de Justiça no acórdão Morson e Jhanjan¹², falta este elemento de conexão na hipótese de trabalhadores que nunca tinham trabalhado noutro Estado membro pretenderem fazer vir membros da família de um país terceiro. Por conseguinte, a regulamentação do direito da União relativa à liberdade de circulação de trabalhadores não pode ser aplicada a pessoas que nunca exerceram essas liberdades e, logo, nessas situações, também os familiares do trabalhador não podem beneficiar dos direitos de deslocação e residência conferidas por aquela regulamentação.

b) Os «membros da família» do trabalhador

Atualmente beneficiam dos direitos de deslocação e residência os seguintes membros da família do trabalhador, independentemente da sua nacionalidade¹³: (i) o cônjuge, (ii) o parceiro com quem o trabalhador contraiu uma parceria registada, (iii) os descendentes diretos com menos de 21 anos de idade ou que estejam a seu cargo, assim como os descendentes do cônjuge ou do parceiro registado com menos de 21 anos de idade ou que estejam a seu cargo, (iv) os ascendentes diretos que estejam a cargo, assim como os do cônjuge ou do parceiro registado. Contudo, nem sempre foi assim.

O Regulamento 15 (de 16.08.1961), relativo às primeiras medidas para a realização da livre circulação dos trabalhadores no interior da Comunidade, apenas previa o direito de o cônjuge do trabalhador, assim como os seus filhos com menos de 21 anos se reunirem ao trabalhador. Por sua vez, o Regulamento 38/64/CEE, do Conselho, de 25.03.1964, relativo à liberdade de circulação dos trabalhadores no âmbito da Comunidade, já concedia igual benefício aos ascendentes e descendentes do trabalhador ou do seu cônjuge, que estejam a cargo do trabalhador, referindo, ainda, que o direito de residência dos familiares do trabalhador seria independente da sua nacionalidade. Por fim, a Diretiva 2004/38/CE, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados membros¹⁴ veio estender a liberdade de circulação ao parceiro registado, assim como aos descendentes e ascendentes do mesmo.

O direito da União estabelece, portanto, diversas categorias de familiares, sendo que, ao contrário do que sucede com os cônjuges, parceiros registados, e filhos menores de 21 anos do cidadão que exerce o direito à livre circulação (ou do seu cônjuge ou parceiro registado), os familiares que constituem ascendentes e outros descendentes do cidadão ou

do seu cônjuge apenas beneficiam da liberdade de circulação se estiverem a cargo desse cidadão (ou do seu cônjuge ou parceiro registado).

Embora inicialmente o conceito “a cargo” estivesse ligado à ideia de que apenas abrange os familiares que habitam com o trabalhador e por ele são sustentados, o conceito viria a ser densificado pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Lebon¹⁵ e Zhu e Chen¹⁶, tendo-lhe sido atribuído um sentido mais amplo. Em conformidade com estes acórdãos, a qualidade de familiar “a cargo” resulta de uma situação de facto caracterizada pela circunstância de o apoio material do familiar ser assegurado pelo cidadão comunitário que fez uso da liberdade de circulação ou pelo seu cônjuge.

Nos termos do acórdão Lebon, a qualidade de familiar “a cargo” não pressupõe um direito a alimentos, sob pena de se fazer depender essa qualidade das legislações nacionais que variam de um Estado para outro. Além disso, não é necessário determinar as razões do recurso a esse apoio nem questionar se o interessado está em condições de prover às suas necessidades mediante o exercício de uma atividade remunerada – interpretação que é exigida, em particular, pelo princípio segundo o qual as disposições que consagram a livre circulação dos trabalhadores, um dos princípios em que se funda a Comunidade, devem ser objeto de interpretação extensiva.

Esta jurisprudência foi reafirmada no acórdão Jia¹⁷, no qual o Tribunal de Justiça especificou que, para averiguar se os ascendentes do cônjuge de um cidadão comunitário estão a seu cargo, o Estado membro de acolhimento deve apreciar se, tendo em consideração as circunstâncias económico-sociais em que se encontram os ascendentes, estes não estão em condições de prover às suas necessidades essenciais¹⁸. A necessidade de apoio material deve verificar-se no Estado de origem ou de proveniência desses ascendentes no momento em que pedem para se juntar ao referido cidadão comunitário.

Esta conclusão impor-se-ia por extensão analógica do exposto na Diretiva 68/360/CEE, que determina que a prova da qualidade de ascendente a cargo do trabalhador assalariado ou do seu cônjuge se faz

através da apresentação de um documento emitido pela autoridade competente do Estado de origem ou de proveniência atestando que o ascendente em causa está a cargo do referido trabalhador ou do seu cônjuge.

Este critério veio a ser repetido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Rahman¹⁹, no qual o Tribunal enfatizou que a situação de dependência deve existir, pelo menos, no momento em que o familiar pede para se reunir ao cidadão da União de quem está a cargo²⁰. No acórdão Jia, o Tribunal de Justiça precisou, ainda, que cabe aos Estados membros determinar os meios de prova exigidos ao familiar do cidadão da União, embora tenha chamado a atenção para a necessidade de cumprir os objetivos da Diretiva (facilitar a livre circulação de pessoas)²¹. Acrescentou, além disso, que, na falta de especificação do meio de prova admitido para o interessado demonstrar que está abrangido por uma das categorias mencionadas nos artigos 1.º e 4.º da Diretiva 73/148/CE, deve admitir-se qualquer meio adequado, em consonância com o que foi estabelecido nos acórdãos Roux²² e Oulane²³. Contudo, o simples compromisso, assumido pelo cidadão comunitário ou pelo seu cônjuge, de tomar a seu cargo esse familiar não demonstra a existência de uma situação de dependência real deste.

Para além das referidas categorias de familiares que beneficiam, em termos equivalentes ao trabalhador, da liberdade de circulação deste, a Diretiva 2004/38/CE contempla igualmente outros membros da família do trabalhador, nomeadamente, aquele familiar do trabalhador que, no país do qual provenha, esteja a cargo do cidadão da União que tem direito de residência a título principal ou que com este viva em comunhão de habitação, ou quando o cidadão da União tiver imperativamente de cuidar pessoalmente do membro da sua família por motivos de saúde graves, bem como o parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação permanente devidamente certificada²⁴. Estes familiares não gozam de forma plena e automática dos direitos de deslocação e residência, contudo, os Estados membros devem facilitar a sua entrada e a residência no respetivo território.

O Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre o dever de facilitar a entrada de outros familiares no acórdão Rahman. Nas suas conclusões, o Advogado Geral precisou que, numa interpretação maximalista, esta imposição pode ser compreendida no sentido de que obriga os Estados membros a adotar medidas que consagrem, como princípio, a existência de um direito subjetivo de entrada e residência em benefício, designadamente, dos outros membros da família do cidadão da União que estão a seu cargo ou com quem este viva em comunhão de habitação. Já segundo uma interpretação minimalista, esta disposição pode ser concebida como um simples convite ou recomendação desprovida de valor jurídico vinculativo. Nesta perspectiva, os Estados membros seriam unicamente incitados a adotar medidas que facilitem a entrada e residência dos outros membros da família, sem, no entanto, se expor a qualquer sanção em caso de inação.

O Tribunal optou por uma via intermédia, determinando que os Estados membros não são obrigados a deferir todo o pedido de entrada ou de residência apresentado por membros da família de um cidadão da União que não são abrangidos pela definição constante do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38/CE, ainda que demonstrem que estão a cargo do referido cidadão. Todavia, incumbe aos Estados membros garantir que a sua legislação prevê critérios que permitam às referidas pessoas obter uma decisão sobre o seu pedido de entrada e de residência fundada numa extensa análise das suas circunstâncias pessoais e que, em caso de recusa, esta seja fundamentada. O Tribunal sublinhou que os Estados membros têm uma ampla margem de apreciação na escolha dos referidos critérios, devendo contudo estes últimos ser conformes com o sentido habitual do termo “facilita” e com os termos relativos à dependência empregues no referido artigo 3.º, n.º 2, e devendo ficar salvaguardado o efeito útil daquela disposição.

Outra questão relevante constitui a definição do momento temporal determinante para que o familiar do trabalhador beneficie da liberdade de circulação deste último. É preciso que a pessoa em causa seja familiar do trabalhador no momento em que este se desloca para o território de outro

Estado membro para aí exercer uma atividade laboral, ou igualmente beneficia dessa liberdade quem se tornou membro da família do trabalhador quando este já se encontra a residir no território de outro Estado membro?

O artigo 3.º da Diretiva 2004/38/CE refere que as suas disposições se aplicam aos membros das famílias dos trabalhadores que os *acompanhem* ou que a eles se *reúnam*. O Tribunal de Justiça afirmou, no acórdão Metock, que ao prever que os membros da família do cidadão da União podem reunir-se a este no Estado membro de acolhimento, o legislador comunitário, na verdade, admitiu a possibilidade de o cidadão da União só vir constituir família após ter exercido o seu direito de livre circulação²⁵. Por conseguinte, seria irrelevante o momento em que determinada pessoa passou a integrar a categoria de membro da família do trabalhador para beneficiar da sua liberdade de circulação²⁶. Este princípio foi reafirmado, embora com contornos distintos, no acórdão Sahin²⁷, tendo o Tribunal referido que a Diretiva 2004/38/CE abrange os membros da família que entraram no Estado membro de acolhimento independentemente do cidadão da União e que só adquiriram a qualidade de membro da família ou só começaram a ter vida familiar com esse cidadão da União depois de estarem nesse Estado.

c) Os direitos conferidos aos familiares do trabalhador

À semelhança do próprio trabalhador, os seus familiares beneficiam do direito de entrarem no território de outro Estado membro, mediante apresentação de um bilhete de identidade ou passaporte válido²⁸. Os familiares que não tenham a nacionalidade de um Estado membro só estão sujeitos à obrigação de visto de entrada nos termos do Regulamento 539/2001 e só no caso de não disporem de um cartão de residência de membro da família de um cidadão da União válido. Além disso, os familiares do trabalhador beneficiam do direito de residência, nos mesmos termos que o trabalhador.

O direito de residir no território de outro Estado membro por um período até três meses está condicionado pelo facto de o cidadão da União e os seus familiares não se tornarem uma sobrecarga não razoável para o regime de segurança social do Estado membro de acolhimento²⁹. Para períodos de residência superiores a três meses, o Estado membro de acolhimento pode exigir o registo junto das autoridades competentes não só do trabalhador mas também dos seus familiares³⁰.

Os documentos exigíveis para a emissão do certificado de registo aos familiares do cidadão da União são diversos consoante se trate de familiares que sejam, eles próprios, cidadãos da União ou nacionais de Estados terceiros. No primeiro caso, os Estados membros podem exigir um bilhete de identidade ou passaporte válido, um documento comprovativo do elo de parentesco ou de uma parceria registada e, se for caso disso, um certificado do registo do cidadão da União que acompanham ou ao qual se reúnem. No caso de se tratar de familiares nacionais de países terceiros, se o período de residência ultrapassar três meses, os Estados membros devem emitir um “cartão de residência de membro da família de um cidadão da União”, podendo, para o efeito, exigir a apresentação de um passaporte válido, de um documento comprovativo do elo de parentesco ou de uma parceria registada e o certificado de registo ou, caso não haja sistema de registo, qualquer outra prova de que o cidadão da União que acompanham ou ao qual se reúnem reside no Estado membro de acolhimento. Independentemente da respetiva nacionalidade, aos descendentes e ascendentes diretos é, além disso, exigível que produzam prova documental que demonstre que têm menos de 21 anos (descendentes) ou que se encontram a cargo do cidadão, do seu cônjuge ou do seu parceiro (descendentes ou ascendentes).

A Diretiva 2004/38/CE prevê, além disso, a conservação do direito de residência dos membros da família, independentemente da sua nacionalidade, em caso de morte ou partida do cidadão da União³¹, assim como em caso de divórcio, anulação do casamento ou cessação da parceria registada³², contudo, sujeito a condições. Por fim, à semelhança do

trabalhador, os seus familiares têm direito de residência permanente no Estado membro de acolhimento, se nele residirem legalmente por um período de cinco anos consecutivos³³.

Por sua vez, os outros membros da família do trabalhador, na aceção das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 3.º da Diretiva 2004/38/CE, conforme referido *supra*, não gozam de um direito automático de entrada e residência no Estado membro de acolhimento, devendo os Estados membros de acolhimento avaliar, à luz da sua legislação nacional, se a entrada e residência dessas pessoas podem ser autorizadas, tendo em conta a sua relação com o cidadão da União ou quaisquer outras circunstâncias, como a sua dependência física ou financeira em relação ao cidadão da União. A Diretiva precisa que, nestes casos, os Estados membros já poderão exigir, para a emissão do cartão de residência, um documento emitido pela autoridade competente no país de origem ou de proveniência, certificando que estão a cargo do cidadão da União ou que com ele vivem em comunhão de habitação, ou a prova da existência de motivos de saúde graves que exigem imperativamente o cuidado pessoal do membro da família pelo cidadão da União³⁴ ou a prova da existência de uma relação permanente com o cidadão da União³⁵, conforme os casos.

De acordo com o acórdão Eind, o direito de residência conferido aos familiares do trabalhador é limitado ao território do Estado membro em que aquele exerce a sua atividade laboral³⁶. Contudo, esse direito de residência deve ser reconhecido igualmente pelo Estado da nacionalidade do trabalhador, caso este para aí regresse após se ter deslocado para outro Estado membro para exercer uma atividade assalariada (ou não assalariada). Neste sentido se pronunciou o Tribunal de Justiça no acórdão Singh. Segundo o Tribunal, um nacional de um Estado membro poderia ser dissuadido de abandonar o seu país de origem para exercer uma atividade assalariada ou não assalariada no território de outro Estado membro se, ao regressar ao Estado membro de que tem a nacionalidade – a fim de nele exercer uma atividade assalariada ou não assalariada – o seu cônjuge e os seus filhos não fossem igualmente autorizados a entrar e a residir no

território deste Estado, em condições pelo menos equivalentes às que lhes são reconhecidas pelo direito comunitário no território de outro Estado membro.

Por conseguinte, o trabalhador deve, quando regressa ao seu país de origem, dispor pelo menos dos mesmos direitos de entrada e de permanência que os que lhe seriam reconhecidos pelo direito comunitário se o seu cônjuge escolhesse entrar e permanecer noutra Estado membro. No acórdão Eind o Tribunal de Justiça acrescentou que o direito de residência do familiar do trabalhador no Estado da nacionalidade deste último existe ainda que o trabalhador não exerça, neste Estado, uma atividade económica real e efetiva.

2. A Extensão da Liberdade de Circulação aos Familiares do Trabalhador Nacionais de um País Terceiro

a) Enunciação da temática do requisito da residência legal prévia

À luz do direito da União, é indiferente se o familiar do trabalhador que exerce a liberdade de circulação é nacional de um Estado membro ou se é nacional de um país terceiro³⁷. Com efeito, uma livre circulação efetiva do trabalhador exige a possibilidade de a sua família se reunir ao mesmo, independentemente da nacionalidade dos respetivos membros. Todavia, as consequências práticas no caso de se tratar de um nacional de um país terceiro revelam diversas especificidades, desde logo em virtude das possíveis implicações ao nível do direito de imigração para o território de um Estado membro.

Deve, a este propósito, notar-se, que uma coisa é admitir no território de um Estado membro um familiar de um trabalhador que é nacional de outro Estado membro, eventualmente residente no território da União e que, em todo o caso, beneficia, ele próprio, de um direito de livre circulação e residência, ainda que condicionado, ao abrigo do estatuto de cidadania; algo diferente é admitir no território de um Estado membro um nacional de um

país terceiro pelo simples motivo de ser familiar de um cidadão da União que exerceu a sua liberdade de circulação.

No primeiro caso, a extensão da liberdade de circulação beneficiará membros da “família europeia”, nacionais de Estados que ora são Estados de partida ora são Estados de chegada, na perspectiva da liberdade de circulação do trabalhador e seus familiares. No segundo caso, a liberdade de circulação já beneficiará nacionais de Estados que não integram o espaço económico europeu, que não beneficiam do estatuto da cidadania e que poderiam, por isso, estar sujeitos a uma avaliação individual e casuística ao abrigo das disposições sobre imigração que vigoram no Estado membro de acolhimento e que, como é evidente, se fundamentam em razões de ordem e segurança públicas desses Estados.

Neste segundo caso (ou conjunto de casos), as implicações práticas serão, por isso, especialmente relevantes quando se trata de familiares do trabalhador que residem num Estado terceiro e almejam beneficiar do direito de entrada na União apenas com fundamento no laço familiar que têm com o trabalhador.

A extensão da liberdade de circulação dos trabalhadores aos seus familiares nacionais de Estados terceiros deu, assim, azo a uma discussão acesa em torno da sujeição desta liberdade à condição de residência legal prévia desses familiares no território de um Estado membro.

Nessa discussão, a questão central reside em saber (i) se o direito da União concede apenas a liberdade de circulação aos familiares nacionais de países terceiros que já residem legalmente no território de um Estado membro e que, por isso, devem poder acompanhar ou reunir-se ao cidadão da União que se desloca para outro Estado membro para aí exercer uma atividade assalariada ou (ii) se igualmente concede o direito de entrada aos familiares do cidadão que, no momento em que é exercida a liberdade de circulação, não residem legalmente na União.

Note-se que não se trata de definir se os familiares do cidadão da União que sejam nacionais de Estados terceiros e que não residam, no momento da formulação do pedido, no território da União, podem ou não beneficiar de

um direito de residência no Estado em que se encontra o trabalhador, mas, antes e unicamente, se a atribuição desse direito opera automaticamente por força da integração de uma das categorias de membro da família previsto no artigo 2.º, n.º 2 da Diretiva 2004/38/CE ou se esse direito depende da avaliação individual promovida ao abrigo do direito do Estado membro de acolhimento.

A resposta à questão enunciada condiciona a admissibilidade da imposição, por parte dos Estado membros, da condição de residência legal prévia no território de um Estado membro aos nacionais de países terceiros que queiram residir com um cidadão da União, seu familiar, que exerceu a sua liberdade de circulação. Em termos práticos, se os Estados membros não estiverem autorizados a impor a referida condição de residência legal prévia, isso significa que terão de admitir no seu território, sem possibilidade de avaliação individual, nacionais de países terceiros, independentemente do onde estes residam no momento da formulação do pedido de entrada, pelo simples facto de serem familiares de um cidadão da União que exerceu a sua liberdade de circulação.

b) A evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça

A primeira pronúncia do Tribunal de Justiça com relevância para a discussão e questões enunciadas no ponto antecedente foi formulada em 2002, no âmbito do acórdão *Mrax*. Estava em causa um pedido de anulação, proposto pelo *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL* de uma circular dos Ministérios do Interior e da Justiça do Governo, relativa ao processo preliminar de publicações para casamento e aos documentos que devem ser apresentados para obtenção de um visto para celebração de casamento no Reino Unido ou de um visto de reagrupamento familiar com base em casamento celebrado no estrangeiro, com fundamento na sua contrariedade com o direito comunitário derivado em matéria de deslocação e residência no interior da Comunidade.

No acórdão proferido, o Tribunal declarou que os Estados membros não podem recusar a emissão de uma autorização de residência e expulsar um cidadão de um país terceiro, que esteja em condições de provar a sua identidade e o seu casamento com um nacional de um Estado membro, apenas com o fundamento de que entrou irregularmente no território do Estado membro em causa. Do mesmo modo, um Estado membro não pode recusar a emissão de uma autorização de residência a um nacional de um país terceiro, cônjuge de um nacional de um Estado membro, que entrou regularmente no território deste Estado membro, nem expulsá-lo, apenas com fundamento no facto de o seu visto ter caducado antes de solicitar a autorização de residência.

Estas conclusões foram sustentadas no entendimento de que o direito de entrada no território dos Estados membros decorre, em conformidade com o direito comunitário, apenas do *vínculo familiar*. E, embora os Estados membros possam sujeitar o exercício do direito de entrada de um nacional de um país terceiro, cônjuge de um nacional de um Estado membro, à posse de visto³⁸, os Estados membros são obrigados a conceder a esses familiares todas as facilidades para a obtenção dos vistos necessários, o que significa que o processo de visto deve ocorrer o mais brevemente possível e, se possível, nos locais de entrada no território nacional. Mais, precisou o Tribunal que, considerando a importância que o legislador comunitário atribuiu à proteção da vida familiar, a recusa é, de qualquer forma, desproporcionada e, portanto, proibida se o nacional de um país terceiro, cônjuge de um nacional de um Estado membro, estiver em condições de provar a sua identidade bem como o vínculo conjugal e se não existirem elementos suscetíveis de provar que representa um perigo para a ordem pública, a segurança pública ou a saúde pública³⁹.

O entendimento de que o direito de entrada dos familiares do trabalhador no território dos Estados membros decorre apenas do *vínculo familiar* veio a ser reafirmado no acórdão Comissão vs. Espanha⁴⁰. Neste processo estava em causa uma ação de incumprimento movida contra o Reino da Espanha por violação de diversas disposições relativas à supressão

de restrições à deslocação e permanência dos nacionais dos Estados membros na Comunidade, nomeadamente, a exigência de os familiares de cidadãos comunitários que não possuíssem a nacionalidade de um Estado membro apresentarem, entre outros documentos, um visto de residência para reagrupamento familiar aposto no seu passaporte e, por outro lado, o facto de a legislação espanhola não garantir que a autorização de residência fosse concedida no mais breve prazo possível.

Seguindo o entendimento da Comissão, o Tribunal afirmou que a obrigação de os referidos familiares obterem um visto de residência para a emissão de uma autorização de residência constituía não só uma limitação dos seus direitos decorrentes das normas comunitárias mas também uma restrição indireta do direito de livre circulação do próprio nacional de um Estado membro. Fazendo referência ao acórdão Mraz, o Tribunal determinou que o direito de entrada no território de um Estado membro concedido ao nacional de um país terceiro, cônjuge de um nacional de um Estado membro, “resulta unicamente do vínculo familiar”. Consequentemente, a emissão de uma autorização de residência para um nacional de um país terceiro, cônjuge de um nacional de um Estado membro, não deve ser considerada como um ato constitutivo de direitos mas como um ato destinado a comprovar, por parte de um Estado membro, a situação individual de um nacional de um país terceiro relativamente às disposições do direito comunitário.

Todavia, em 2003, o Tribunal proferiu uma decisão em sentido diverso, no âmbito do acórdão Akrich. Estava em questão uma decisão através da qual as autoridades do Reino Unido recusaram conceder o direito de residência a H. Akrich, cidadão marroquino casado com uma nacional do Reino Unido. Esta decisão foi formulada na sequência de H. Akrich ter sido expulso para a Irlanda, onde se juntou à sua mulher, que se tinha instalado nesse país pouco tempo antes. O casal tinha a intenção de regressar ao Reino Unido, invocando o direito comunitário para que H. Akrich pudesse entrar nesse país na qualidade de cônjuge de um cidadão da União que fez uso da liberdade de circulação.

O Tribunal de Justiça afirmou, em termos claros, que o Regulamento n.º 1612/68 apenas visa a livre circulação no interior da Comunidade, nada dizendo quanto à existência dos direitos de acesso ao território da Comunidade de um nacional de um país terceiro, cônjuge de um cidadão da União e que, nessa medida, para beneficiar dos direitos previstos no artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68 numa situação como a que estava em causa no processo principal, o nacional de um país terceiro, cônjuge de um cidadão da União, deve residir legalmente num Estado membro no momento da sua deslocação para outro Estado membro, para o qual o cidadão da União migra ou migrou. Mais, afirmou que a exigência deste pressuposto não constituiria qualquer entrave à liberdade de circulação do trabalhador. Com efeito, quando um cidadão da União estabelecido num Estado membro, casado com um nacional de um país terceiro sem direito de residência nesse Estado membro, se desloca para outro Estado membro a fim de aí exercer um emprego assalariado, o facto de o seu cônjuge não possuir um direito, ao abrigo do artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68, a instalar-se com ele nesse outro Estado membro, não configura um tratamento menos favorável do que aquele de que beneficiavam antes de o referido cidadão fazer uso das facilidades oferecidas pelo Tratado em matéria de circulação de pessoas. O Tribunal precisou, ainda, que o mesmo acontece quando o cidadão da União, casado com um nacional de um país terceiro, regressa ao Estado membro de que é nacional para aí exercer um emprego assalariado. Se o seu cônjuge dispõe de um direito de residência válido noutro Estado membro, o artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68 é aplicável, por forma a que o cidadão da União não seja dissuadido de exercer a sua liberdade de circulação, regressando ao Estado membro de que é nacional. Em contrapartida, se o seu cônjuge não dispõe ainda de um direito de residência válido noutro Estado membro, o facto de este último não ter direito, com base no referido artigo 10.º, a instalar-se com o cidadão da União não produz qualquer efeito dissuasivo a esse nível.

Portanto, e em resumo, o Tribunal considerou que só existiria uma limitação da liberdade de circulação do cidadão da União, quando se nega o direito de circulação a um familiar que reside legalmente no território de

um Estado membro. Não obstante, o Tribunal termina por sublinhar que quando, no momento em que o nacional de um primeiro Estado membro, casado com um nacional de um país terceiro com o qual vive num segundo Estado membro, regressa ao Estado membro de que é nacional para aí exercer um emprego assalariado, o seu cônjuge não beneficiar dos direitos previstos no artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68, por não ter residido legalmente no território de um Estado membro, as autoridades competentes do primeiro Estado membro devem, no entanto – ao apreciarem o pedido do cônjuge para entrar e permanecer no seu território – atender ao direito ao respeito da vida familiar na aceção do artigo 8.º da CEDH, desde que o casamento seja autêntico.

A temática voltou a ser abordada no acórdão Jia, proferido em 2005. Trata-se de um caso em que uma cidadã chinesa (Y. Jia) viu indeferido o seu pedido de autorização de residência de longa duração na Suécia, onde residia e trabalhava a sua nora (cidadã alemã) e o seu marido. No âmbito do reenvio prejudicial formulado, o *Utlänningsnämnden* (órgão de recurso sueco em matéria de imigração) indagou, em termos expressos, se o direito comunitário não *impõe* aos Estados membros que submetam a concessão do direito de residência a um nacional de um país terceiro, familiar de um cidadão comunitário que tenha feito uso da sua liberdade de circulação, à condição de esse familiar ter anteriormente residido de forma legal noutro Estado membro.

Quer isto dizer que se suscitaram dúvidas ao órgão de reenvio sobre se os Estados membros seriam obrigados a reconhecer a liberdade de circulação apenas aos familiares nacionais de Estados terceiros que já dispusessem, no momento da formulação do pedido de entrada/residência, de um direito de residência no território de um Estado membro.

O Tribunal respondeu a esta questão de forma negativa⁴¹, negando, assim, a existência de um princípio geral de submissão da concessão do direito de residência a um nacional de um país terceiro, familiar de um cidadão comunitário que tenha feito uso da sua liberdade de circulação, à

condição de esse familiar ter anteriormente residido de forma legal noutro Estado membro.

Permaneceu, contudo, em aberto a questão de saber se o direito comunitário é *contrário* à imposição de uma tal condição por parte dos Estados membros⁴².

A resposta a esta segunda questão foi dada no acórdão Metock⁴³, que veio afastar perentoriamente o requisito da residência legal prévia noutro Estado membro (em conformidade, aliás, com o entendimento já anunciado no acórdão Eind⁴⁴).

No processo principal em questão, estava em discussão a restrição operada pela legislação irlandesa que procedeu à transposição da Diretiva 2004/38/CE do direito de livre circulação aos familiares que residem legalmente noutro Estado membro.

No âmbito da discussão participaram 10 Estados membros, com vista a defender a prerrogativa estadual de impor aos nacionais de países terceiros, cônjuges de cidadãos da União, um requisito de residência legal anterior noutro Estado membro, com fundamento na jurisprudência Akrich e, ainda, Jia.

Na sua decisão o Tribunal entendeu que a Diretiva 2004/38/CE deve ser interpretada no sentido de que é aplicável a qualquer nacional de um país terceiro, membro da família de um cidadão da União na aceção do artigo 2.º, ponto 2, dessa Diretiva, que acompanhe ou se reúna ao cidadão da União num Estado membro que não aquele de que é nacional, conferindo-lhe o direito de entrar e residir nesse Estado membro, sem distinguir consoante esse nacional de um país terceiro já tenha ou não residido de forma legal noutro Estado membro⁴⁵, não podendo os Estados membros impor requisitos adicionais aos estabelecidos pela Diretiva.

c) Apreciação e crítica dos argumentos avançados no acórdão Metock em defesa da inadmissibilidade do requisito da residência legal prévia

Da leitura do acórdão Metock resulta que o argumento central sobre o qual assenta o entendimento da inadmissibilidade do requisito da residência legal prévia constitui a necessidade de garantir o efeito útil da liberdade de circulação do trabalhador. Isto é, segundo este acórdão, garantir o direito de entrada aos nacionais de Estados terceiros é uma condição necessária ao pleno exercício, por parte dos cidadãos da União, da sua liberdade de circulação. Com base nesta premissa, o Tribunal de Justiça considera que os Estados membros não podem impor requisitos adicionais à entrada, no seu território, de familiares do trabalhador que exerce a sua liberdade de circulação, aos estabelecidos pela Diretiva 2004/38/CE. Da mesma premissa se serve o Tribunal para defender que a regulamentação dessa entrada ainda constituiria uma dimensão de concretização da liberdade fundamental de circulação dos trabalhadores e, por isso, competência da União e não dos Estados membros.

Com efeito, uma primeira questão a ser respondida para determinar se os Estados membros podem estabelecer o requisito de residência legal prévia é se a primeira entrada do nacional de um país terceiro que seja familiar de um cidadão da União que exerceu a sua liberdade de circulação constitui uma matéria da competência dos Estados membros ou se, pelo contrário, é da competência da União.

Nas conclusões formuladas no processo Jia, o Advogado Geral L. A. Geelhoed apontou que enquanto a componente interna da livre circulação das pessoas é integralmente regida pelo direito comunitário (pelas disposições dos Tratados relativas à livre circulação dos cidadãos, dos trabalhadores e dos serviços e pelo direito comunitário derivado adotado para executar tais disposições), relativamente à componente externa, o direito comunitário apenas estabelece as bases jurídicas de um programa

legislativo de harmonização das legislações nacionais que regulam, nomeadamente, a imigração e os controlos nas fronteiras externas da União, contudo, essa harmonização está longe de estar concluída, conservando os Estados membros a sua competência relativamente à maioria dos aspetos da legislação sobre imigração.

Esta repartição de competências entre os Estados e a União implica que cabe aos Estados membros decidir da primeira entrada no seu território de pessoas de países terceiros, em conformidade com os critérios estabelecidos na sua legislação nacional. Por sua vez, depois de admitidas no território de um Estado membro integrado no sistema Schengen, todas as pessoas têm direito de circular através das fronteiras internas entre esses Estados membros.

Em virtude desta repartição, admitir que os nacionais de países terceiros que não residam já legalmente num Estado membro e que pretendam juntar-se a um nacional de um Estado membro que tenha exercido o seu direito de livre circulação gozam de um direito automático de entrada e de residência no Estado membro de acolhimento apenas com base no vínculo familiar, sem qualquer intervenção por parte desse Estado membro, permitir-lhes-ia contornar as leis nacionais sobre imigração. Tal abordagem subverte, portanto, os poderes dos Estados membros quanto ao controlo da imigração nas suas fronteiras externas.

Não foi esta a perspetiva adotada pelo Tribunal no acórdão Metock. Nesta decisão, o Tribunal entendeu que a União tem igualmente a competência para regular a primeira entrada do nacional de um país terceiro, na medida em que isso é necessário para assegurar a efetividade do direito de livre circulação do trabalhador.

Em concreto, o Tribunal entendeu que, no quadro da competência que lhe é atribuída pelos referidos artigos do Tratado, o legislador comunitário pode definir as condições de entrada e de residência dos membros da família de um cidadão da União no território dos Estados membros quando a impossibilidade de o cidadão se fazer acompanhar da sua família ou de esta a ele se reunir no Estado membro de acolhimento possa pôr em causa a

sua liberdade de circulação, dissuadindo-o de exercer os seus direitos de entrada e residência nesse Estado membro⁴⁶.

De acordo com o Tribunal, o facto de o Estado membro de acolhimento recusar conceder direitos de entrada e residência aos membros da família de um cidadão da União pode dissuadir este último de se deslocar para esse Estado membro, ou de aí ficar a residir, mesmo que os membros da sua família anteriormente não residam de forma legal no território de outro Estado membro. Acrescentou, além disso, que reconhecer competência exclusiva aos Estados membros para autorizarem ou recusarem a entrada e a residência, no seu território, a nacionais de países terceiros, membros da família de cidadãos da União, que anteriormente não residiram de forma legal noutro Estado membro, conduziria a que a liberdade de circulação dos cidadãos da União num Estado membro de que não possuem a nacionalidade variasse de um Estado membro para outro, em função das disposições nacionais em matéria de imigração, o que levaria a que alguns Estados membros permitissem a entrada e a residência dos membros da família dos cidadãos da União, enquanto outros não as autorizariam. Este resultado seria incompatível com o objetivo prosseguido pelo artigo 3.º, n.º 1, alínea c), CE, de um mercado caracterizado pela abolição, entre os Estados membros, dos obstáculos à livre circulação de pessoas.

Em nossa opinião – e conforme resulta, de certa forma, do acórdão *Akrich*⁴⁷ – dificilmente se poderá considerar que o cidadão de um Estado membro da União se sentiria constrangido ou até dissuadido de fazer uso da sua liberdade de circulação se os seus familiares nacionais de Estados terceiros tivessem que se submeter a uma avaliação individual ao abrigo do direito de imigração vigente no Estado de acolhimento, na medida em que se o seu familiar reside, no momento do exercício pretendido dessa liberdade, fora da União, a admissão ou não admissão desse familiar ao território de um Estado membro não terá qualquer interferência na liberdade de circulação do trabalhador. Com efeito, não existe uma limitação do direito de livre circulação por via da limitação do direito ao reagrupamento

familiar, se esse direito não existe no momento em que é exercida a liberdade de circulação.

Conforme referido pelo Tribunal no acórdão Akrich, quando um cidadão da União estabelecido num Estado membro, que tem um familiar nacional de um país terceiro sem direito de residência nesse Estado membro, se desloca para outro Estado membro a fim de aí exercer um emprego assalariado, o facto de o seu familiar não possuir um direito a instalar-se com ele nesse outro Estado membro não configura um tratamento menos favorável do que aquele de que beneficiavam antes de o referido cidadão fazer uso das facilidades oferecidas pelo Tratado em matéria de circulação de pessoas. Consideramos, por isso, duvidoso que a sujeição dos membros da família do trabalhador que são nacionais de um país terceiro e não beneficiam de um direito de residência prévio ao controlo individual imposto pela legislação nacional sobre imigração possa ter qualquer efeito dissuasivo do exercício, por parte do cidadão da União, da sua liberdade de circulação, na medida em que esses membros da sua família estariam sujeitos a igual controlo individual, se o trabalhador não exercesse a sua liberdade de circulação.

É evidente que pode suceder que, dada a divergência entre as disposições nacionais dos vários Estados membros em matéria de imigração, o grau de facilidade concedido à entrada dos familiares do trabalhador no território de cada Estado membro seja algo distinto e que o trabalhador possa sentir alguma dissuasão de se deslocar para o território de outro Estado membro para aí exercer uma atividade no caso de saber que a entrada do seu familiar nacional de um Estado terceiro nesse país poderá ser mais difícil do que a sua entrada no Estado de que o trabalhador é nacional. Contudo, também se pode colocar a hipótese contrária, isto é, que o trabalhador, sabendo que as disposições legais e regulamentares em matéria de imigração de um determinado Estado membro diferente do seu Estado de nacionalidade são mais favoráveis, se sinta incentivado a exercer a sua liberdade de circulação com vista a facilitar a entrada do seu familiar no território europeu.

As hipóteses apontadas evidenciam que o problema existe. No entanto, parece-nos, por um lado, que o relevo deste problema é reduzido, na medida em que já foram levadas a cabo medidas de harmonização das disposições nacionais dos vários Estados membros em matéria de política de imigração, pelo que é expectável que, em todo o caso, é garantido um nível tendencialmente semelhante de controlo individual levado a cabo pelas autoridades administrativas de um Estado membro baseado em critérios semelhantes. Por outro lado, entendemos que este problema deve ser resolvido através da harmonização das disposições nacionais dos vários Estados membros em matéria de política de imigração.

De todo o modo, a divergência (ainda) existente entre as disposições nacionais dos vários Estados membros em matéria de política de imigração não nos parece um argumento válido para defender a proibição do requisito da residência legal prévia.

Uma vez que consideramos que o requisito da residência legal prévia não constitui um entrave à liberdade de circulação do trabalhador, também entendemos que o mesmo é perfeitamente conciliável com a letra e o espírito da Diretiva 2004/38/CE. Pelo mesmo motivo, também não nos parece válida a extensão da competência da União para controlar a primeira entrada no território de um Estado membro do nacional de um país terceiro que seja familiar de um cidadão da União que exerceu a sua liberdade de circulação.

No acórdão *Metock*, o Tribunal refere ainda que reconhecer aos Estados membros a competência exclusiva para decidir sobre a primeira entrada dos familiares dos trabalhadores, nacionais de países terceiros, conduziria ao resultado paradoxal de um Estado membro ser obrigado, por força da Diretiva 2003/86/CE, relativa ao direito ao reagrupamento familiar, a autorizar a entrada e a residência do cônjuge de um nacional de um país terceiro que resida de forma legal no seu território quando esse cônjuge anteriormente não resida de forma legal noutro Estado membro, mas pode recusar a entrada e a residência do cônjuge de um cidadão da União que se encontre nas mesmas circunstâncias.

Sucedem que a Diretiva 2003/86/CE, relativa ao direito ao reagrupamento familiar, prevê diversas limitações.

Desde logo, os Estados membros apenas são obrigados a reconhecer o direito ao reagrupamento familiar aos membros da família nuclear (que abrange o cônjuge do requerente e os filhos menores), podendo, inclusivamente, limitar o direito ao reagrupamento familiar de crianças com idade superior a 12 anos.

Por outro lado, os Estados membros podem exigir ao requerente do reagrupamento que apresente provas de que dispõe (i) alojamento considerado normal para uma família comparável na mesma região e que satisfaça as normas gerais de segurança e salubridade em vigor no Estado membro em causa; (ii) um seguro de doença, para si próprio e para os seus familiares, que cubra todos os riscos normalmente cobertos no Estado membro em causa para os próprios nacionais; (iii) recursos estáveis e regulares que sejam suficientes para a sua própria subsistência e para a dos seus familiares, sem recorrer ao sistema de assistência social do Estado membro em causa⁴⁸. Os Estados membros podem retirar, ou não renovar, a autorização de residência se estas condições deixarem de ser cumpridas. Acresce que os Estados membros podem exigir que o requerente do reagrupamento tenha residido legalmente no respetivo território, durante um período não superior a dois anos, antes que os seus familiares se lhe venham juntar⁴⁹. De diverso modo, o direito de residência concedido pela Diretiva 2004/38/CE aos membros da família do trabalhador apenas está sujeito à condição de o cidadão da União exercer uma atividade assalariada ou não assalariada.

Em todo o caso, refira-se que quando se encontram reunidos os pressupostos do direito ao reagrupamento familiar concedido ao abrigo da Diretiva 2003/83/CE, o familiar do trabalhador sempre poderá beneficiar do seu âmbito de proteção, sem que haja necessidade de estender o âmbito de proteção conferida pela liberdade de circulação do trabalhador para além do que é necessário para garantir o seu efeito útil, invadindo as competências exclusivas dos Estados membros em matéria de imigração.

Por fim, o Tribunal sublinha que os Estados membros não ficariam privados de controlar a entrada, no seu território, dos membros da família de cidadãos da União, na medida em que a Diretiva 2004/38/CE permite recusar a entrada e a residência por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública. Contudo, não se poderá considerar que a possibilidade de impor restrições fundamentadas na ordem pública, na segurança pública e na saúde pública – declarada como salvaguardada pelo acórdão Metock – substitui o poder de controlo individual, por parte dos Estados membros, da entrada de nacionais de países terceiros no seu território, desde logo, porque a Diretiva 2004/38/CE proíbe os controlos sistemáticos.

d) Os riscos e desvantagens associados à proibição do requisito da residência legal prévia

Refutados os argumentos avançados pelo Tribunal de Justiça no acórdão Metock, para defender a inadmissibilidade, à luz do direito da União, do requisito da residência legal prévia, parece-nos que se sobrepõem os argumentos a favor da imposição de tal condição ao reconhecimento do direito de deslocação e residência aos familiares do trabalhador, sobretudo, quando se atenta aos riscos e desvantagens aliadas à não imposição do mesmo.

Em nossa opinião, o principal risco aliado à proibição da exigência, pelos Estados membros, do requisito da residência legal prévia constitui a abertura à hipótese de entrada de nacionais de países terceiros no território de Estados membros sem a possibilidade de os submeter a um controlo individual ao abrigo das disposições nacionais em matéria de imigração.

Os controlos efetuados pelos Estados membros têm a sua razão de ser e visam tutelar valores como a segurança interna, a ordem e a saúde públicas. A inexistência de controlos individuais (sistemáticos) acarreta, por isso, um risco para estes valores apontados.

Trata-se de um risco assaz relevante em virtude da facilidade do aproveitamento da liberdade de circulação por parte de um cidadão europeu com a única finalidade de facilitar a entrada de um familiar seu, nacional de um Estado terceiro, no território da União. Com efeito, é de assumir que, numa situação em que um cidadão da União tem um familiar que é nacional de um Estado terceiro e que não reside legalmente na União, exista um sério incentivo, por parte daquele cidadão, para optar por trabalhar num Estado membro – que não o da sua nacionalidade –, para que o seu familiar possa entrar no território da União sem se submeter ao controlo individual a que estaria sujeito à luz do direito de imigração do Estado membro de que o cidadão da União é nacional⁵⁰.

Dir-se-á que o uso da liberdade de circulação pelo trabalhador unicamente com vista a facilitar a entrada de um familiar seu no território da União constitui fraude e, nessa medida, um uso ilícito da liberdade de circulação. Com efeito, é jurisprudência assente do Tribunal de Justiça⁵¹ que as facilidades criadas pelo Tratado CE não podem ter por efeito permitir que as pessoas que delas beneficiam se subtraíam abusivamente às legislações nacionais.

Segundo esta jurisprudência, está-se perante uma utilização abusiva do direito comunitário sempre que se verificarem duas condições cumulativas, conforme se pode depreender do acórdão Emsland-Stärke⁵². A primeira condição é constituída por um conjunto de circunstâncias objetivas “das quais resulte que, apesar do respeito formal das condições previstas na legislação comunitária, o objetivo pretendido por essa legislação não foi alcançado”. A segunda condição é de natureza subjetiva e consiste na vontade do interessado de obter um benefício que resulta da legislação comunitária mediante a criação artificial das condições exigidas para a sua obtenção.

No acórdão Lair⁵³, o Tribunal de Justiça afirma, inclusive, que há utilização abusiva do direito comunitário quando se prove por elementos objetivos que um trabalhador veio para outro Estado membro com a única finalidade de, após um curto período de atividade profissional, obter

determinado benefício. Além disso, o Tribunal de Justiça sublinha que os Estados podem tomar as medidas necessárias para recusar, fazer cessar ou retirar qualquer direito conferido pela diretiva em caso de abuso de direito ou de fraude, como os casamentos de conveniência, subentendendo-se que essas medidas devem ser proporcionadas e sujeitas às garantias processuais previstas na referida Diretiva.

Todavia, parece-nos que a prova de que um cidadão da União apenas fez uso da sua liberdade de circulação com vista a facilitar a entrada de um familiar seu no território da União pode equivaler, na maioria dos casos, a uma *prova diabólica* e, por isso, o combate a este tipo de uso fraudulento de uma liberdade concedida pelo direito da União seria tarefa muito difícil e com muito reduzidas hipóteses de sucesso. Seria, por isso, preferível não conceder, *ab initio*, a faculdade que permitiria a prática fraude nos termos *supra* descritos por via da proibição da utilização do requisito da residência legal prévia.

A possibilidade de entrada de nacionais de países terceiros no território de Estados membros sem a submissão a um controlo individual ao abrigo das disposições nacionais em matéria de imigração originada pela proibição de um requisito de residência legal prévia representa, além disso, um sério risco para a livre circulação dentro do espaço comunitário.

Efetivamente, como referiu o Advogado Geral L. A. Geelhoed nas Conclusões apresentadas no âmbito do processo Jia, há uma manifesta relação funcional entre assegurar a livre circulação no interior da Comunidade num espaço sem fronteiras internas e a existência de controlos fiáveis e seguros nas fronteiras externas desta área⁵⁴. Conforme elucida o ilustre Advogado Geral, a este respeito, pode traçar-se um paralelo com a relação que existe entre a livre circulação de mercadorias no interior da Comunidade e a existência da pauta aduaneira comum e a política comercial comum, no que respeita a mercadorias importadas para a Comunidade. Apesar de a legislação nacional em matéria de imigração não ter ainda sido (completamente) harmonizada e ainda poderem existir diferenças e divergências, verifica-se que, até ser atingido um nível de

harmonização suficiente, a livre circulação de todas as pessoas no interior do mercado interno, independentemente da sua nacionalidade, depende da confiança que os Estados membros tenham nas políticas e práticas uns dos outros, ao admitirem no seu território nacionais de países terceiros.

Esta foi, aliás, a lógica seguida aquando da implementação dos acordos Schengen, tendo-se considerado, desde o início, que a abolição dos controlos nas fronteiras internas está estreitamente ligada ao reforço dos controlos nas fronteiras externas⁵⁵.

Por isso, ao admitir-se a entrada de nacionais de Estados terceiros no território da União unicamente com fundamento no vínculo familiar com o trabalhador que exerce a sua liberdade de circulação e sem que possa ser feito um controlo individual (sistemático) à entrada desse familiar no território de um Estado membro corre-se o risco de afetar a confiança criada pelos Estados membros ao abrigo do sistema de Schengen e de estes começarem a sentir, novamente, a necessidade de procederem a um reforço dos controlos nas fronteiras internas.

Outra desvantagem da proibição do requisito da residência legal prévia foi apontada pelo Advogado Geral L. A. Geelhoed nas conclusões formuladas no processo Jia: permitir aos nacionais de países terceiros que não tenham ainda sido admitidos no território de um Estado membro e que tenham um vínculo familiar com um nacional de um Estado membro que entrem e residam no Estado membro de acolhimento do cidadão comunitário migrante apenas com base nesse facto, gera desigualdade relativamente a nacionais de países terceiros que pretendam juntar-se a um familiar nacional de um Estado membro, mas que não se tenha deslocado dentro da Comunidade, ou a um familiar nacional de um país terceiro que resida já legalmente num Estado membro. Em ambos os últimos casos, os nacionais de países terceiros são avaliados individualmente antes de serem admitidos, ao passo que o familiar na primeira situação não o é, sendo que não há justificação (muito menos justificação razoável) para esta diferença de tratamento⁵⁶.

O Tribunal afasta esta última crítica no acórdão Metock, afirmando que, na medida em que as regras do Tratado, bem como o direito derivado, em matéria de livre circulação de pessoas não podem ser aplicadas a situações puramente internas, a eventual diferença de tratamento entre esses cidadãos da União e os que exerceram a sua liberdade de circulação, no que respeita à entrada e residência dos membros das respetivas famílias, não é abrangida pelo âmbito de aplicação do direito comunitário⁵⁷. Assim, a eventual diferença de tratamento entre esses cidadãos da União e os que exerceram a sua liberdade de circulação, no que respeita à entrada e residência dos membros das respetivas famílias, não é abrangida pelo âmbito de aplicação do direito comunitário. Por outro lado – faz notar o Tribunal – importa recordar que todos os Estados membros são partes na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de Novembro de 1950, que consagra, no seu artigo 8.º, o direito ao respeito pela vida privada e familiar.

Entendemos que a desigualdade provocada pela proibição da imposição do requisito da residência legal prévia entre os familiares (nacionais de países terceiros) de cidadãos da União que exercem a livre circulação e os familiares daqueles que não exercem a livre circulação em caso algum poderia servir de argumento decisivo para determinar a admissibilidade (ou inadmissibilidade) do requisito da residência legal prévia à luz das disposições do direito da União relativas à liberdade de circulação dos trabalhadores. Isto, porque, em nossa opinião, o âmbito da liberdade de circulação é uma questão prévia, que tem de ser resolvida somente por via do argumento da efetividade da liberdade de circulação concedida pelo direito da União.

Não obstante, é de sublinhar que, embora a desigualdade apontada não seja abrangida pelo direito da União, como refere o Tribunal, o certo é que é potenciada pelo direito da União (se interpretado como defendido pelo Tribunal de Justiça no caso Metock). Por isso e porque o princípio da igualdade constitui um princípio comum aos ordenamentos jurídicos dos Estados membros e, nessa medida, também direito da União, a desigualdade

provocada pela interpretação da liberdade de circulação dos trabalhadores defendida no acórdão Metock deverá, pelo menos, integrar a ponderação acerca da admissibilidade (ou inadmissibilidade) do requisito da residência legal prévia.

Acresce que essa desigualdade deverá constituir uma preocupação séria do direito da União, na medida em que constitui precisamente o fator (indesejado) que gera o incentivo à utilização fraudulenta da liberdade de circulação dos trabalhadores, conforme *supra* denunciado.

3. Conclusão

A necessidade de proteção da vida familiar do trabalhador foi cedo reconhecida pelo legislador comunitário como condição para assegurar o efeito útil da liberdade de circulação do próprio trabalhador. Assim, a proteção da vida familiar do cidadão resulta das disposições sobre a liberdade de circulação dos trabalhadores na medida em que essa proteção seja necessária para garantir o efeito útil da liberdade de circulação do próprio trabalhador. A liberdade de circulação dos familiares do trabalhador surge, portanto, como uma *consequência* ou *efeito* da liberdade de circulação do próprio trabalhador, tendo por função garantir a efetividade daquela liberdade. Nessa medida, também o direito ao respeito pela vida familiar surge, neste âmbito, como uma consequência da necessidade de salvaguarda plena da liberdade de circulação do trabalhador.

Observa-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos direitos de deslocação e residência reconhecidos aos familiares dos cidadãos da União que exercem a sua liberdade de circulação evoluiu no sentido de uma interpretação cada mais ampla daqueles direitos em prol da defesa do direito fundamental à vida familiar do trabalhador. Sucede que, sobretudo a interpretação concedida às disposições sobre a liberdade de circulação dos trabalhadores no acórdão Metock, denuncia uma extensão interpretativa do âmbito de proteção conferida pela liberdade de circulação do trabalhador, reconhecendo-se o direito de deslocação e residência a

familiares do trabalhador mesmo em situações em que essa extensão não seria necessária à salvaguarda do efeito útil da liberdade de circulação do próprio trabalhador.

Com efeito e segundo o nosso entendimento, a efetividade da liberdade de circulação do trabalhador apenas exige que este não seja colocado em situação de desvantagem com o exercício dessa liberdade, o que significa que lhe deverá ser reconhecido o direito de se poder ver acompanhado pelos familiares que com ele poderiam residir (ou que a ele se poderiam reunir), se não tivesse feito uso da sua liberdade de circulação. O que o princípio da efetividade já não exige é que o trabalhador seja colocado numa posição de vantagem apenas pelo facto de ter feito uso da sua liberdade de circulação, reconhecendo-se o direito de residência a familiares seus que não teriam tal direito, não tivesse o trabalhador exercido a sua liberdade de circulação. Dito por outras palavras, entendemos que o nível de proteção da vida familiar do trabalhador não pode ser prejudicado pelo facto de fazer uso da sua liberdade de circulação; contudo, não nos parece haver motivos para elevar esse nível de proteção apenas pelo facto de o trabalhador ter feito uso da liberdade de circulação.

Em especial, permitir a entrada de nacionais de países terceiros no território da União pelo simples facto de um familiar seu, cidadão da União, ter exercido a liberdade de circulação reconhecida pelo direito da União aos trabalhadores não nos parece uma medida necessária ou adequada para assegurar o efeito útil da liberdade de circulação do trabalhador.

Em nossa opinião, reconhecer ao trabalhador um nível de proteção da vida familiar mais elevado pelo simples facto de ter feito uso da liberdade de circulação subverte a teleologia subjacente às disposições relativas à liberdade de circulação dos trabalhadores.

Além disso, quando a concessão de um nível de proteção mais elevado tem por consequência permitir a entrada, no território da União, de nacionais de países terceiros que, de outro modo, estariam sujeitos aos controlos individuais ao abrigo das disposições dos Estados membros em matéria de imigração, está-se a extravasar o âmbito de proteção da

liberdade de circulação dos trabalhadores (porque não se trata de uma medida necessária a garantir o efeito útil dessa liberdade), com consequências muito negativas. Conforme apontado, tal interpretação – em nossa opinião, não consentânea com o conteúdo normativo da liberdade de circulação dos trabalhadores – representa uma intrusão indevida na competência dos Estados membros para regular a primeira entrada dos familiares do trabalhador no território da União e, por isso, representa também um risco (injustificado) para os valores que os Estados membros visam tutelar no âmbito do controlo dessa primeira entrada, bem como para a confiança depositada no sistema Schengen e representa, ainda, um incentivo muito significativo à utilização fraudulenta da liberdade de circulação com o único intuito de facilitar a entrada de familiares do trabalhador no território da União, sem a submissão a controlos individuais e sistemáticos à entrada.

O requisito da residência legal prévia pode, assim, ser perspectivado como um mecanismo que visa restringir o âmbito de proteção conferido pela liberdade de circulação dos trabalhadores às situações realmente necessárias à salvaguarda do efeito útil desta liberdade e, ao mesmo tempo, evitar a verificação das desvantagens e dos riscos apontados.

Um primeiro conceito de “residência legal prévia” foi avançado pelo Advogado Geral L. A. Geelhoed, que afirmou que o mesmo implica que o direito de residência apenas seja reconhecido (i) na sequência de um pedido de um nacional de um país terceiro; (ii) devendo haver uma decisão explícita por parte das autoridades nacionais de um Estado membro; (iii) baseada numa apreciação individual; (iv) que autorize o requerente a entrar e permanecer no seu território; e (v) durante um período mais longo. Não se pode falar de “residência legal” quando a decisão, de modo expreso e claro, apenas autoriza a estadia durante um prazo curto ou a limita a um determinado fim.

Um mínimo de conteúdo para diretrizes adicionais quanto ao sentido do conceito de residência legal encontra-se no artigo 3.º da Diretiva 2003/86 que reconhece que o requerente do reagrupamento – que é definido no

artigo 2.º, alínea c), como “o nacional de um país terceiro com residência legal num Estado-Membro” – pode requerer o reagrupamento com determinados membros da sua família, desde que seja titular de uma autorização de residência por prazo de validade igual ou superior a um ano e tenha uma expectativa fundamentada de obter um direito de residência permanente.

Em todo o caso, o conceito de “residência legal prévia” deve ser definido em moldes que não tenha por efeito a afetação do efeito útil da liberdade de circulação do trabalhador, ou seja, que não tenha por efeito reduzir o nível de proteção da vida familiar do trabalhador que exerce a sua liberdade de circulação quando comparado com o nível de proteção de que beneficiaria caso não exercesse essa liberdade de circulação. Deste modo, o requisito da “residência legal prévia” deve ser definido de modo a, na medida do possível, apenas não reconhecer o direito de residência a familiares que não beneficiariam desse direito, não tivesse o trabalhador exercido a sua liberdade de circulação.

Em jeito de conclusão, é de referir que consideramos, pelas razões que apontámos, que a proibição do requisito da residência acarreta uma extensão indevida e indesejada do âmbito de proteção da liberdade de circulação dos trabalhadores, procedendo-se à sua funcionalização em nome de um pretense direito à proteção da vida familiar do trabalhador, com as consequências negativas já expostas.

Note-se que não está em causa o fim prosseguido – proteção da vida familiar –, mas unicamente a funcionalização da liberdade de circulação dos trabalhadores para o efeito, com desrespeito pelas fronteiras do âmbito de proteção dessa liberdade que é exigido pelo princípio da efetividade.

O direito ao respeito pela vida familiar encontra-se consagrado no artigo 8.º da CEDH, assim como no artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, desde o Tratado de Lisboa, partilha do mesmo valor dos Tratados⁵⁸ e, ainda, na Convenção sobre os Direitos da Criança. No acórdão Rahman o Tribunal de Justiça reconheceu que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já considerou que o artigo 8.º da CEDH pode criar

obrigações positivas, inerentes ao respeito efetivo da vida familiar⁵⁹, que, para um Estado, consiste em ter a obrigação de deixar uma pessoa entrar no seu território, bem como que – mesmo que a CEDH não garanta a um estrangeiro o direito de entrar e residir no território de um país determinado – excluir uma pessoa de um país onde vivem os seus familiares chegados pode constituir uma ingerência no direito ao respeito da vida familiar, tal como é protegido no artigo 8.º, n.º 1, dessa Convenção⁶⁰.

É, por isso, natural que o respeito pela vida familiar integre (e deva integrar) o programa político da União Europeia. A questão é que esse programa não deve ser desenvolvido sob o chapéu de uma liberdade de circulação quando claramente se está a extravasar o seu âmbito de aplicação. Esse programa deve, sobretudo, ser desenvolvido por via autónoma, promovendo, nomeadamente, a alteração (através de medidas de harmonização) das disposições nacionais em matéria de imigração com vista a facilitar a entrada de familiares de cidadãos da União⁶¹.

Por via do desenvolvimento do programa da proteção da vida familiar através de medidas de harmonização das disposições nacionais em matéria de imigração seria promovida uma maior igualdade quanto ao nível de proteção conferido à situação familiar de todos os cidadãos da União, quer eles exerçam ou não a sua liberdade de circulação. Desta forma também se reduziriam (ou eliminariam) as situações em que o trabalhador se pudesse sentir incentivado ou dissuadido de fazer uso da sua liberdade de circulação por força das diferentes condições de admissão de nacionais de países terceiros no território de cada Estado membro⁶².

O direcionamento do programa da proteção da vida familiar para as medidas de harmonização permitiria, além disso, reafirmar o verdadeiro o âmbito de proteção da liberdade em causa, reconhecendo-se a extensão da liberdade de circulação aos familiares do trabalhador apenas nas situações em que essa extensão é necessária para garantir o efeito útil da liberdade de circulação do próprio trabalhador, permitindo aos Estados membros a salvaguarda das suas prerrogativas em matéria de controlo da imigração no seu território, por via da imposição do requisito da residência legal prévia.

-

¹ Vide Regulamento 15 (de 16.08.1961), relativo às primeiras medidas para a realização da livre circulação dos trabalhadores no interior da Comunidade e Regulamento 38/64/CEE, do Conselho, de 25.03.1964, relativo à liberdade de circulação dos trabalhadores no âmbito da Comunidade.

² No considerando da Diretiva 2004/38/CE lê-se o seguinte: “o direito de todos os cidadãos da União circularem e residirem livremente no território dos Estados-Membros implica, para que possa ser exercido em condições objetivas de liberdade e de dignidade, que este seja igualmente concedido aos membros das suas famílias, independentemente da sua nacionalidade”.

³ Vide, em especial, acórdão de 11.07.2002, *Mary Carpenter vs Secretary of State for the Home Department*, proc. C-60/00, *Colet. 2002*, p. I-06279, acórdão de 25.07.2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) vs Estado belga*, proc. C-459/99, *Colet. 2002*, p. I-06591, acórdão de 14.04.2005, *Comissão das Comunidades Europeias vs. Reino de Espanha*, proc. C157/03, *Colet. 2005*, p. I-02911 e acórdão de 27.06.2006, *Parlamento Europeu vs Conselho*, proc. C540/03, *Colet. 2006*, p. I-05769.

⁴ Cf. Artigo 7.º, n.º 1 alínea a).

⁵ O argumento do efeito útil levou o Tribunal a reconhecer o direito de residência da progenitora de uma recém-nascida que beneficiava do direito de residência no Reino Unido ao abrigo do artigo 18.º CE e artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 90/364. Em termos análogos, no acórdão *Baumbast*, o Tribunal deduziu, com base no princípio do efeito útil, do direito de residência dos filhos, em conformidade com o artigo 12.º do Regulamento n.º 1612/68, no Estado-Membro de acolhimento a fim de nele frequentarem cursos de ensino geral, o direito de o progenitor que tem a guarda efetiva dos filhos, independentemente da sua nacionalidade, com eles residir, não obstante o facto de os pais se terem entretanto divorciado ou de o progenitor que tem a qualidade de cidadão da União Europeia já não ser trabalhador migrante no Estado membro de acolhimento.

⁶ Acórdão de 27.06.2006, *Parlamento Europeu vs Conselho*, proc. C-540/03, *Colet. 2006*, p. I-05769.

⁷ Acórdão de 30 de Março de 2006, *Mattern e Cikotic e Hajrudin Cikotic vs Ministre du Travail et de l'Emploi*, proc. C-10/05, *Colet. 2006*, p. I-3145.

⁸ Este termo será utilizado, salvo indicação em contrário, doravante com o sentido atribuído pelo artigo 2.º, n.º 2 da Diretiva 2004/38/CE.

⁹ Acórdão de 23.03.1982, *D.M. Levin vs Staatssecretarías van Justitie*, p. C-53/81, *Colet. 1982*, p. 01035.

¹⁰ Assim, o Tribunal de Justiça não exclui que um emprego a tempo parcial que normalmente não ultrapassa as dez horas semanais apresente um carácter suficientemente sério. O mesmo acontece em relação a um estágio integrado numa formação profissional.

- ¹¹ Acórdão de 25.07.2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme e t la xénophobie ASBL (MRAX) vs Estado belga*, proc. C-459/99, *Colet. 2002*, p. I-06591, o qual, por sua vez, faz referência aos acórdãos de 16 de Dezembro de 1992, *Koua Poirrez vs Caisse d'allocations familiales de la région parisienne*, proc. C-206/91, *Colet. 1992*, p. I-6685, e de 11 de Julho de 2002, *Carpenter vs Secretary of State for the Home Department*, C-60/00, *Colet. 2002*, p. I-6279.
- ¹² Acórdão de 27 de Outubro de 1982, *Morson e Jhanjan vs Staat der Nederlanden*, proc. 35/82 e 36/82, *Colet. 1982*, p. 03723.
- ¹³ Cf. Artigo 2.º, n.º 2.
- ¹⁴ Esta Diretiva procedeu à alteração do Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e à revogação das Diretivas 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/CEE.
- ¹⁵ Acórdão de 18.06.1987, *Centre public d'aide sociale de Courcelles vs Marie-Christine Lebon*, proc. C 316/85, *Colet. 1987*, p. 02811.
- ¹⁶ Acórdão de 19.10.2004, *Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen vs Secretary of State for the Home Department*, proc. C-200/02, *Colet. 2004*, p. I-09925.
- ¹⁷ Acórdão de 09.01.2007, *Yunyng Jia vs Migrationsverket*, proc. C- 1/05, *Colet. 2007*, pp. I-00001.
- ¹⁸ Já quando a situação é inversa, isto é, quando é o titular do direito de residência que está a cargo de um nacional de um país terceiro, este não pode invocar a qualidade de ascendente “a cargo” do referido titular. Neste sentido, *vide* acórdão de 08.11.2012, *Yoshikazu Iida v. Stadt Ulm*, proc. C-40/11, *Colet. 2012*, p. 00000, assim como acórdão Zhu Chen.
- ¹⁹ Acórdão de 05.09.2012, *Secretary of State for the Home Department v. Muhammad Sazzadur Rahman e outros*, proc. C-83/11, *Colet. 2012*, pp. 00000. Estava em causa o direito de residência de outros familiares do trabalhador para além dos definidos no n.º 2 do artigo 2.º da Diretiva 2004/38/CE, contudo o Tribunal de Justiça afirmou que não há razão para que o conceito de “pessoa a cargo” seja objeto de uma apreciação diferenciada em função da pertença do nacional do Estado terceiro em causa à categoria dos membros da família referida no artigo 3.º, n.º 1, desta diretiva, ou à categoria dos outros membros da família referida no artigo 3.º, n.º 2, da diretiva em causa.
- ²⁰ Neste aresto o Tribunal de Justiça esclareceu, além disso, que, quando se trata de outros familiares do trabalhador, previstos no n.º 2 do artigo 3.º da Diretiva 2004/38/CE, os Estados membros podem impor exigências particulares relativas à natureza e à duração da dependência, desde que essas exigências sejam conformes com o sentido habitual dos termos relativos à dependência visada no artigo 3.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 2004/38 e não privem esta disposição do seu efeito útil. O Tribunal esclareceu, ainda, quando confrontado com a questão de saber se os Estados membros podem fazer depender a emissão do cartão de residência previsto no artigo 10.º da Diretiva 2004/38/CE à exigência de que a situação de dependência, na aceção do artigo 3.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea a), desta Diretiva, tenha perdurado no Estado membro de acolhimento, que esta questão não é abrangida pelo âmbito de aplicação da referida Diretiva.

²¹ A respeito desta questão, o Tribunal faz referência ao acórdão de 25.02.2000, *Comissão vs Itália*, proc. C-424/98, *Colet. 2000*, p. I-04001. Neste caso foi considerado que a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das Diretivas 90/364/CEE (relativa ao direito de residência) e 90/365/CEE (relativa ao direito de residência dos trabalhadores assalariados e não assalariados que cessaram a sua atividade profissional), ao limitar os meios de prova admitidos e ao estabelecer, designadamente, que determinados documentos devem ser emitidos ou visados pela autoridade de outro Estado membro.

²² Acórdão de 05.02.1991, *Danielle Roux v. Estado belga*, proc. C-393/89, *Colet. 1991*, p. I-00273.

²³ Acórdão de 17.02.2005, *Salah Oulane v. Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie*, proc. C215/03, *Colet. 2005* p. I-01215.

²⁴ Cf. Artigo 3.º, n.º 2.

²⁵ Nesta decisão, o Tribunal considerou que é indiferente que os nacionais de países terceiros, membros da família de um cidadão da União, tenham entrado no Estado membro de acolhimento antes ou depois de se tornarem membros da família desse cidadão da União, dado que o facto de esse Estado membro não lhe conceder um direito de residência pode, de igual modo, dissuadir o referido cidadão da União de continuar a residir nesse Estado membro.

²⁶ Posição oposta foi postulada, nomeadamente pelo Advogado Geral L. A. Geelhoed nas conclusões apresentadas no mesmo caso, que defendeu que a efetividade da liberdade de circulação dos trabalhadores apenas requer a proteção da situação familiar existente no momento em que essa liberdade é exercida, não podendo as disposições que concretizam essa liberdade ser consideradas instrumentos de reagrupamento familiar *a posteriori* entre nacionais dos Estados membros e familiares de fora da Comunidade. O ilustre Advogado Geral sublinhou que os direitos conferidos pelo direito comunitário aos familiares dos cidadãos dos Estados membros que exercem a liberdade de circulação não são incondicionais, pelo contrário, servem para que a liberdade de circulação dos nacionais dos Estados membros seja efetiva (o Regulamento n.º 1612/68 e a Diretiva 73/148 executam, respetivamente, os artigos 39.º e 43 do TCE, visando remover os entraves com que se deparam os nacionais dos Estados membros na sua liberdade de circulação) logo, a proteção da vida familiar deve ser perspectivada como um efeito e não um objetivo do artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68 e do artigo 1.º, n.º 1 da Diretiva 73/148, não havendo, alias, qualquer referência, nos respetivos preâmbulos, ao artigo 8.º da CEDH (diferentemente do que sucede com a Diretiva 2003/86/CE, do Conselho, de 22 de setembro de 2003, relativa ao reagrupamento familiar).

²⁷ Acórdão de 19.12.2008, *Deniz Sahin vs Bundesminister für Inneres*, proc. C-551/07, *Colet. 2008*, p. I10453.

²⁸ Cf. Artigo 5.º, n.º 1 da Diretiva 2004/38/CE.

²⁹ Cf. Artigo 14.º, n.º 1 da Diretiva 2004/38/CE.

³⁰ Cf. Artigo 8.º da Diretiva 2004/38/CE.

³¹ Cf. Artigo 12.º.

³² Cf. Artigo 13.º.

³³ Cf. Artigo 16.º da Diretiva 2004/38/CE.

³⁴ Cf. Artigo 10.º, n.º 2, al. e).

³⁵ Cf. Artigo 10.º, n.º 2, al. f).

³⁶ Estava em causa o direito de residência conferido pelo artigo 10.º do Regulamento 1612/68.

³⁷ É assim desde a entrada em vigor do Regulamento 38/64/CEE, do Conselho, de 25.03.1964, relativo à liberdade de circulação dos trabalhadores no âmbito da Comunidade, que consagrou que o direito de residência dos familiares do trabalhador seria independente da sua nacionalidade.

³⁸ Nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 68/360/CEE e artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 73/148/CEE.

³⁹ Na aceção dos artigos 10.º da Diretiva 68/360 e 8.º da Diretiva 73/148.

⁴⁰ Acórdão de 14.04.2005, *Comissão vs Reino de Espanha*, proc. C-157/03, *Colet. 2005*, p. I-02911.

⁴¹ Na resposta o Tribunal afastou a aplicação da jurisprudência *Akrich* ao caso, assim contrariando a resposta proposta pelo Advogado-Geral L. A. Geelhoed, que a regra estabelecida no acórdão *Akrich* devesse ser de aplicação geral.

⁴² O que, de certa forma, explica o facto de, mesmo após a prolação deste acórdão, vários Estados (nomeadamente a Dinamarca, a Irlanda, a Finlândia, a Áustria, a República Checa, a Alemanha, a Grécia, Chipre, Malta e os Países Baixos) terem mantido, na sua legislação sobre imigração, a exigência de residência legal noutro Estado membro como condição da concessão do direito de residência a um familiar de um cidadão da União que exerceu a sua liberdade de circulação.

⁴³ Acórdão de 25.07.2008, *Blaise Baheten Metock e outros v. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, proc. C-127/08, *Colet. 2008*, p. I-06241. Sobre este acórdão, *vide* o comentário elaborado por Cathryn Costello, “Metock: Free Movement and “Normal Family Life” in the Union” in *Common Market Law Review* (2009), n.º 46, pág. 587-662.

⁴⁴ Acórdão de 11.12.2007, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v. R. N. G. Eind.*, proc. C291/05, *Colet. 2007*, p. I-10719.

⁴⁵ Em especial, o artigo 10.º, n.º 2 da Diretiva, que elenca taxativamente os documentos que os nacionais de países terceiros, membros da família de um cidadão da União, podem ser obrigados a apresentar no Estado membro de acolhimento para obter o cartão de residência, não prevê a possibilidade de o Estado membro de acolhimento exigir documentos comprovativos de uma eventual residência legal prévia noutro Estado membro. Além disso, o Tribunal refere que, tendo a Diretiva por objeto “reforçar o direito de livre circulação e residência de todos os cidadãos da União”, dela não podem decorrer menos direitos para os cidadãos da União do que aqueles que para estes decorrem dos atos de direito derivado que a diretiva modifica ou revoga.

⁴⁶ Nas suas conclusões, o Advogado Geral Poiares Maduro considerou que, embora seja verdade que os Estados-Membros conservam, em princípio, competência em matéria de controlo da imigração, e, consequentemente, de admissão de nacionais de países terceiros provenientes do exterior do território comunitário, daqui não se pode deduzir que a Diretiva 2004/38 apenas diga respeito à circulação entre Estados membros dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias, e não ao acesso destes ao território da União. Com efeito, é jurisprudência assente que os Estados membros devem exercer as suas competências nacionais no respeito pelo direito comunitário, em especial pelas liberdades fundamentais de circulação. Assim, já foi expressamente declarado que as exigências do respeito da liberdade de circulação e de residência dos cidadãos da União podiam condicionar o exercício pelos Estados membros das respetivas competências (*vide* acórdão de 23 de Novembro de 2000, *Elsen vs Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, proc. C-135/99, *Colet. 2000*, p. I-10409, acórdão de 2 de Outubro de 2003, *Garcia Avello vs Estado Belga*, proc. C-148/02, *Colet. 2003*, p. I-11613, acórdão de 29 de Abril de 2004, *Pusa vs Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö*, proc. C-224/02, *Colet. 2004*, p. I-5763, acórdão de 15 de Março de 2005, *Queen vs London Borough of Ealing e Secretary of State for Education and Skills*, proc. C-209/03, *Colet. 2005*, p. I-2119, acórdão de 26 de Outubro de 2006, *Tas-Hagen e Tas vs Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*, proc. C-192/05, *Colet. 2006*, p. I-10451 e de acórdão de 22 de Maio de 2008, *Nerkowska vs Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie*, proc. C-499/06, *Colet. 2008*, p. I-3993), designadamente das competências em matéria de controlo da imigração (*vide* acórdão MRAX. V e acórdão Comissão/Espanha).

⁴⁷ Nomeadamente pelo Advogado Geral L. A. Geelhoed.

⁴⁸ Cf. artigo 7.º da Diretiva 2003/86/CE.

⁴⁹ Cf. artigo 8.º da Diretiva 2003/86/CE.

⁵⁰ Como enuncia o Advogado Geral A. H. Geelhoed nas conclusões formuladas no processo Jia, cada alargamento da jurisprudência do Tribunal de Justiça pode dar origem a novas formas de contornar as legislações nacionais.

⁵¹ O acórdão paradigma é aqui o de 7.02.1979, *J. Knoors vs Staatssecretaris van Economische Zaken*, proc. C-115/78, *Colet. 1979*, p. 00399.

⁵² Cf. acórdão de 14.12.2000, *Emsland-Stärke GmbH vs Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, proc. C-110/99, *Colet. 2000*, p. I-11569.

⁵³ Cf. acórdão de 21.06.1988, *Sylvie Lair vs Universität Hannover*, proc. C-39/86, *Colet. 1988*, p. 03161.

⁵⁴ *Vide*, também, conclusões apresentadas no âmbito do processo Akrich. No processo Akrich, o Advogado Geral sublinha que uma legislação sobre imigração aplicável e eficaz, conforme descrito supra, é uma condição necessária à realização de um mercado interno onde os controlos nas fronteiras internas podem ser suprimidos e as pessoas podem circular livremente em toda a União. Este último interesse — a criação desse mercado interno com livre circulação de pessoas — constitui precisamente um dos motivos por que o legislador e o órgão jurisdicional comunitários optaram por

atribuir ao artigo 39.º do TCE um âmbito de aplicação amplo. A relação entre a regulação da imigração para a União Europeia e a livre circulação no interior desta resulta, nomeadamente, do artigo 61.º, alínea a), do TCE. Nessa disposição, o Tratado designa o controlo na fronteira externa de medida de acompanhamento relativamente à livre circulação interna de pessoas.

⁵⁵ Vide, nomeadamente, *Relatório sobre a abolição dos controlos das pessoas nas fronteiras intracomunitárias* (COM/1988/640/FINAL). Miguel Gorjão-Henriques refere, a este propósito, que “a abolição dos controlos nas fronteiras internas é «compensada» pelo levantamento das «pontes» nas fronteiras externas, transformando a Europa numa vasta «reserva ecológica» livre do perigo do caçador furtivo”. Miguel Gorjão-Henriques, “Aspectos gerais dos acordos Schengen na perspetiva da livre circulação de pessoas na União Europeia” in *Temas de Integração*, vol. 1, n.º 2, 1996, pp. 47-95.

⁵⁶ Esta desigualdade já tinha sido apontada pela Advogada Geral Stix-Hackl no âmbito do processo Carpenter. Os cidadãos de um país terceiro casados com cidadãos da União no Estado de origem destes últimos encontram-se, pois, quando estes cidadãos não fazem uso dos seus direitos comunitários, em situação menos favorável do que os cidadãos de um país terceiro casados com cidadãos da União que exercem os seus direitos comunitários. A Advogada Geral referiu, ainda, que esta discriminação pode vir a ser eliminada, quer pelo legislador comunitário, porventura por meio de regras relativas ao agregado familiar, quer pelos próprios Estados membros, mesmo que tal não seja prescrito pelo direito comunitário, mediante a equiparação, nos Estados membros em que o problema se coloca, do estatuto de cidadãos de um país terceiro casados com cidadãos nacionais ao estatuto dos cidadãos de países terceiros casados com cidadãos de outro Estado membro que tenha exercido os seus direitos comunitários. Vários Estados membros já recorreram, efetivamente, a esta possibilidade de criar uma espécie de “assimilação” Martin, “Lei de 15 de Dezembro de 1980”, *Revue dit droit des étrangers*, 1996, p. 725.

⁵⁷ A título de exemplo, é de referir o acórdão de 1.04.2008, *Gouvernement de la Communauté française e gouvernement wallon vs Gouvernement flamand*, proc. C-212/06, Colet. 2008, p. I-1683.

⁵⁸ Cf. Artigo 6.º, n.º 1 do Tratado da União Europeia.

⁵⁹ Vide TEDH, acórdão Sen vs Países Baixos de 21 de dezembro de 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-I, § 31.

⁶⁰ Vide acórdãos Rahman, Carpenter e Akrich. No acórdão Rahman, o Tribunal de Justiça reconheceu, contudo, que o TEDH também decidiu reiteradamente que o artigo 8.º da CEDH não garante aos estrangeiros “o direito de escolher o local mais adequado para desenvolver uma vida familiar” (vide acórdão do TEDH, de 28.11.1996, *Ahmut vs Países Baixos*, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, p. 2030, § 71) e não impõe a um Estado “a obrigação geral de respeitar a escolha, levada a cabo pelo casal, da sua residência comum e de permitir o reagrupamento familiar no seu território” (vide TEDH, acórdãos *Gül vs Suíça* de 19 de fevereiro de 1996, 1996-I, p. 174, § 38, e *Ahmut c. Países Baixos*, *Recueil des arrêts et décisions*, já referido, § 67).

⁶¹ No âmbito das medidas de harmonização poder-se-ia justificar uma diferenciação, à semelhança da que já é estabelecida na Diretiva 2003/86/CE, relativa ao direito ao reagrupamento familiar, entre

os membros da família nuclear e os outros membros da família dos cidadãos da União. Com efeito, é de assumir que uma coisa é colocar restrições à entrada, no Estado de acolhimento, do cônjuge, do parceiro ou dos filhos menores do trabalhador, outra será colocar restrições à entrada dos ascendentes do trabalhador ou do seu cônjuge/parceiro ou dos seus descendentes, quando já são maiores de idade. Seguramente, no primeiro caso, a vida familiar normal do cidadão da União poderá ficar seriamente afetada, ao ponto que, no segundo caso, a vida familiar dita normal poderá não estar a ser seriamente afetada.

⁶² Note-se que este argumento assumiu uma importância central no acórdão Metock como fundamento para rejeitar a admissibilidade do requisito da residência legal prévia. O cidadão da União apenas se sentiria dissuadido de fazer uso da sua liberdade de circulação, nos casos em que as condições de admissão de nacionais de países terceiros no território do potencial Estado membro de acolhimento fossem menos vantajosas do que as condições vigentes no Estado de origem do cidadão. Ora, por via da harmonização dessas condições, caminhar-se-ia no sentido da inexistência de diferenças substanciais ao nível das exigências colocadas por cada um dos Estados membros à entrada de nacionais de Estados terceiros ao seu território.

POLÍTICA ÚNICA DE ASILO PARA A UNIÃO EUROPEIA – PROPOSTA DE REGULAMENTO (UE) N.º.../2015 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DE .../2015, QUE ESTABELECE UMA POLÍTICA ÚNICA DE ASILO NA UNIÃO EUROPEIA – PARTE II⁶³

José Noronha Rodrigues⁶⁴

Sumário:

Abstract. - Introdução. - Política Única de Asilo para União Europeia - Proposta de Regulamento (UE) n.º.../2015 do Parlamento Europeu e do Conselho de2015, que estabelece uma Política Única de Asilo na União Europeia - PARTE II - Capítulo IV (Perda do Direito de Proteção Internacional). - Capítulo V (Estatuto de requerente de asilo e da proteção subsidiária). - Capítulo VI (Estatuto do refugiado e da proteção subsidiária). - Capítulo VII (Disposições únicas ao estatuto de requerentes e beneficiários de asilo e proteção subsidiária). Capítulo VIII (Disposições finais). Conclusão. Bibliografia

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.

Palabra 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, de modo a não confundir atos terroristas com vítimas de terrorismo ou vítimas de atentados aos mais elementares direitos humanos.

Convém, a este propósito, lembrar 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 *a 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"⁶⁵. 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 uma 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.

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 - Parte II

Capítulo IV

Perda do direito de proteção internacional

Artigo 37º

Causas de cessação, revogação, supressão ou recusa de renovação do direito de proteção internacional

1. O direito de asilo cessa quanto o estrangeiro ou o apátrida:
 - a) Decida voluntariamente valer-se de novo da proteção do país de que tem nacionalidade;
 - b) Tendo perdido a sua nacionalidade, a recupere voluntariamente;
 - c) Adquirir uma nova nacionalidade e goze da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu;
 - d) Regresse voluntariamente ao país que abandonou ou fora do qual permaneceu por receio de ser perseguido;
 - e) Não possa continuar a recusar valer-se da proteção do país de que tem a nacionalidade, por terem deixado de existir as circunstâncias segundo as quais foi reconhecido como refugiado;
 - f) Tratando-se de pessoa sem nacionalidade, esteja em condições de regressar ao país em que tinha a sua residência habitual, por terem deixado de existir as circunstâncias segundo as quais foi reconhecido como refugiado;
 - g) Renuncie expressamente ao direito de asilo.
2. O estrangeiro ou o apátrida deixa de ser elegível para proteção subsidiária quando as circunstâncias que levaram à sua concessão tiverem cessado ou se tiverem alterado a tal ponto que a proteção já não seja necessária.
3. Para efeitos do disposto nas alíneas e) e f) do nº 1 e no nº 2, e sem prejuízo do disposto no artigo 48º, a cessação só pode ser declarada caso o ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto união

do GEAA, conclua que a alteração das circunstâncias no Estado da nacionalidade ou residência habitual do beneficiário do direito de asilo ou de proteção subsidiária é suficientemente significativa e duradoura para afastar o receio fundado de perseguição ou o risco de sofrer ofensa grave.

4. É revogada, suprimida ou recusada a renovação do direito de asilo ou de proteção subsidiária quando se verifique que o estrangeiro ou apátrida:

a) Deveria ter sido ou possa ser excluído do direito de beneficiar do direito de asilo ou de proteção subsidiária, nos termos do artigo 10º;

b) Tenha deturpado ou omitido factos, incluindo a utilização de documentos falsos, decisivos para beneficiar do direito de asilo ou de proteção subsidiária;

c) Representa um perigo para a segurança interna;

d) Tendo sido condenado por sentença transitada em julgado por crime doloso de direito comum punível com pena de prisão superior a três anos, represente um perigo para a segurança interna ou para a ordem pública dos Estados-membros.

5. O ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto da união do GEAA, notifica o beneficiário do início e do resultado do procedimento, que pode pronunciar-se no prazo a estipular pelo GEAA e comunica-o, simultaneamente, ao representante do ACNUR que pode, querendo, pronunciar-se no mesmo prazo.

Artigo 38º

Efeitos da perda do direito de proteção internacional

1. A perda do direito de proteção internacional com fundamento no nº 4 do artigo anterior é causa de expulsão do território nacional dos Estados-membros, salvo quando resulte das situações previstas nas alíneas a) e b) do nº 1 do artigo 10º.

2. Quando a perda do direito de proteção internacional não constitua causa de expulsão do território nacional dos Estados-membros, o interessado pode solicitar ao ponto de contacto nacional em colaboração com o ponto de contacto da união do GEAA a concessão de uma autorização de residência com dispensa da apresentação do respectivo visto.

Artigo 39º

Competência para declarar a perda do direito de proteção internacional e expulsão

1. Sem prejuízo do número seguinte, compete ao Conselho de Administração do GEAA, sob a proposta do Diretor Executivo do GEAA, declarar a perda do direito de proteção internacional.

2. Quando a perda do direito de proteção internacional constitua causa de expulsão, esta será executada com a colaboração do Frontex.

Artigo 40º

Impugnação judicial

1. A decisão proferida ao abrigo do nº 1 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 267, artigo 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 41º

Informação ao ACNUR

O representante do ACNUR é sempre informado sobre as situações a que se refere o artigo 44º, para exercício das suas competências.

Artigo 42º

Execução da ordem de expulsão

Quando ocorra decisão judicial de expulsão é remetida certidão ao ponto de contacto nacional do GEAA, que, em colaboração com Frontex, deve executar a ordem de expulsão nela contida, dando conhecimento do facto ao representante do ACNUR.

Artigo 43º

Proibição de expulsar ou repelir

1. Da expulsão do beneficiário de proteção internacional, nos termos do artigo 43º, não pode resultar a sua colocação em território de país onde a sua liberdade fique em risco por qualquer das causas que, de acordo com o artigo 4º, possam constituir fundamento para a concessão de asilo ou de qualquer forma violem a proibição de expulsar e de repelir (*princípio de non-refoulement*) em conformidade com as obrigações internacionais da União Europeia.

2. Ninguém será devolvido, afastado extraditado ou expulso para um país onde seja submetido a torturas ou a tratamentos cruéis ou degradantes.

CAPÍTULO V

Estatuto do requerente de asilo e de proteção subsidiária

SECÇÃO I

Disposições únicas

Artigo 44º

Efeitos do asilo e da proteção subsidiária sobre a extradição

1. A concessão de asilo ou de proteção subsidiária obsta ao seguimento de qualquer pedido de extradição do beneficiário, fundado nos factos com base nos quais a proteção internacional.

2. A decisão final sobre qualquer processo de extradição do requerente que esteja pendente fica suspensa enquanto o pedido de proteção internacional se encontre em apreciação, quer pelo GEAA quer no Tribunal de Justiça.

3. Para efeito do cumprimento do disposto no número anterior, a apresentação do pedido de proteção internacional é comunicado pela autoridade policial, pelo Serviços de Estrangeiros e Fronteiras ou qualquer

outro organismo equivalente dos Estados-membros da União Europeia à entidade onde corre o respectivo processo no prazo a estipular pelo GEAA.

Artigo 45º

Direito dos requerentes

1. Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, os requerentes de asilo ou de proteção subsidiária beneficiam das seguintes garantias:

a) Serem informados de imediato ou, quando o pedido tenha sido entregue através de outra entidade, até ao prazo fixado pelo GEAA a contar do registo do pedido, numa língua que compreendam, dos direitos que lhe assistem e das obrigações a que estão sujeitos em matéria de acolhimento, designadamente sobre:

i) Os prazos e meios ao dispor para cumprimento do dever de apresentação dos elementos pertinentes para apreciação do pedido;

ii) A tramitação procedimental;

iii) As organizações ou os grupos de pessoas que prestam assistência jurídica específica;

iv) As organizações que os podem apoiar ou informar relativamente às condições de acolhimento disponíveis, incluindo a assistência médica;

v) As consequências do eventual incumprimento das obrigações e falta de cooperação previstas no artigo seguinte.

b) Serem informados quanto à decisão sobre a admissibilidade do pedido e respectivo teor, ainda que por intermédio de mandatário judicial, caso se tenham feito assistir por advogado;

c) Beneficiar, sempre que necessário, dos serviços de um intérprete para os assistirem na formalização do pedido e durante o respectivo procedimento;

d) Beneficiar do apoio judiciário.

2. Sem prejuízo do disposto na alínea a) do número anterior, o ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto da união do

GEAA, fornece ao requerente de asilo ou de proteção subsidiária um folheto informativo numa língua que este possa entender, sem prejuízo de a mesma informação poder ser também prestada oralmente.

3. Há recurso a um intérprete para os efeitos da alínea b) do nº 1 sempre que o requerente não conheça ou não domine a língua do Estado-membro.

4. O ACNUR pode proporcionar aconselhamento jurídico direto aos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária em todas as fases do procedimento.

5. Os advogados ou outros consultores que representem o requerente de asilo ou de proteção subsidiária têm acesso às informações constantes do seu processo, salvo se a respectiva divulgação puser em risco a segurança nacional dos Estados-membros, a segurança das fontes da informação ou da pessoa a quem aquela respeita ou se ficar comprometida a análise do pedido ou as relações internacionais da União Europeia.

6. Os advogados ou outros consultores que representem o requerente de asilo ou de proteção subsidiária têm ainda direito de acesso a zonas vedadas, como locais de detenção ou de trânsito, para poder prestar àquele o devido aconselhamento, podendo as visitas ser limitadas, desde que a limitação de acesso esteja prevista por lei e seja absolutamente necessária para a segurança, a ordem pública, gestão administrativa da zona ou para garantir uma apreciação eficaz do pedido e tal limitação não restrinja gravemente ou impossibilite esse acesso do advogado ou outros consultores que representem o requerente.

7. Os requerentes de asilo ou de proteção subsidiária podem fazer-se acompanhar, na prestação de declarações a que se refere o artigo 17º de advogado ou outro consultor, bem como de representante do ACNUR, sem prejuízo da respectiva ausência não obstar à realização desse ato processual.

Artigo 46º

Obrigações do requerente de asilo ou de proteção subsidiária

1. Os requerentes de asilo ou de proteção subsidiária devem manter o ponto de contacto nacional do GEAA informado sobre a sua residência no Estado-membro, devendo imediatamente comunicar a este ponto de contacto nacional qualquer alteração de morada.

2. O ponto de contacto nacional fica vinculado a comunicar e atualizar, de imediato, estes dados no ponto de contacto da união do GEAA.

SECÇÃO II

Disposições relativas às condições de acolhimento

Artigo 47º

Meios de subsistência

1. Aos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária em situação de carência económica e social e aos membros da sua família é concedido apoio social para alojamento e alimentação, quantitativo a determinar pelo GEAA.

2. Para efeitos do disposto no número anterior, na concessão de alojamento devem ser tomadas, como o acordo dos requerentes, as medidas adequadas para manter tanto quanto possível a unidade da família que se encontre presente no território nacional dos Estados-membros, nomeadamente as previstas nas alíneas a) e b) do nº 1 do artigo 55º.

Artigo 48º

Assistência médica e medicamentosa

1. É reconhecido aos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária e respectivos membros da família o acesso ao Serviço Nacional de Saúde dos Estados-membros, nos termos a definir pelo GEAA.

2. O documento comprovativo da apresentação do pedido de asilo ou de proteção subsidiária, emitido nos termos do artigo 14º, considera-se bastante para comprovar a qualidade de requerente, para efeitos do disposto no número anterior.

3. Para os efeitos do presente artigo, as autoridades sanitárias podem exigir, por razões de saúde pública, que os requerentes sejam submetidos a um exame médico, a fim de que seja atestado que não sofrem de nenhuma das doenças definidas nos instrumentos aplicáveis da Organização Mundial de Saúde ou em outras doenças infecciosas ou parasitárias contagiosas objeto de medidas de proteção em território nacional dos Estados-membros, cujos resultados são confidenciais e não afetam o procedimento de asilo.

4. Os exames médicos e as medidas a que se refere o número anterior não devem ter carácter sistemático.

5. Aos requerentes particularmente vulneráveis é prestada assistência médica ou outra que se revele necessária.

Artigo 49º

Acesso ao ensino

1. Os filhos menores dos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária e os requerentes de asilo ou de proteção subsidiária menores têm acesso ao sistema de ensino nas mesmas condições dos cidadãos nacionais dos Estados-membros e demais cidadãos para quem a língua do Estado-membro não constitua língua materna.

2. A possibilidade de continuação dos estudos secundários não pode ser negada com o fundamento no facto de o menor ter atingido a maioridade.

Artigo 50º

Direito ao trabalho

1. Aos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária a quem já foi emitida autorização de residência provisória é assegurado o acesso ao mercado de trabalho, cessando, a partir do exercício do emprego remunerado, a aplicação do regime de apoio social previsto no artigo 52º.

2. O acesso ao mercado de trabalho apenas está interdito aos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária durante o período que medeia a apresentação do pedido e a decisão sobre a sua admissibilidade, salvo se o requerente for titular de autorização de residência ou outro título habilitante de permanência no território nacional dos Estados-membros que lhe permita exercer uma atividade profissional, subordinada ou não.

3. O período de interdição do acesso ao mercado de trabalho referido no número anterior será estipulado pelo GEAA.

4. Nos casos de impugnação judicial de uma decisão negativa proferida pelo ponto de contacto nacional em colaboração com o ponto de contacto da união do GEAA, o direito de acesso ao mercado de trabalho mantém-se até o requerente ser notificado de uma decisão judicial negativa.

Artigo 51º

Programas e medidas de emprego e formação profissional

1. Os requerentes de asilo ou de proteção subsidiária têm acesso a programas e medidas de emprego e formação profissional em condições a estabelecer pelos GEAA, independentemente de terem ou não acesso ao mercado de trabalho.

2. O acesso à formação profissional relacionado com um contrato de trabalho fica subordinado à possibilidade de o requerente ter acesso ao mercado de trabalho nos termos do artigo anterior.

SECÇÃO III

Condições materiais de acolhimento e cuidados de saúde

Artigo 52º

Apoio social

1. Aos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária e respectivos membros da família, que não disponham de meios suficientes para permitir a sua subsistência, são asseguradas condições materiais de acolhimento, bem como os cuidados de saúde estabelecidos nesta secção, tendo em vista a garantia da satisfação das suas necessidades básicas em condições de dignidade humana.

2. Aos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária e membros da sua família particularmente vulneráveis e aos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária que se encontrem nos postos de fronteira são igualmente asseguradas condições materiais de acolhimento adequadas, bem como cuidados de saúde apropriados.

3. Para efeitos do nº 1, considera-se não dispor de meios suficientes o requerente que careça de recursos de qualquer natureza ou de valor inferior ao subsídio de apoio social fixado pelo GEAA.

4. Caso se comprove que um requerente dispõe de recursos suficientes, pode ser-lhe exigida uma contribuição, total ou parcial, para a cobertura das despesas decorrentes das condições materiais de acolhimento e dos cuidados de saúde.

5. Caso se comprove que um requerente dispunha de meios suficientes para custear as condições materiais de acolhimento e os cuidados de saúde na altura em que estas necessidades básicas foram providas, a entidade competente pode exigir o respectivo reembolso.

Artigo 53º

Modalidades de concessão

1. As condições materiais de acolhimento podem revestir as seguintes modalidades:

a) Alojamento em espécie;

b) Alimentação em espécie;

c) Prestação pecuniária de apoio social, com carácter mensal, para despesas de alimentação, vestuário, higiene e transportes;

d) Subsídio complementar para alojamento, com carácter mensal;

e) Subsídio complementar para despesas pessoais e transportes.

2. O alojamento e a alimentação em espécie podem revestir umas das seguintes formas:

a) Em instalações equiparadas a centros de acolhimento para requerentes de asilo, nos casos em que o pedido é apresentado nos postos de fronteira;

b) Em centro de instalação para requerentes de asilo ou estabelecimento equiparado que proporcionem condições de vida adequadas;

c) Em casas particulares, apartamentos, hotéis ou noutras instalações adaptadas para acolher requerentes de asilo.

3. Podem ser cumuladas as seguintes modalidades de acolhimento:

a) Alojamento e alimentação em espécie com o subsídio complementar para despesas pessoais e transportes;

b) Alojamento em espécie ou subsídio complementar para alojamento com a prestação pecuniária de apoio social.

4. A título excepcional e por um período determinado, podem ser estabelecidas condições materiais de acolhimento diferentes das previstas nos números anteriores, sempre que:

a) Seja necessária uma avaliação inicial das necessidades específicas dos requerentes;

b) Na área geográfica onde se encontra o requerente não estejam disponíveis condições materiais de acolhimento previstas no nº 2;

c) As capacidades de acolhimento disponíveis se encontrem temporariamente esgotadas; ou

d) Os requerentes de asilo ou de proteção subsidiária se encontrem em regime de retenção em postos de fronteira que não disponha de instalações equiparadas a centros de acolhimento.

Artigo 54º

Montantes dos subsídios

As prestações pecuniárias a que se referem as alíneas c) e d) do nº 1 do artigo anterior são por referência ao subsídio de apoio social e as suas percentagens fixadas pelo GEAA.

Artigo 55º

Garantias suplementares em matéria de alojamento

1. A entidade responsável pela concessão do alojamento em espécie, nas formas previstas no nº 2 do artigo 53º deve:

a) Proporcionar a proteção da vida familiar dos requerentes;

b) Proporcionar, se for caso disso, que os filhos menores dos requerentes ou os requerentes menores sejam alojados com os pais ou com o membro adulto da família por eles responsável por força da lei;

c) Assegurar aos requerentes a possibilidade de comunicar com a sua família ou os seus representantes legais, assim como com os representantes do ACNUR;

d) Tomar as medidas adequadas para prevenir agressões no interior das instalações e dos centros de acolhimento a que se refere o nº 2 do artigo 53º.

2. A transferência de requerentes de asilo ou de proteção subsidiária de uma instalação de alojamento para outra só se pode realizar quando tal se

revele necessário para a boa tramitação do processo ou para melhorar as condições de alojamento.

3. Aos requerentes transferidos nos termos do número anterior é assegurada a possibilidade de informar os seus representantes legais da transferência e do seu novo endereço.

4. Aos consultores jurídicos ou outros dos requerentes, aos representantes do ACNUR e de outras organizações não governamentais que desenvolvam atividades nesta área e, como tal, sejam reconhecidas pelo GEAA, é assegurado o acesso aos centros de acolhimento e outras instalações de alojamento de forma a assistir os requerentes de asilo ou de proteção subsidiária, só podendo ser fixadas restrições de acesso se devidamente fundamentadas e quando estejam em causa razões de segurança dos centros e instalações, bem como dos requerentes.

5. Às pessoas que trabalham nos centros de acolhimento é ministrada formação adequada pelo GEAA, com base no “*curriculum*” único de asilo, estando as mesmas sujeitas ao dever de confidencialidade no que respeita às informações de que tomem conhecimento no exercício das suas funções.

SECÇÃO IV

Redução ou cessação do benefício das condições de acolhimento

Artigo 56º

Redução e cessação do benefício das condições de acolhimento

1. O apoio social termina com a decisão final que recair sobre o pedido de asilo ou de proteção subsidiária, independentemente da interposição do competente recurso jurisdicional.

2. A cessação do apoio nos termos do número anterior não se verifica quando, avaliada a situação económica e social do requerente, se concluir pela necessidade da sua manutenção.

3. As condições de acolhimento podem ser total ou parcialmente retiradas se o requerente de asilo ou de proteção subsidiária,

injustificadamente:

a) Abandonar o local de residência estabelecido pela autoridade competente sem informar ao ponto de contacto nacional do GEAA ou sem a autorização exigível;

b) Abandonar o seu local de residência sem informar a entidade competente pelo alojamento;

c) Não cumprir as obrigações de se apresentar;

d) Não prestar as informações que lhe forem requeridas ou não comparecer nas entrevistas individuais, quando para tal for convocado;

e) Tiver dissimulado os seus recursos financeiros e, portanto, beneficiar indevidamente das condições materiais de acolhimento.

4. Se, posteriormente à cessação das condições de acolhimento, o requerente for encontrado ou se apresentar voluntariamente às autoridades competentes, deve ser tomada, com base nas razões do seu desaparecimento, uma decisão fundamentada quanto ao restabelecimento do benefício de algumas ou de todas as condições de acolhimento.

5. As decisões relativas à redução e à cessação do benefício das condições de acolhimento nas situações mencionadas no nº 1 são tomadas de forma individual, objetiva, imparcial e devem ser fundamentadas.

6. As decisões a que se refere o número anterior devem ter exclusivamente por base a situação particular da pessoa em causa, em especial no que se refere às pessoas particularmente vulneráveis, tendo em conta o princípio da proporcionalidade.

7. A redução ou cessação dos benefícios não prejudica o acesso aos cuidados de saúde urgentes.

8. Das decisões referidas no nº 3 cabe recurso nos termos nº 1 do artigo 59º.

SECÇÃO V

Garantias de eficácia do sistema de acolhimento

Artigo 57º

Competências

1. Compete ao ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto da união do GEAA, garantir aos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária que se encontrem retidos nos postos de fronteira as condições de alojamento e acesso a cuidados de saúde, assim como a satisfação dos encargos inerentes à concessão das condições materiais de acolhimento, até decisão quanto à admissibilidade do pedido, podendo aquelas ser asseguradas por outras entidades públicas ou particulares sem fins lucrativos, nos termos a definir pelo GEAA.

2. Compete ao ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto da união do GEAA, suportar os encargos resultantes da atribuição das condições materiais de acolhimento aos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária cujo pedido foi admitido, até decisão final sobre o mesmo, as quais podem ser prestadas diretamente pelo referido ponto de contacto nacional do GEAA ou por outras entidades públicas ou particulares sem fins lucrativos, nos termos a definir pelo GEAA.

3. Compete ao ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto da união do GEAA, assegurar o acesso dos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária e membros da sua família a cuidados de saúde, nos termos a definir pelo GEAA.

4. As decisões a que se refere o artigo 56º são da competência das entidades responsáveis pela concessão das condições materiais de acolhimento previstas no presente regulamento.

Artigo 58º

Pessoal e recursos

O GEAA ministrará com base no “*curriculum*” único de asilo, às organizações referidas no artigo anteriores e aos seus funcionários, formação de base adequada às necessidades dos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária de ambos os sexos.

Artigo 59º

Garantias

1. As decisões negativas relativas à concessão de benefícios ao abrigo do presente regulamento ou as decisões tomadas nos termos do artigo 56º que afetem individualmente requerentes de asilo ou de proteção subsidiária são passíveis de recursos para o Tribunal de Justiça.

2. As modalidades de acesso à assistência jurídica, nos casos acima referidos serão fixados pelo GEAA.

Artigo 60º

Colaboração das organizações não governamentais com o GEAA

1. As organizações não governamentais podem colaborar com o GEAA na realização das medidas previstas no presente regulamento.

2. A colaboração das organizações não governamentais com o GEAA na realização das medidas respeitantes aos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária a que se refere o número anterior pode traduzir-se na organização da informação e do trabalho voluntário, apoio jurídico, prestação de apoio no acolhimento e outras formas de apoio social, nos termos a definir pelo GEAA.

CAPÍTULO VI

Estatuto do refugiado e da proteção subsidiária

Artigo 61º

Direitos e obrigações

Os beneficiários do estatuto de refugiado e da proteção subsidiária gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres dos estrangeiros residentes na União, na medida em que não contrariem o disposto no presente regulamento, na Convenção de Genebra de 1951 e no Protocolo de Nova Iorque de 1967, cabendo-lhes, designadamente, a obrigação de acatar as orientações do GEAA bem como as providências destinadas à manutenção da ordem pública.

Artigo 62º

Informação

No ato da notificação de concessão do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária, o ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto da união do GEAA, informa o beneficiário dos direitos e as obrigações relativas ao respectivo estatuto, numa língua que este possa compreender.

Artigo 63º

Título de residência

1. Aos beneficiários do estatuto de refugiado é concedida uma autorização de residência válida pelo período a estipular pelo GEAA, renovável, salvo se razões imperativas de segurança da União ou ordem pública o impedirem e sem prejuízo do disposto no capítulo IV.

2. Aos beneficiários do estatuto de proteção subsidiária é concedida uma autorização de residência por razões humanitárias, válida pelo prazo a fixar

pelo GEAA, renovável, após análise da evolução da situação no país de origem, salvo se razões imperativas de segurança da União ou de ordem pública o impedirem e sem prejuízo do disposto no capítulo IV.

3. Aos membros da família do beneficiário mencionados no artigo seguinte é emitida uma autorização de residência extraordinária, de validade idêntica à do beneficiário de asilo ou de proteção subsidiária, que será atribuída pelo ponto de contacto nacional, em colaboração com o ponto de contacto da união do GEAA.

4. Compete ao Diretor Executivo do ponto de contacto nacional elaborar proposta fundamentada de atribuição e renovação das autorizações de residência previstas nos números anteriores.

5. Compete ao Conselho de Administração do GEAA, sob proposta do Diretor Executivo do GEAA, conceder, com dispensa de qualquer taxa, a autorização de residência prevista no presente artigo, segundo modelo a estabelecer pelo GEAA.

6. Compete aos pontos de contacto nacionais, em colaboração com os pontos de contactos da União do GEAA, emitir os documentos comprovativos de residência a atribuir nos termos do presente artigo.

Artigo 64º

Preservação da unidade familiar

1. Os beneficiários do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária têm direito ao reagrupamento familiar com os membros da sua família, nos termos a fixar pelo GEAA.

2. Os efeitos do asilo ou da proteção subsidiária devem ser declarados extensivos aos membros da família referidos no número anterior.

3. O disposto nos números anteriores não se aplica nos casos em que o membro da família seja excluído do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária ou a perda nos termos do presente regulamento.

Artigo 65º

Documentos de viagem

1. Aos beneficiários do estatuto de refugiado é emitido, mediante requerimento, documento de viagem em conformidade com o disposto no anexo da Convenção de Genebra, e, readaptado pelo GEAA, em documento de viagem único que lhes permita viajar fora do território nacional, a menos que motivos imperiosos de segurança da União ou de ordem pública exijam o contrário.

2. Aos beneficiários do estatuto de proteção subsidiária, que comprovadamente não possam obter um passaporte nacional, pode ser emitido, mediante requerimento dos interessados, passaporte do Estado-membro da União onde tenha residência para estrangeiro que lhes permita viajar fora do território nacional do Estado-membro, a menos que motivos imperiosos de segurança da União ou de ordem pública exijam o contrário.

3. A taxa devida pela emissão desses documentos é fixada pelo GEAA.

Artigo 66º

Acesso à educação

1. Aos menores a quem é concedido o estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária é conferido o pleno acesso ao sistema de ensino, nas mesmas condições que aos cidadãos nacionais dos Estados-membros.

2. Aos adultos aos quais tenha sido concedido o estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária é permitido o acesso ao sistema de ensino em geral, bem como à formação, aperfeiçoamento ou reciclagem profissionais, nas mesmas condições que aos cidadãos nacionais dos Estados-membros.

3. No que se refere aos procedimentos vigentes em matéria de reconhecimento dos diplomas, certificados e outras provas de qualificação oficial estrangeiras, é assegurada a igualdade de tratamento entre beneficiários do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária e os respectivos nacionais dos Estados-membros.

Artigo 67º

Acesso ao emprego

1. Aos beneficiários do estatuto de refugiado ou proteção subsidiária é assegurado o acesso ao mercado de emprego, nos termos a definir pelo GEAA, cessando, a partir do exercício de emprego remunerado, a aplicação do regime de apoio social previsto no artigo 52º.

2. São igualmente asseguradas aos beneficiários do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária oportunidade de formação ligadas ao emprego de adultos, formação profissional e experiência prática em local de trabalho, nas mesmas condições dos cidadãos nacionais dos Estados-membros.

3. São aplicáveis disposições legais em matéria de remuneração e outras condições relativas ao emprego.

Artigo 68º

Segurança Social

Aos beneficiários do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária são aplicáveis as disposições legais relativas ao sistema de segurança social dos Estados-membros.

Artigo 69º

Cuidados de saúde

1. Os beneficiários do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária e respectivos membros da família têm acesso ao Serviço Nacional de Saúde dos Estados-membros, nas mesmas condições que os cidadãos nacionais.

2. São assegurados cuidados de saúde adequados aos beneficiários do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária que se integrem nos grupos de pessoas particularmente vulneráveis nas mesmas condições que aos cidadãos nacionais dos Estados-membros.

3. Considera-se que têm necessidades especiais, para efeitos do número anterior, as grávidas, os deficientes, as vítimas de tortura, violações ou outras formas graves de violência física, psicológica ou sexual, os menores que sofreram qualquer forma de abuso, negligência, exploração, tortura, tratamento cruéis, desumanos ou degradantes ou os efeitos de um conflito armado.

Artigo 70º

Alojamento

Aos beneficiários do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária é assegurado acesso a alojamento, em condições equivalentes às dos estrangeiros que residam legalmente na União.

Artigo 71º

Liberdade de circulação

É garantida a liberdade de circulação em território espacial da União aos beneficiários do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária, nas mesmas condições que as previstas para os estrangeiros que residam legalmente na União.

Artigo 72º

Programas de integração

A fim de facilitar a integração dos refugiados e dos beneficiários da proteção subsidiária na sociedade da União, devem ser promovidos pelo GEAA programas de integração.

CAPÍTULO VII

Disposições únicas aos estatutos de requerentes e beneficiários de asilo e proteção subsidiária

Artigo 73º

Disposições relativas a pessoas particularmente vulneráveis

1. Na prestação das condições materiais de acolhimento, bem como dos cuidados de saúde, é tida em consideração a situações das pessoas particularmente vulneráveis, nos termos dos artigos seguintes.

2. Aquando da apresentação do pedido de asilo ou de proteção subsidiária ou em qualquer fase do procedimento, a entidade competente deve identificar as pessoas cujas necessidades especiais tenham de ser tomadas em consideração, de acordo com o previsto no número anterior.

Artigo 74º

Menores

1. Na aplicação do presente regulamento, devem ser tomados em consideração os superiores interesses dos menores.

2. Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se ser do superior interesse do menor, designadamente:

a) A sua colocação junto dos respectivos progenitores, idóneos; ou, na falta destes,

b) A sua colocação junto de familiares adultos, idóneos; ou, na falta destes,

c) Em famílias de acolhimento, em centros especializados de alojamento para menores ou em locais que disponham de condições para o efeito;

d) A não separação de fratrias;

e) A estabilidade de vida, com mudanças de local de residência limitadas ao mínimo.

3. As entidades competentes do GEAA asseguram que os menores que tenham sido vítimas de qualquer forma de abuso, negligência, exploração, tortura, tratamentos, cruéis, desumanos e degradantes ou de conflitos armados tenham acesso aos serviços de reabilitação, bem como a assistência psicológica adequada, providenciando, se necessário, apoio qualificado.

Artigo 75º

Menores não acompanhados

1. Sem prejuízo das medidas tutelares aplicáveis ao abrigo da legislação tutelar de menores ou legislação equivalente dos Estados-membros, os menores que sejam requerentes ou beneficiários de asilo ou de proteção subsidiária, podem ser representados por entidade ou organização não governamental ou por qualquer outra forma de representação legalmente admitida.

2. As necessidades dos menores devem ser tomadas em consideração através do respectivo tutor ou representante designado, sendo objeto de avaliação periódica por parte das autoridades competentes e as suas opiniões devem ser tidas em conta, em função da sua idade e grau de maturidade.

3. Para efeitos dos números anteriores, aplicam-se aos menores não acompanhados as regras constantes do artigo anterior, desde que não são autorizados a entrar no território nacional dos Estados-membros até ao momento em que têm de o deixar.

4. Os menores não acompanhados, com idade igual ou superior a 16 anos, podem ser colocados em centros de acolhimento de adultos requerentes de asilo.

5. Com o objetivo de proteger os interesses superiores do menor não acompanhado, o ponto de contacto nacional em colaboração com o ponto de contacto da união do GEAA e, em articulação com as outras entidades

envolvidas no procedimento, deve envidar todos os esforços para encontrar os membros da sua família.

6. Nos casos em que a vida ou a integridade física de um menor ou dos seus parentes próximos esteja em risco, designadamente se ficarem no país de origem, a recolha, o tratamento e a divulgação de informações respeitantes a essas pessoas são realizados a título confidencial, para evitar comprometer a sua segurança.

7. O pessoal que trabalha com menores não acompanhados deve ter formação adequada às necessidades dos menores, que será ministrada pelo GEAA com base num “*curriculum*” único de asilo e estão sujeito ao dever de confidencialidade no que respeita às informações de que tomem conhecimento no exercício das suas funções.

Artigo 76º

Vítimas de tortura ou violência

Às pessoas que tenham sido vítimas de atos de tortura, de violação ou de outros atos de violência grave é assegurado tratamento especial adequado aos danos causados pelos atos referidos, nomeadamente, através do GEAA e os outros organismos, previamente protocolado com o GEAA.

Artigo 77º

Repatriamento voluntário

Pode ser prestada assistência aos requerentes e beneficiários de asilo ou proteção subsidiária que manifestem vontade de ser repatriado, designadamente através de programas de retorno voluntário.

CAPÍTULO VIII

Disposições finais

Artigo 78º

Forma de notificação

1. As notificações ao requerente são feitas pessoalmente ou através de carta registada, com aviso de receção, a enviar para a sua última morada conhecida.

2. No caso de a carta ser devolvida, deve tal facto ser de imediato comunicado ao representante do ACNUR, considerando-se a notificação feita se o requerente não comparecer no ponto de contacto nacional do GEAA, no prazo a estipular pelo GEAA, a contar da data da referida devolução.

Artigo 79º

Formação e confidencialidade

Os intervenientes no procedimento de asilo, bem como todos os que trabalhem com requerentes de asilo, beneficiários do estatuto de refugiados ou de proteção subsidiária, nomeadamente em centros de acolhimento e postos de fronteira, devem dispor de formação adequada a ser ministrada pelo GEAA, com base no “*curriculum*” único de asilo, estando sujeitos ao dever de confidencialidade no que respeita às informações a que tenham acesso no exercício das suas funções.

Artigo 80º

Gratuidade e urgência dos processos

Os processos de concessão ou de perda do direito de asilo ou de proteção subsidiária e de expulsão são gratuitos e têm carácter urgente, quer no âmbito do GEAA quer no âmbito do Tribunal de Justiça.

Artigo 81º

Interpretação e integração

Os preceitos do presente regulamento devem ser interpretados e integrados de acordo com as orientações do GEAA e, de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 e o Protocolo Adicional de 31 de Janeiro de 1967, bem como da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Artigo 82º

Entrada em vigor

O presente regulamento entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia.

O presente regulamento é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-membros nos termos dos Tratados.

Feito em Estrasburgo, em ___ de ___ de 2015

Pelo Parlamento Europeu

Pelo Conselho

O Presidente

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 discricionariedade 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, Octubre, 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 GALLEGO, 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: “Ciudadanía” 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 International, 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.: “Condicionabilidade 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 (Coordinadores): *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 Manging an Area Encompassaing 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 Refuges in Italy*, Frankfurt, Förderverein PRO ASYL e.V., 2011;
- BETTATI, Mario.: *L`asile politique en question. Un status pour réfugiés*, Paris, PUF, 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 World*, Bialystok, 2004;

_____.: *Conflict and displacement – International Politics in the Developing World*, 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 Third-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, MERÈA, 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?* Centro for European Policy Studies, Policy Brief, nº 170, September, 2008;
- CARRERA, Sergio y 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, mayoagosto, 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 Lisboan 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 cooperation 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 Luisa.: “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, Aranzadi Thomson, 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, n° 175*, 2009;

_____.: “Inadmissible in Ibéria: The fate of asylum seekers in Spain and Portugal” in *Brooklyn Law School Legal Studies, Research Papers, n° 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, n° 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 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;
- 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;
- GRAHL-MADSEN, Atle.: *Territorial asylum*, Estocolmo, Almqvist, Wiksel International, 1980;
- 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 Ediciones, 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*, n° 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, n° 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, editorial 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, julioseptiembre, 2001;

_____.: “En torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE” in *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 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, nº3, 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 Príncipe 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 edição 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, 5ªed. 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 IVRIDICA* 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 IVRIDICA* da Universidade de Minho (CEJUR) Toma LIX – nº 321 – Janeiro-Março, 2010;

NÚNEZ 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, 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 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 Contemporánea)*, 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*, Brusseles, 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 nº2, nº3, 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. Jose 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;

- 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;
- PONTE IGLESIAS, Maria Teresa.: *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual*, Santiago, Tórculo Ediciones, 2000;
- 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*, Cambridge, 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 nº5, nº9, 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, 2ªed. Cultrix, 1986;
- 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;

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 BEREIJO, 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, SeptiembreDiciembre, 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 tours*, 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, Vol. 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 América 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, n° 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, N° 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 n° 8-71, 2006;

SOLANES CORELLA, Angeles.: “Un decálogo sobre la crisis del asilo en España” in *Revista de ciencias sociales*, n° 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 Compenhagen 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, 1° 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, nº12, 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.: “Negativa 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;
- 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;

-

⁶³ 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.

⁶⁴ 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

⁶⁵ Cfr. http://www.inforpress.publ.cv/index.php?option=com_content&task=wiew&id=61364&Itemid=2, consultado a 1/3/2015.

O DIREITO EUROPEU DO TRABALHO NA ENCRUZILHADA

Armando Silva⁶⁶

Diretor para a legislação do trabalho e o diálogo social na Comissão Europeia (2007-2015)

SECÇÃO 1.

INTRODUÇÃO

1. Um acervo substancial. O direito europeu do trabalho constitui hoje um conjunto de normas jurídicas que determinam em larga medida o modo como são reguladas as relações de trabalho a nível nacional, tanto no plano individual como coletivo. A influência direta que as diretivas europeias neste domínio exerceram no momento da sua transposição para o direito nacional está bem documentada em diversos trabalhos de investigação⁶⁷. Além disso, o direito europeu exerceu igualmente uma influência considerável sobre a jurisprudência e a comunidade académica de muitos Estados membros, embora com diferenças entre eles⁶⁸. Este acervo legislativo foi-se desenvolvendo à medida que se aprofundava o processo de integração dos mercados de bens, de serviços, de capitais e do trabalho. Contam-se hoje por mais de sessenta os atos normativos europeus com efeito vinculativo no domínio do direito do trabalho⁶⁹. Incidem em quatro grandes áreas: a saúde e segurança no local de trabalho, as condições de trabalho, a informação e consulta dos trabalhadores e a igualdade de tratamento entre homens e mulheres e a não discriminação⁷⁰.

2. Um acervo dinâmico. O fato de estas diretivas terem sido integradas nos ordenamentos jurídicos nacionais há vários anos ou mesmo décadas poderia

sugerir que a sua importância seria sobretudo histórica, enquanto fonte do direito nacional. Ou seja, que a evolução futura das normas nacionais dependeria apenas de decisões tomadas pelos governos e parceiros sociais de cada Estado membro. De fato não é assim. Em primeiro lugar, porque o respeito pelas normas europeias continua garantido pelo exercício da competência judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia (T.J.U.E.). De certo modo, poder-se-á dizer que o direito europeu estabelece um patamar de normas que não pode ser ultrapassado sob pena de procedimentos de infração. Em segundo lugar, porque esse acervo se encontra sujeito a avaliações contínuas por parte da Comissão Europeia, e de outros agentes com influência política (os parceiros sociais, as forças políticas, os *think-tanks*) de que podem resultar processos de revisão legislativa. A intensidade das discussões públicas originadas por qualquer nova proposta ou consulta lançada pela Comissão Europeia neste domínio, assim como o número crescente de questões prejudiciais submetidas pelas jurisdições nacionais ao T.J.U.E., são prova evidente de que este acervo não é rígido e imóvel, mas sim dinâmico, e que a sua evolução futura se encontra estreitamente ligada aos resultados de um debate muito vivo e atual.

3. O futuro do direito europeu do trabalho em debate.

Neste debate, confrontam-se posições e interesses ao longo de dois eixos distintos:

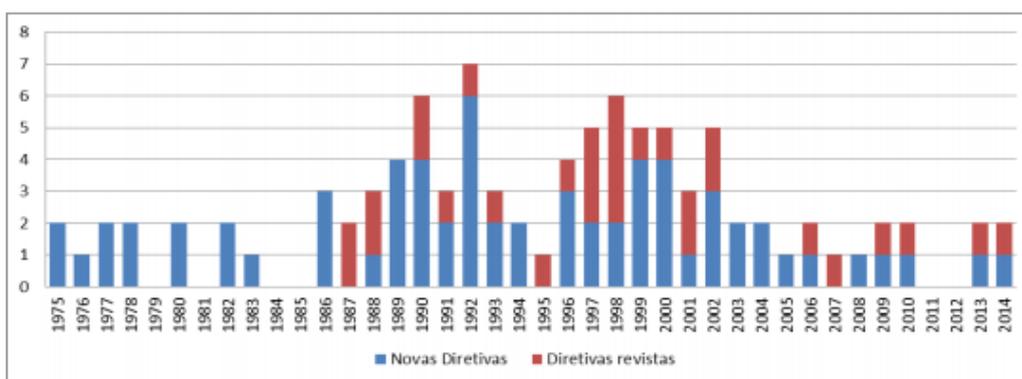
– Em primeiro lugar, encontramos a oposição centrada sobre *a relação custo-benefício da regulamentação*. De um lado, há aqueles que consideram que a regulação das relações de trabalho por meios normativos com força jurídica é geradora de fenómenos de rigidez do mercado de trabalho que o afastariam da sua posição de equilíbrio e seriam a causa principal do desemprego estrutural. Seria também geradora de importantes custos administrativos para as empresas que prejudicam a sua competitividade e desencorajam o investimento e a criação de emprego. Os mesmos preconizam em lugar da

regulamentação uma abordagem voluntarista baseada numa maior liberdade contratual nas relações entre empregador e assalariado. Do outro lado, há aqueles que consideram que a regulamentação não só responde a um certo número de imperativos éticos de justiça social como também contribui para um funcionamento mais eficaz dos mercados, na medida em que pode promover aumentos da produtividade e da coesão social no longo prazo além de contribuir para uma maior disciplina concorrencial. Nesta perspetiva, reconhece-se existirem custos gerados pela regulamentação, mas parte-se do princípio de que serão inferiores aos custos de transação gerados por uma multiplicidade de contratos individuais.

– Sobre um segundo eixo diferenciador, centrado na questão da subsidiariedade, encontramos de um lado aqueles para quem a política social deve ser decidida ao nível nacional, em virtude da diversidade das instituições entre Estados membros, fruto de desenvolvimentos sociais e políticos muito diferentes. A Europa Social não teria razão de ser, na ausência de uma identidade europeia forjada sobre valores e princípios comuns. Apenas um conjunto mínimo de normas comuns em matéria de política social seria justificado a fim de assegurar o respeito pelas quatro liberdades fundamentais (do capital, dos bens, dos serviços, e das pessoas). Do outro lado, há aqueles que partem de um conjunto amplo de valores e de princípios comuns consignados na Carta dos Direitos Fundamentais da União para preconizar um papel ativo ao legislador europeu, no sentido de promover o exercício efetivo de tais direitos por todos os trabalhadores europeus independentemente da sua nacionalidade. Além disso, a integração dos mercados, nesta perspetiva, não pode passar sem uma plataforma de direitos suficientemente ampla e substancial para desencorajar qualquer tentativa de obter vantagens competitivas através da redução dos níveis de proteção laboral.

4. Enriquecer o debate através de uma perspetiva histórica. A fim de poder avaliar corretamente o que está em jogo neste duplo debate, que está inevitavelmente ligado à reforma dos mercados de trabalho e à sua adaptação aos desafios da modernidade – económicos, tecnológicos e

sociais – parece útil obter uma perspectiva de conjunto sobre a evolução do direito europeu do trabalho. É a finalidade deste artigo, que se propõe fazê-lo através de uma descrição dos principais desenvolvimentos do direito europeu do trabalho ao longo das quatro últimas décadas, apoiada na distribuição do número de atos normativos adotados ao nível europeu em cada ano compreendido no intervalo 1975-2014. O gráfico seguinte revela quatro períodos distintos que correspondem de modo aproximado às quatro décadas em que se divide aquele intervalo de 40 anos. Neste gráfico⁷¹, o contraste é evidente: enquanto os dois períodos extremos (1975-84 e 2005-14) são caracterizados por uma produção legislativa relativamente modesta, os dois períodos intermédios revelam um grande dinamismo, apenas interrompido por uma paragem em 1995. Um tal perfil temporal não pode ser atribuído à obra do acaso, antes exigindo uma explicação cuidada que ponha em relevo os fatores políticos e institucionais determinantes dessa evolução, bem como a natureza e a importância dos atos adotados.



SECÇÃO 2.

1975-1984: UMA VONTADE DE POLÍTICA SOCIAL SEM OS MEIOS

5. Um Tratado sem dimensão social. Os «pais fundadores» da construção europeia viam a harmonização dos sistemas sociais como o resultado mais ou menos espontâneo do funcionamento do mercado comum e recusavam atribuir à Comunidade Económica Europeia (C.E.E.) um papel ativo na

promoção das políticas sociais. As disposições de política social incluídas no Tratado de Roma eram limitadas ao mínimo necessário para assegurar a liberdade de circulação dos trabalhadores ou prevenir eventuais distorções de concorrência (como era o caso do Art.º 119, acerca da promoção da igualdade salarial entre homens e mulheres). O que caracteriza este primeiro período é assim a falta de uma base específica no Tratado para fundar um direito do trabalho ao nível comunitário. Isso obrigou o legislador europeu a buscar noutras partes do Tratado disposições genéricas, também chamadas «disposições de competência subsidiária», submetidas ao procedimento de voto por unanimidade no Conselho, a fim de encontrar as respostas adequadas ao nível comunitário para os problemas que a integração dos mercados começava a colocar aos legisladores nacionais no domínio social. Era o caso do artigo 100, que permitia adotar «*Diretivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros que tenham incidência direta no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum*». Assim como do artigo 235, dando ao Conselho a possibilidade de agir através de meios legislativos a fim de «*atingir um dos objetivos da Comunidade, sem que o presente Tratado tenha previsto os poderes de ação necessários para o efeito*».

6. O Programa de Ação Social. Durante a Cimeira de Paris de 1972, os Chefes de Estado e de Governo concordaram em subscrever uma declaração comum onde se preconizava uma ação vigorosa no domínio social destinada a dar «um rosto humano» à Comunidade e pediram à Comissão Europeia que apresentasse um conjunto de medidas legislativas. O Programa de Ação Social foi publicado em 1973 e seria o primeiro de uma série de programas de ação propostos pela Comissão no domínio da política social, as chamadas «Agendas Sociais», com a finalidade de oferecer um quadro estratégico às suas ações e criar um ambiente político favorável às suas propostas no seio do Conselho. Este Programa desempenhou um papel decisivo como impulsionador de um direito europeu do trabalho. Propunha-se alcançar três objetivos: o pleno emprego, a melhoria das condições de vida e de trabalho e a promoção da

participação dos parceiros sociais nas políticas comunitárias e dos trabalhadores na vida das empresas⁷².

7. Um primeiro impulso legislativo, cheio de promessas mas de curta duração. Apesar da modéstia dos instrumentos legislativos de que a C.E.E. dispunha, deve-se sublinhar a importância das primeiras medidas adotadas pelo Conselho de Ministros, funcionando com nove membros e votando por unanimidade, entre 1975 e 1980. Elas dizem respeito a matérias que ainda hoje são objeto de legislação específica e deram origem a uma abundante jurisprudência do T.J.U.E.: os despedimentos coletivos, as transmissões de empresas e a proteção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador⁷³. Estas diretivas traduziram a vontade política do legislador comunitário de oferecer um quadro normativo comunitário aos efeitos sociais provocados pelas reestruturações industriais que se seguiram às crises petrolíferas dos anos 70 e à abertura dos mercados no interior da C.E.E., a fim de assegurar uma proteção mínima aos trabalhadores envolvidos e evitar as distorções de concorrência. Embora todas estas diretivas tenham sido revistas mais tarde⁷⁴, elas exerceram à época uma influência efetiva sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, na medida em que impunham normas ou instituições (por exemplo, os fundos de garantia salarial) que não existiam previamente em todos os Estados-membros. Datam também deste período as primeiras diretivas visando a supressão de todas as formas de discriminação conducentes à desigualdade de remunerações entre homens e mulheres e a promoção da igualdade de tratamento em matéria de emprego⁷⁵. Porém, a partir de 1980, este primeiro impulso legislativo seria bloqueado pela oposição sistemática feita pelo novo governo conservador britânico a toda e qualquer iniciativa que procurasse estabelecer uma política social de dimensão comunitária. Isso ia num sentido contrário à direção imprimida por Margaret Thatcher à política interna de desregulação, que privilegiava o voluntarismo e a liberdade contratual e tentava reduzir o impacto da regulamentação interna sobre as relações de trabalho quer individuais quer coletivas.

Os únicos domínios em que o Conselho alcançaria a unanimidade entre 1980 e 1985 seriam os da saúde e a da segurança no trabalho, pois o Reino Unido considerava, aliás com razão, que teria tudo a ganhar com uma harmonização das normas à escala europeia, já que as suas tinham atingido um nível mais elevado de proteção relativamente à da maioria dos restantes Estados-membros⁷⁶. Foi assim que foi adotada em 1980 a primeira diretiva-quadro sobre saúde e segurança no trabalho⁷⁷, a qual estabelecia um programa de fixação de valores limite obrigatórios para a exposição dos trabalhadores a agentes químicos tóxicos prioritários. Quatro diretivas específicas foram adotadas em seguida, uma para cada agente tóxico individual⁷⁸.

SECÇÃO 3.

1985-1994: UM IMPULSO LEGISLATIVO IMPORTANTE MAS LIMITADO E CONTESTADO

8. O Ato Único Europeu. O processo de desmantelamento dos entraves técnicos, regulamentares e administrativos ao comércio de bens e serviços, que se acelera durante os anos 80, vai tornar mais evidentes as tensões entre a necessária harmonização à escala europeia e a manutenção de quadros normativos nacionais, destinados na origem a proteger os direitos dos cidadãos ou simplesmente certos interesses sectoriais. Daí a necessidade de rever em profundidade o princípio de divisão de competências segundo o qual «o económico pertence à Europa e o social aos Estados nacionais». Sem uma política social europeia dotada de meios jurídicos e financeiros apropriados, a construção de um mercado integrado na Europa faria aumentar as disparidades regionais e poria em evidência distorções de concorrência, algumas das quais possivelmente provocadas pelo *dumping* social. Neste âmbito, o Ato Único Europeu de 1986 introduz um corte sistémico de grande significado ao atribuir pela primeira vez à Comunidade competência para adotar atos com valor jurídico (diretivas) destinados a harmonizar parcialmente as condições de saúde e segurança no local de

trabalho, por maioria qualificada, através de prescrições mínimas (Art.º 118-A)⁷⁹.

9. A Carta Comunitária dos Direitos Sociais. Esta importante alteração do quadro de competências comunitárias não deve porém fazer esquecer um segundo desenvolvimento quase simultâneo, este de ordem política: a adoção por onze Chefes de Estado e de Governo presentes no Conselho Europeu de Estrasburgo, em finais de 1989, da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, sob proposta da Comissão⁸⁰. A Carta é um documento de natureza essencialmente declaratória que estabelece uma base de direitos sociais comuns a todos os trabalhadores europeus em doze domínios: liberdade de circulação, emprego e remuneração, melhoria das condições de vida e de trabalho, proteção social, liberdade de associação e negociação coletiva, formação profissional, igualdade de tratamento entre homens e mulheres, informação, consulta e participação dos trabalhadores, proteção da saúde e segurança no trabalho, proteção de crianças, idosos e pessoas com deficiência. A adoção da Carta não significou a rejeição do princípio da subsidiariedade, mas sim uma interpretação algo diferente deste princípio que conduziu a um reforço das competências comunitárias no domínio social: se é verdade que a responsabilidade primeira pela garantia e aplicação dos direitos sociais cabe aos Estados- membros, *a Comunidade possui competências próprias, estabelecidas pelo Tratado de Roma, modificado pelo Ato Único, que ela deve exercer.*

10. O Programa de Ação: uma agenda ambiciosa e de longo alcance. A importância da Carta era política, mas também operacional. No seu parágrafo 28, a Comissão era convidada a apresentar «o mais rapidamente possível» iniciativas «com vista à adoção dos instrumentos jurídicos para a efetiva aplicação dos direitos que são da competência da Comunidade, por forma a acompanhar a realização do mercado interno». A Comissão encarregou-se rapidamente desta tarefa e apresentou um Programa de Ação com 47 propostas referentes a todos os domínios cobertos pela Carta, acrescentando-lhes ainda a promoção do emprego⁸¹. O objetivo declarado

era o de fazer aprovar todas estas medidas antes de 31 de dezembro de 1992, segundo um calendário decalcado sobre o do mercado único. O programa continha 13 medidas legislativas em matérias nas quais a Comissão considerava existir uma competência comunitária (condições de vida e de trabalho, livre circulação, informação e participação dos trabalhadores, igualdade de tratamento). Assim como recomendações não vinculativas sobre proteção social e política salarial. O programa era justificado politicamente como constituindo a contrapartida social da construção do mercado único.

11. Um primeiro salto em frente. Estavam assim criadas as condições políticas e jurídicas mais favoráveis desde o início do processo de integração europeia para o estabelecimento de um direito europeu do trabalho. Entre 1985 e 1994 foram adotados 32 instrumentos jurídicos, dos quais 24 foram novas diretivas e 8 foram revisões. As diretivas sobre saúde e segurança ocuparam naturalmente um lugar proeminente nesta vaga legislativa aberta pela introdução do Art.º 118-A. Treze diretivas neste domínio foram adotadas, entre as quais uma nova diretiva-quadro que continua hoje em dia em vigor⁸², a qual integrou a abordagem anterior centrada nos produtos tóxicos numa nova abordagem mais ampla. A prevenção de acidentes no trabalho ganhou uma importância acrescida, através de normas que generalizaram a instalação de equipamentos de proteção e de sinalização e que criaram mecanismos específicos de proteção dos trabalhadores em setores de atividade considerados de risco elevado.

12. O jogo das bases legais. Porém, a Comissão não se limitou a propor medidas destinadas a proteger os trabalhadores dos riscos materiais ligados ao local de trabalho. Baseando-se numa leitura abrangente do Art.º 118-A, a Comissão propôs medidas destinadas a melhorar as condições de trabalho mesmo quando uma tal melhoria não se traduzisse necessariamente por uma redução do risco de acidente ou de doença profissional⁸³. Foi assim que este Artigo foi utilizado no contexto de um jogo tático que ficaria conhecido como *Treaty-base game*, com o objetivo de permitir a adoção de uma série de medidas que tinham por objeto as condições de trabalho entendidas de

modo mais abrangente. A mais importante foi a diretiva sobre o tempo de trabalho⁸⁴, que viria a tornar-se uma das peças fulcrais do direito europeu do trabalho: fixava a duração máxima do trabalho em 48 horas semanais, estabelecia o direito ao descanso diário e semanal, tornava obrigatórias as férias anuais pagas e impunha várias limitações ao trabalho noturno. Foram igualmente adotadas com esta base jurídica as diretivas sobre trabalhadores jovens e sobre mulheres grávidas, as quais compreendem não só medidas destinadas a reduzir a sua exposição a riscos particularmente nocivos para a sua saúde, mas também a duração da licença de maternidade, a remuneração durante esta licença ou a duração do trabalho dos jovens.

O Reino Unido opôs-se a esta interpretação abrangente do conceito de saúde e segurança, indo ao ponto de invocar perante o T.J.C.E. a nulidade da diretiva 93/104/CE, com base no argumento de que a sua base legal deveria ser o Art.º 100-A2 do Tratado (que exigia a unanimidade de voto no Conselho) em vez do Art.º 118-A. O Governo britânico manifestava assim a sua oposição de fundo à diretiva sobre o tempo de trabalho, apesar de ter obtido importantes concessões durante as discussões no Conselho, tais como a exclusão de um grande número de setores e a possibilidade de um *opt-out* individual ao limite das 48 horas semanais⁸⁵. Todavia, o T.J.C.E. não seguiu esta argumentação e considerou que uma *lex specialis* era mais apropriada do que uma disposição genérica enquanto base legal para um ato jurídico, e que o conceito de saúde deveria ser definido como «um estado de bem-estar total, físico, mental e social»⁸⁶.

13. O bloqueio britânico e os meios de o ultrapassar. Um certo número de propostas apresentadas pela Comissão continuavam bloqueadas no Conselho devido à oposição deste ou daquele Estado-membro, e invariavelmente do Reino Unido, a partir do momento em que não era possível de todo invocar o Art.º 118-A como base legal. Era nomeadamente o caso das propostas destinadas a melhorar as condições de trabalho dos trabalhadores atípicos, estabelecer mecanismos de informação e consulta dos trabalhadores no seio das empresas transnacionais e instituir a licença parental⁸⁷. A fim de ultrapassar este bloqueio e lançar as bases de uma

verdadeira política social europeia, a Comissão começou a trabalhar sobre uma revisão do Tratado de modo a introduzir-lhe um conjunto de princípios e mecanismos legislativos com suficiente solidez para sobre eles se criar um conjunto de normas minimamente coerente. Fê-lo com o apoio de alguns Estados-membros e em colaboração com os parceiros sociais europeus, na sequência do processo inaugurado em Val-Duchesse⁸⁸. A Comissão apresentou as suas propostas na Conferência intergovernamental sobre a União Económica e Monetária, inaugurada em dezembro de 1990, que preparou o futuro Tratado de Maastricht. A negociação foi difícil, pois «os países mais desenvolvidos temiam um progresso social ‘às avessas’, e os menos ricos um aumento incomportável dos seus custos de produção, o que prejudicaria a sua competitividade»⁸⁹. O Governo britânico afirmou-se desde o princípio contrário a qualquer extensão das competências comunitárias no domínio social. A fim de ultrapassarem este obstáculo, os onze Estados-membros restantes decidiram assinar um Acordo de Política Social e anexá-lo ao Tratado de Maastricht sob a forma de um Protocolo com efeito vinculativo, limitado a esses mesmos Estados-membros.

SECÇÃO 4.

1995-2004: UM DIREITO QUE GANHA FORMA DENTRO DE UM QUADRO JURÍDICO ESTÁVEL E COERENTE

14. O Acordo de Política Social. Embora limitado a 11 Estados-membros, o Acordo teve uma influência profunda sobre o desenvolvimento do direito europeu do trabalho. Correspondia já no essencial ao quadro jurídico actual, vindo a sofrer apenas algumas modificações de detalhe durante as revisões posteriores do Tratado. Consagra *uma transferência limitada de poderes* no domínio social, patente em dois elementos chave:

- A ação legislativa no domínio do trabalho é exercida através de diretivas, que fixam *normas mínimas*, deixando assim em princípio ao legislador nacional um amplo grau de liberdade quanto aos meios e os níveis de proteção efetivamente praticados, contanto que estes sejam

estabelecidos acima da norma europeia. A competência comunitária é assim partilhada e não exclusiva.

– São definidas explicitamente os domínios onde a ação comunitária se decide por maioria qualificada (saúde e segurança, condições de trabalho, informação e consulta dos trabalhadores, igualdade entre homens e mulheres) e aqueles onde a regra da unanimidade continua a aplicar-se (despedimentos individuais, representação e defesa coletiva dos interesses dos trabalhadores e condições de trabalho dos nacionais de países terceiros). Além disso, o Acordo exclui explicitamente das competências legislativas comunitárias as matérias relativas à remuneração dos trabalhadores, ao direito à greve e ao *lock-out*.

15. Um papel importante para os parceiros sociais. O Acordo consagra igualmente uma distribuição de papéis original entre as instituições europeias e os parceiros sociais europeus, a quem reconhece competências específicas enquanto atores do processo de regulação. A Comissão deve consultá-los antes de apresentar qualquer proposta no domínio do direito do trabalho. A consulta desenrola-se em duas etapas, tratando a primeira da orientação a dar à iniciativa legislativa, e a segunda do conteúdo previsto para a mesma. Embora a Comissão mantenha o seu poder de iniciativa e não esteja condicionada pelos resultados da consulta, a prática estabeleceu a necessidade de os levar em conta e de justificar a posição tomada. Os parceiros sociais têm também a prerrogativa de poderem iniciar negociações após as consultas lançadas pela Comissão, as quais poderão ser concluídas por acordos quadro. Na prática, esta iniciativa dos parceiros sociais bloqueia o processo de preparação da proposta da Comissão enquanto durarem as negociações. Uma vez assinado o acordo, os parceiros sociais europeus podem optar por pô-lo em prática por via legislativa, solicitando à Comissão que o incorpore numa proposta de diretiva dirigida ao Conselho, ou por via convencional, fazendo uso das normas e práticas próprias do diálogo social em cada Estado-membro.

16. A institucionalização da integração diferenciada⁹⁰. Com a entrada em vigor do Acordo de Política Social em 1 de novembro de 1993, em simultâneo com o Tratado de Maastricht, começava um período de 4 anos durante o qual o direito europeu do trabalho ficou diferenciado em dois ramos definidos segundo a base legal do ato em questão. Por um lado, os atos baseados no Título VIII do Tratado de Maastricht, que se aplicavam aos doze; por outro lado, os atos baseados no Acordo, que só se aplicavam aos onze países signatários do Acordo, e para cuja elaboração só eles contribuíam. Este período de exceção, caracterizado pela divergência fundamental entre o Reino Unido e os restantes Estados-membros quanto à distribuição de competências no domínio da política social entre o nível comunitário e o nível nacional, terminou em 1997 quando o Governo neotrabalhista de Tony Blair deixou cair a oposição do seu país ao Acordo, o que permitiu a sua incorporação no Tratado de Amesterdão. No seguimento, o Governo britânico irá transpor para o direito nacional as diretivas adotadas durante este período excepcional com base no Acordo (ver *infra*, nº 20).

17. O Tratado de Amesterdão. Sendo verdade que o novo Tratado assinado em 1997 se limitou a incorporar o Acordo de 1993⁹¹, dando-lhe assim uma força jurídica vinculando toda a União, ele permitiu, por outro lado, progredir de modo significativo em outros domínios chave da política social, fazendo-a sair da periferia do processo de integração europeia. São de assinalar três inovações importantes:

- A reformulação do Art.º 141 permitiu à União Europeia fazer um uso mais flexível e amplo da sua competência legislativa no campo da igualdade entre homens e mulheres, ao permitir a adoção por maioria qualificada de medidas visando a aplicação deste princípio em todas as matérias relativas ao emprego, incluindo a igualdade de remuneração;
- O novo Art.º 13 deu ao Conselho a possibilidade de adotar por unanimidade medidas destinadas a combater todas as formas de

discriminação desde que baseadas no sexo, na raça ou origem étnica, na religião ou crenças, na deficiência, na idade ou na orientação sexual⁹²;

– O novo Título VIII relativo ao emprego reconhecia a promoção do emprego como uma questão de interesse comum e abria caminho a uma estratégia europeia baseada na coordenação das políticas nacionais de acordo com um procedimento definido com algum detalhe no Art.º 128. Este procedimento serviu de inspiração àquilo que viria a ser o Método Aberto de Coordenação (MAC) adotado nas conclusões do Conselho Europeu de Lisboa de março de 2000, o qual abriu novas perspectivas à ação comunitária naqueles domínios onde as competências legislativas permaneciam um exclusivo dos Estados-membros (a inclusão social, a proteção social, os cuidados de saúde).

18. As novas competências do Parlamento Europeu. O Tratado de Amesterdão reforçou também os poderes do Parlamento, o qual recebeu uma competência de codecisão, em lugar do simples direito de consulta e cooperação que até aí tinha tido, num conjunto vasto de políticas, incluindo a política social. O procedimento de codecisão iria permitir criar uma verdadeira dinâmica de negociação entre parceiros institucionais com poderes quase idênticos. Durante as negociações no âmbito das políticas sociais, o Parlamento daria invariavelmente provas de uma orientação maioritariamente intervencionista e integracionista, apoiando as propostas da Comissão e ultrapassando-as frequentemente pela sua ambição⁹³. Pelo contrário, o Conselho passava a dispor de menos possibilidades para introduzir derrogações e exclusões nas diretivas, (muitas vezes de maneira *ad hoc*) a fim de «contentar» Estados-membros mais recalcitrantes em relação a esta ou aquela disposição.

19. Um segundo salto em frente. A entrada em vigor do Acordo, seguida quatro anos depois pela assinatura do Tratado de Amesterdão, deu lugar a um novo impulso legislativo, durante o qual a União produziu 38 atos jurídicos no domínio do direito do trabalho, dos quais 23 foram novas diretivas e 15 foram revisões ou extensões geográficas. Uma tal evolução

não parecia previsível ao princípio: no seu Livro Branco sobre política social, publicado em 1994⁹⁴, a Comissão tinha declarado que o instrumento legislativo só seria utilizado na medida em que «*isso fosse estritamente necessário para atingir os objetivos da União ou atualizar uma legislação já existente*». A Comissão anunciava porém que não hesitaria em utilizar as novas possibilidades abertas pelo Acordo a fim de alargar o perímetro coberto pelo direito europeu, apesar da exclusão do Reino Unido. De qualquer modo, a atividade legislativa durante este período foi determinante, já que esteve na origem da grande maioria das disposições de direito do trabalho que ainda hoje são de aplicação na União Europeia. Esta atividade desenvolvia-se em parte com base em propostas que figuravam já no programa de ação de 1989 ou que até lhe eram anteriores, cuja adoção ficou facilitada pelo novo quadro jurídico bem como pela composição política do Conselho⁹⁵. Mas outras propostas se acrescentaram no decurso deste período, a fim de responder aos novos desafios colocados pelo desenvolvimento da jurisprudência ou pela evolução do mercado de trabalho.

20. A conclusão do programa de ação de 1989. Logo que o Acordo começou a ser aplicado, a Comissão modificou a base legal das suas propostas bloqueadas no Conselho (ver *supra* nº 13) para que este as pudesse adotar por maioria qualificada, fazendo-as preceder de consultas aos parceiros sociais. Esperava-se que estes, na esteira do seu recente sucesso e das novas competências que lhes estavam atribuídas⁹⁶, encontrassem soluções de compromisso realistas e praticáveis. Foram lançadas de imediato três consultas, com resultados bastante diferentes:

– A criação de uma *estrutura europeia de informação e consulta dos trabalhadores* no seio das grandes empresas e grupos transnacionais, a fim de facilitar o envolvimento dos trabalhadores mais afastados dos centros de decisão, fora pela primeira vez proposta pela Comissão em 1980, mas sem sucesso⁹⁷. Após um primeiro revés dos parceiros sociais, que não puderam concluir as suas negociações, os onze Estados-membros signatários do Acordo adotaram a diretiva 94/74/CEE, a qual

estabelece o direito de criar conselhos europeus de empresa de caráter representativo, com funções de informação e consulta, nas empresas com mais de 1000 assalariados e subsidiárias em pelo menos dois Estados-membros. A diretiva admitia porém uma importante cláusula de flexibilidade destinada a reforçar o seu caráter voluntário: as convenções já estabelecidas por algumas empresas e as respetivas estruturas representativas dos trabalhadores não seriam afetadas pelas modalidades de representação impostas pela nova lei⁹⁸.

– A criação de um dispositivo que permitisse aos dois pais beneficiar de um período de *licença parental* para acompanhar os filhos de tenra idade ou por razões familiares imprevistas deveria contribuir para uma melhor conciliação entre trabalho e vida familiar e, ao mesmo tempo, promover o acesso das mulheres ao mercado de trabalho. Nesta matéria, os parceiros sociais puderam rapidamente assinar um acordo-quadro, o qual seria anexado sem alterações à diretiva 96/34/CE. O acordo estabelecia um mínimo de três anos de licença parental para cada um dos pais e admitia uma dispensa temporária por razões de força maior. Embora a transferência do direito entre os pais fosse admitida (o que diminuía o objetivo declarado de promover a igualdade das oportunidades) e os aspetos relativos à remuneração ficassem ausentes (o que reduziu o seu impacto económico-social), esta diretiva iria exercer um efeito profundo sobre o ordenamento jurídico de um grande número de Estados-membros⁹⁹.

– Desde 1990 que a Comissão procurava assegurar a igualdade de tratamento dos trabalhadores atípicos – os que tinham um contrato a termo, a tempo parcial ou temporário – em relação aos que dispunham de um contrato sem termo e a tempo inteiro. A Comissão não tinha a intenção de limitar o recurso a estas novas formas de trabalho, pelo contrário, ela preconizava o seu desenvolvimento a fim de aumentar a flexibilidade do mercado de trabalho, mas propugnava ao mesmo tempo um maior nivelamento das condições de trabalho e da proteção social. Todavia, o único resultado concreto das suas tentativas foi a adoção da diretiva 91/383/CEE a respeito da igualdade de tratamento em matéria de saúde e segurança no trabalho, com base no Art.º 118-A. Instados a

negociar, os parceiros sociais europeus substituíram a abordagem global até aí seguida pela Comissão por uma abordagem progressiva em que cada categoria de trabalho atípico seria tratada separadamente. O primeiro resultado foi a conclusão de um acordo-quadro sobre as condições de trabalho dos trabalhadores a tempo parcial em 1997, o qual seria incorporado sem alterações na diretiva 97/87/CE. O acordo consagrava o princípio de não discriminação em relação a um trabalhador comparável a tempo inteiro, nomeadamente em matéria de remuneração em que se aplicava o critério de *pro rata*, exceto por razões devidamente justificadas. Um segundo acordo-quadro viria a ser concluído em 1999, desta vez sobre os contratos a termo, dando origem à diretiva 1999/70/CE. Este acordo seguia também o princípio de não discriminação, mas ia além disso e impunha medidas destinadas a impedir a utilização abusiva de contratos a termo sucessivos. Estas duas diretivas contêm um número relativamente elevado de cláusulas não vinculativas, o que indicia a sua origem convencional. Porém, ambas encorajaram os Estados-membros a prosseguirem reformas nos respetivos ordenamentos jurídicos internos, e desempenharam um papel decisivo na regulamentação e expansão das novas formas de trabalho¹⁰⁰.

21. A proteção da saúde e segurança no local de trabalho. Sete novas diretivas foram adotadas durante o período em questão, cobrindo os riscos mais importantes ligados à exposição dos trabalhadores aos agentes químicos, cancerígenos, físicos e biológicos. Em finais de 2005, a União dispunha de um conjunto de normas significativo nesta área, composto por 20 diretivas enquadradas pela diretiva 89/391/CEE, o qual, segundo a análise da Comissão, «*tinha contribuído para insuflar uma cultura de prevenção por toda a União Europeia, bem como para racionalizar e simplificar os sistemas legislativos nacionais*»¹⁰¹. Porém, com respeito à aplicação da legislação no terreno, continuavam a existir numerosas lacunas que «*prejudicavam a realização do seu potencial*». Levar à prática as disposições regulamentares, por vezes bastante detalhadas, era algo que continuava a gerar dificuldades, sobretudo nas microempresas e PME's, bem

como em certos setores como a construção civil ou a agricultura. Mas é inegável que a cultura de prevenção encorajada pelo arsenal legislativo europeu contribuiu de maneira significativa para a queda da taxa de acidentes de trabalho, que se calcula ter atingido os 25% entre 2007 e 2012. Em contrapartida, os dispositivos jurídicos respeitantes à prevenção das doenças profissionais (agentes químicos, físicos, cancerígenos) fizeram nitidamente menos progressos por causa das dificuldades encontradas pelas propostas da Comissão na fase de negociação interinstitucional. Em particular, a fixação de limites à exposição a tais agentes, obrigatórios ou indicativos, está atrasada em relação aos resultados da análise de riscos baseada nos últimos dados científicos conhecidos.

22. A informação e consulta dos trabalhadores no âmbito nacional. No direito comunitário existente, o exercício do direito de informação e consulta pelos trabalhadores dentro da empresa só era admitido em certos casos (despedimento coletivo, transmissão de empresa). As consequências práticas de uma tal fragmentação foram colocadas em evidência quando a fábrica da Renault em Vilvoorde, nos arredores de Bruxelas, foi encerrada em fevereiro de 1997, sem que nenhum procedimento de concertação com os representantes dos 3000 trabalhadores despedidos tivesse tido lugar. As reações no mundo político e sindical a esse acontecimento levaram a Comissão a apresentar uma proposta de diretiva que estabelecia um quadro geral relativo à informação e consulta dos trabalhadores aplicável nas empresas com mais de 50 assalariados ou nos estabelecimentos com mais de 20¹⁰². A diretiva criava certas obrigações ao empregador no caso de os seus assalariados requererem a criação de uma estrutura interna à empresa, com o objetivo de lhes permitir serem informados e consultados em tempo útil sobre a situação da empresa e os seus projetos, nomeadamente em matéria de reestruturações e modificações na organização do trabalho. A consulta deveria permitir a troca de opiniões e um diálogo sem, no entanto, acarretar a obrigação de resultados.

23. O tempo de trabalho. A diretiva 93/104/CE excluía um grande número de setores de atividade do seu domínio de aplicação – os trabalhadores

móveis nos setores de transportes, bem assim como os trabalhadores em plataformas de *offshore* e os médicos em formação. Foram tomadas várias iniciativas a fim de preencher esta lacuna e oferecer uma proteção adaptada às condições de trabalho nos setores em questão. Primeiramente, a diretiva 2000/34/CE, englobando os chamados “setores excluídos”, tornou mais flexíveis as disposições em matéria de tempo de descanso, de trabalho noturno e de compensação pelos tempos de descanso não gozados. Seguidamente, os parceiros sociais europeus setoriais negociaram e concluíram acordos estabelecendo disposições específicas sucessivamente para o transporte marítimo, a aviação civil e o transporte ferroviário internacional¹⁰³. O conjunto das disposições aplicáveis aos setores de transporte deveria igualmente levar em conta as medidas de harmonização adotadas com base nos artigos do Tratado relativos à política comum dos transportes, os quais dão ao legislador europeu, uma competência exclusiva para adotar medidas visando a melhoria da segurança nos transportes coletivos¹⁰⁴.

24. Os trabalhadores destacados. A partir de inícios dos anos 90 o desenvolvimento do mercado interno de serviços, a liberalização dos mercados públicos e o alargamento da União aos países ibéricos levaram à multiplicação de situações em que uma empresa destaca temporariamente uma parte da sua mão-de-obra a fim de realizar trabalhos num Estado-membro diferente daquele onde está estabelecida, quer através de subcontratação, quer numa sua empresa subsidiária. A determinação do direito aplicável a estes trabalhadores destacados colocava problemas novos para os quais o direito europeu não tinha uma resposta clara. Por isso, o T.J.C.E. teve de analisar e decidir sobre uma série de pedidos de decisão prejudicial suscitados por órgãos jurisdicionais nacionais. Em *Rush Portuguesa*¹⁰⁵, para resolver uma questão apresentada por um tribunal francês, o T.J.C.E. definiu com clareza a diferença fundamental entre o estatuto de trabalhador imigrado, que chega a um Estado-membro por sua livre vontade e se integra no mercado de trabalho local, e o trabalhador destacado, que não é mais do que uma das componentes de uma prestação de serviços, por parte do seu empregador direto no território de outro

Estado-membro. Porém, em *Rush Portuguesa* o T.J.C.E. deixava sem resposta uma outra questão: quais deveriam ser as condições de trabalho, e nomeadamente a remuneração, desses trabalhadores durante o período de destacamento? As vigentes no país de origem ou as que eram impostas pela lei do país de acolhimento? O Tribunal tinha deixado subentender que o Estado de acolhimento *poderia aplicar a sua legislação*, mas não foi ao ponto de definir regras precisas, tarefa essa que incumbia naturalmente ao legislador europeu.

Foi pois o Conselho, depois de longas e difíceis negociações¹⁰⁶, que estabeleceu na diretiva 1996/71/CE a regra segundo a qual os trabalhadores destacados estão submetidos a um núcleo duro de normas em vigor no país de acolhimento¹⁰⁷, desde que estas sejam estabelecidas pela legislação ou por convenções coletivas de aplicação geral, e que sejam mais favoráveis do que as do país de origem. Mas a aplicação das normas do país de acolhimento não vai mais além. A igualdade total de tratamento em relação aos trabalhadores locais teria obrigado as empresas prestatárias a conhecer em detalhe todas as normas sociais em vigor nos seus mercados de exportação, o que constituiria um entrave à livre prestação de serviços. Também a imposição de normas que não fossem de aplicação geral teria colocado essas empresas em desvantagem relativamente a concorrentes locais não cobertos por tais normas. A diretiva foi adotada com base nos Art.ºs 57.2 e 66 do Tratado (e não com base nas disposições específicas ao direito laboral), com o fim de reconciliar dois objetivos: por um lado, assegurar aos trabalhadores destacados um nível apropriado de proteção; por outro, favorecer a prestação transnacional de serviços e evitar as distorções de concorrência, exercendo nomeadamente um efeito dissuasor do *dumping* social¹⁰⁸. Tratou-se pois de uma solução de compromisso entre dois objetivos aparentemente contraditórios, a qual se revelou apropriada até aos dias de hoje.

25. A igualdade de tratamento e a não discriminação. As diretivas 2000/43/CE e 2000/78/CE, adotadas com base no Art.º 13 do Tratado de Amesterdão (ver *supra* nº 17), incluem uma série de medidas para combater

a discriminação, direta e indireta, em função respetivamente da raça ou da origem étnica, e da religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual. O domínio coberto pela «diretiva raça» é mais amplo, pois refere-se não só às discriminações que afetam o emprego, como também a outros aspetos da vida em comunidade, tais como a segurança social, a educação ou o acesso aos bens e serviços. Aos Estados-membros impôs-se disponibilizar meios de recurso judicial a fim de permitir que as vítimas de discriminação fizessem valer os seus direitos. Tiveram também de rever os seus procedimentos internos respeitantes ao ónus da prova a fim de se conformarem com o princípio consagrado nestas diretivas de colocar o ónus da prova a cargo do réu empregador¹⁰⁹. O impacto destas medidas e em particular das relativas à discriminação por razões de idade ou de deficiência foi bastante profundo na grande maioria dos Estados-membros¹¹⁰, tendo inclusive servido de justificação para um alargamento do prazo de transposição da diretiva 2000/78/CE solicitado pelos Estados-membros e aceite pela Comissão.

SECÇÃO 5

2005-2014: A REGULAMENTAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO EM QUESTÃO FACE À CRISE ECONÓMICA

26. Uma modéstia comprovada. Em comparação com os dois períodos anteriores, o decénio pós 2005 apresenta-se muito mais modesto em termos de produção legislativa no domínio do direito do trabalho: 6 revisões e 7 novas diretivas, das quais 4 dão valor jurídico a acordos de parceiros sociais e 2 são a conclusão de negociações institucionais iniciadas antes de 2005. Portanto, 13 no total, ou seja, perto de um terço do número atingido no período anterior. Entre as propostas feitas pela Comissão após 2005, há a assinalar uma nova diretiva sobre destacamento de trabalhadores (ver *infra*, nº 29) e duas importantes revisões. A primeira tratou da proteção dos trabalhadores expostos a radiações eletromagnéticas¹¹¹ e foi proposta para obviar certas dificuldades de aplicação prática da diretiva anterior, datada de 2004, em particular no meio hospitalar. A segunda revisão incidiu sobre

a diretiva 1994/64/CE relativa aos conselhos de empresa europeus¹¹². Com esta revisão procurou-se adaptar a legislação à evolução observada no funcionamento destes conselhos, com o fim de o dinamizar e racionalizar, e de clarificar uma série de questões que na prática se vinham colocando no caso de alteração da estrutura das empresas, sem todavia pôr em causa o princípio de voluntarismo presente na diretiva original.

A atividade legislativa da União foi largamente dominada durante os cinco primeiros anos deste período pelas negociações, particularmente difíceis e demoradas, sobre as diretivas relativas à organização do tempo de trabalho e ao trabalho temporário. Após 2010, a atividade legislativa desenrolou-se num clima político bastante adverso devido à crise económica, ao mesmo tempo que a prioridade a nível comunitário se deslocava da regulamentação jurídica das relações de trabalho para o combate ao desemprego e a promoção de reformas estruturais com incidência no mercado de trabalho por via da chamada *soft law*.

27. O livro verde sobre o direito do trabalho. A nova Comissão lançou um debate no início do seu mandato acerca da modernização do direito do trabalho, partindo da constatação de que estava cavado «*um fosso evidente entre os quadros jurídico e contratual existentes e as realidades do mundo do trabalho*», o qual se traduzia pelo aumento contínuo das novas relações contratuais de trabalho e pela diluição das fronteiras entre trabalho assalariado e trabalho autónomo¹¹³. As questões sobre as quais a Comissão convidou ao debate centravam-se nos meios suscetíveis de promover a flexibilidade associada à segurança no emprego. Em particular, a transição para o emprego deveria ser encorajada por uma legislação mais flexível em matéria de proteção do emprego, acompanhada por medidas de apoio mais eficazes às transições de cada indivíduo entre diferentes situações no mercado de trabalho. Introduzia-se também a ideia de criar um limiar de direitos mínimos abrangendo todos os trabalhadores sem distinção entre tipos de contrato. A visão prospetiva subjacente era a de um direito do trabalho que deveria afastar-se do seu postulado tradicional de proteção ao emprego «para toda a vida» para funcionar como fator de favorecimento

das transições no mercado de trabalho e assim contribuir para o objetivo central da estratégia de Lisboa – um crescimento duradouro gerador de empregos mais numerosos e de melhor qualidade. A consulta tornou evidente uma ampla diversidade de pontos de vista e também sérias reservas quanto às possibilidades de sucesso de uma intervenção legislativa ao nível europeu em matéria de regulação de contratos individuais de trabalho.

As conclusões políticas da consulta foram publicadas pela Comissão numa comunicação onde se desenvolveram os princípios comuns da «flexigurança»¹¹⁴. Este novo conceito estratégico iria tornar-se central na abordagem que a Comissão desenvolveu em seguida, sob a forma de uma série de propostas de «*soft law*», as mais importantes das quais foram as recomendações específicas publicadas no contexto do processo de coordenação das políticas económicas e do emprego. O conceito de «flexigurança», e um conjunto de princípios comuns que o consubstanciam, foi subscrito pelo Conselho de Ministros para o emprego e os assuntos sociais de novembro de 2007, durante a Presidência portuguesa, e ratificado pelo Conselho Europeu. Mais tarde, numa análise conjunta acerca dos desafios do mercado de trabalho, os parceiros sociais europeus consideraram o conceito de «flexigurança» útil para fazer face a tais desafios, mas mostraram sempre reservas à sua utilização em políticas concretas, sobretudo do lado sindical.

28. Duas negociações longas e difíceis, com resultados opostos. Como vimos antes (ver *supra* nº 26), a atividade legislativa entre 2005 e 2010 foi largamente dominada pelas negociações sobre as diretivas relativas à organização do tempo de trabalho e ao trabalho temporário.

– *Trabalho temporário.* A Comissão tinha apresentado em 2002 uma proposta de diretiva que estabelecia o princípio de igualdade de tratamento para os trabalhadores temporários em matéria de remuneração e de duração do trabalho¹¹⁵. Era o elo que faltava na cadeia de medidas relativas ao trabalho atípico incluído no programa de

ação de 1989, que nunca se tinha podido concretizar em virtude de um desacordo persistente entre os parceiros sociais. A proposta encontrou, como se esperava, a oposição firme do governo britânico, pressionado pelas organizações patronais deste país (o maior utilizador deste tipo de contrato)¹¹⁶. A questão principal em jogo era a duração do período de carência durante o qual não se aplicaria a igualdade de tratamento. Finalmente, o bloqueio seria desfeito em 2008, durante a Presidência portuguesa do Conselho, graças a uma engenhosa construção que fez endossar aos parceiros sociais britânicos a responsabilidade por encontrar um compromisso específico ao seu país. Assim se fez através da fixação de um período de carência de 12 semanas válido apenas para o Reino Unido. A diretiva 2008/104/CE prevê além disso um conjunto de derrogações à aplicação do princípio de igualdade de tratamento no caso de o trabalhador temporário ter um contrato sem termo com a empresa de trabalho temporário e ser pago entre colocações ou de estar coberto por uma convenção coletiva.

– *Tempo de trabalho*. A Comissão tinha apresentado em 2004 uma proposta de revisão da diretiva sobre a duração e organização do tempo de trabalho¹¹⁷ com o fim de solucionar duas questões deixadas em aberto desde 1993: o período de referência máximo para o cálculo da duração média semanal de trabalho e a aplicação do *opt-out* individual. A Comissão desejava também definir novas regras a propósito do tempo de urgência interna em estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde ou serviços sociais a fim de assegurar a conformidade dos regimes horários praticados nestes estabelecimentos com a jurisprudência constante do T.J.C.E.. Com efeito, nos acórdãos SIMAP, Jaeger e Dellas¹¹⁸, este Tribunal considerara que o tempo de urgência interna dos médicos, enfermeiros, assistentes sociais, etc. deveria ser considerado inteiramente como tempo de trabalho, desde que o pessoal em causa continuasse no estabelecimento à disposição da respetiva entidade empregadora. A primeira proposta da Comissão ia no sentido da flexibilização de todas estas regras: propunha-se a anualização do tempo de trabalho, sem estar dependente de convenção coletiva, a manutenção do *opt-out*, embora submetida a condições mais restritivas

e a um teto semanal de 65 horas e uma definição de tempo de urgência interna onde apenas a «parte ativa» contaria como tempo de trabalho¹¹⁹. O Parlamento recusou todas estas propostas de flexibilização e conseguiu manter uma frente unida entre as principais formações políticas. Durante cinco anos, ao longo de duas leituras e de uma conciliação, o Conselho e o Parlamento tentaram sem sucesso fazer convergir as suas posições. O Conselho, sob Presidência checa, colocado debaixo de uma forte pressão política e mediática do Reino Unido e dos seus numerosos aliados entre os novos Estados-membros, recusou a supressão progressiva do *opt-out* como pretendia a maioria parlamentar. Por conseguinte, a Comissão teve de retirar a sua proposta e passou a aplicar de forma sistemática a jurisprudência SIMAP/Jaeger na análise dos numerosos casos de infração, o que levou a maioria dos Estados-membros a utilizar o *opt-out* individual no setor dos cuidados de saúde e alguns mesmo em todos os setores económicos. Foi-se assim impondo neste domínio uma evolução significativa em que a regulamentação jurídica das relações de trabalho foi perdendo força perante uma abordagem baseada na liberdade contratual entre empregador e trabalhador individual.

29. A diretiva de execução relativa ao destacamento de trabalhadores.

Apesar da clarificação jurídica que trouxe, a aplicação da diretiva 1996/71 continuou a colocar problemas sobretudo depois dos alargamentos da União de 2004 e 2007, face à concorrência crescente proveniente dos prestatários de serviços estabelecidos nos novos Estados-membros. Nos acórdãos *Laval* e *Rueffert*¹²⁰, o T.J.U.E. tinha decidido que as autoridades do país de acolhimento não podiam, de seu livre arbítrio, aumentar o nível de proteção dos trabalhadores destacados no seu território, fora do quadro de aplicação geral da lei ou das convenções coletivas. Estes acórdãos provocaram fortes reações negativas por parte das organizações sindicais, especialmente nos países nórdicos, e levaram os governos sueco, dinamarquês e de certos *Länder* alemães a rever as suas legislações. Em contrapartida, os controlos exercidos pelas inspeções de vários países de acolhimento eram muitas vezes considerados excessivos e inibitórios da liberdade de prestação de

serviços, em particular por parte das empresas instaladas nos novos Estados-membros. Sucediã-m-se ao mesmo tempo as provas de práticas abusivas por parte de algumas empresas que não utilizavam o destacamento senão para escaparem às normas laborais ou às contribuições de segurança social. A resolução prática destes problemas teria exigido uma cooperação eficaz entre as administrações nacionais como aliás preconizava a diretiva 1996/71. Mas esta cooperação revelou-se muito insuficiente, como foi denunciado pela Comissão em dois relatórios publicados em 2006 e 2007¹²¹, onde além disso eram indicados os controlos que se podiam considerar legítimos à luz do Tratado e da jurisprudência.

Convencida de que a razão principal das dificuldades na aplicação da diretiva residia nos seus aspetos administrativos e técnicos, mais do que na sua lógica interna, a qual se baseava num compromisso político entre interesses divergentes difícil de ultrapassar¹²², a Comissão decidiu propor uma série de medidas destinadas a melhorar a sua execução¹²³. Esta abordagem revelou-se eficaz, pois o Conselho e o Parlamento chegaram, dois anos depois, a um acordo sobre um texto que, apesar de numerosas contribuições destas duas instituições, mantém no essencial a proposta original da Comissão. A diretiva 2014/64/UE permite aos Estados-membros controlar e prevenir as fraudes e práticas abusivas, ao mesmo tempo que clarifica quais as medidas de controlo que eles podem utilizar no respeito pelo direito europeu, fixa novas obrigações em matéria de cooperação administrativa, prevê mecanismos de recurso que permitem aos trabalhadores destacados apresentar queixa contra os seus empregadores ou instaurar processos no país de acolhimento, introduz um mecanismo de responsabilidade solidária do subcontratante direto em relação aos salários não pagos¹²⁴ e estabelece um sistema destinado a possibilitar a execução de sanções pecuniárias de caráter administrativo entre Estados-membros.

30. Um diálogo social em perda de velocidade. Após ter trazido soluções a problemas que as instituições não tinham sido capazes de resolver no quadro comunitário (contratos a tempo parcial e a termo certo, licença parental) durante a década de 90, os parceiros sociais interprofissionais

deixaram passar onze anos sem darem qualquer contribuição significativa em termos legislativos. O período pós-2005 apenas viu publicada uma revisão parcial da diretiva 96/34/CE sobre licença parental. A nova diretiva 2010/18/EU aumentou a duração desta licença de 3 para 4 meses, introduziu uma cláusula de não transferibilidade deste direito limitada a 1 mês, assim como medidas destinadas a facilitar o regresso ao trabalho depois do gozo da licença. Os parceiros sociais tentaram ainda rever a diretiva sobre o tempo de trabalho em resposta à consulta lançada pela Comissão em dezembro de 2010¹²⁵, mas encaharam sobre questões muito semelhantes àquelas que, alguns anos antes, tinham bloqueado as negociações entre os legisladores (a permanência ou não do *opt-out*, a contagem do tempo de urgência interno).

O declínio na atividade legislativa dos parceiros sociais interprofissionais pode ser explicado pelo clima de tensão social provocado pela crise económico-financeira de 2008-2009. Era inevitável que o extremar de posições em muitos Estados-membros, e sobretudo naqueles mais sujeitos a medidas de contenção orçamental, se refletisse a nível europeu. Todavia terá também contribuído mas também pela redução do número de consultas com propósitos legislativos iniciadas pela Comissão. Em contrapartida, os parceiros sociais setoriais foram mais ativos. Deve ser sublinhado o importante acordo conseguido pelo setor do transporte marítimo, que incorporou partes substanciais da Convenção sobre Trabalho Marítimo da OIT (MLC 2006) no direito comunitário¹²⁶, e vários acordos concluídos nos setores hospitalar, dos salões de cabeleireiro, dos transportes fluviais e da pesca, todos acompanhados de pedidos de execução por via legislativa¹²⁷.

SECÇÃO 6.

CONCLUSÕES

31. Podem ser avançadas várias razões para explicar o nítido abrandamento da atividade legislativa da EU nos últimos anos, em particular na área social:

– **Um quadro jurídico estável.** Ao contrário dos dois períodos anteriores, não houve qualquer revisão do Tratado que alargasse as bases jurídicas da ação comunitária na área social, ou que operasse uma extensão do voto por maioria qualificada. É verdade que o Tratado de Lisboa consagra um avanço significativo para o direito social europeu – a incorporação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que inclui uma parte substancial de direitos sociais, como parte integrante do Tratado. Mas esta inovação terá sobretudo um papel de salvaguarda dos direitos humanos e sociais contra eventuais tentativas de desregulação ou de regressão por parte deste ou daquele Estado-membro ou instituição, a ser invocada perante as instâncias judiciais. Os limites impostos pelo Art.º 51 da Carta impedem qualquer pretensão de utilizar a Carta como base jurídica para uma iniciativa legislativa: «A presente Carta não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nos Tratados».¹²⁸

– **Um Conselho mais heterogéneo e menos inclinado a utilizar o instrumento legislativo.** A unanimidade no Conselho tornou-se uma impossibilidade prática. A última diretiva adotada por este procedimento data de 2000 (ver *supra* nº 25). A última tentativa da Comissão de fazer adotar um ato normativo por unanimidade, recorrendo ao Art.º 352.1 do Tratado, consistiu numa proposta de regulamento¹²⁹ que definia os princípios e as regras aplicáveis ao exercício do direito à greve em situações de possível conflito implicando vários Estados-membros, numa tentativa de conciliar aquele direito com as liberdades económicas (de prestação de serviços e de estabelecimento). Esta proposta, também chamada «Monti II», que procurava clarificar a situação jurídica no seguimento da controvérsia criada pelos acórdãos *Viking* e *Laval*¹³⁰ saldou-se, porém, por um fracasso. Teve de ser retirada face à falta de consenso no Conselho e ao «cartão amarelo» mostrado por 12 parlamentos nacionais que pela primeira vez fizeram uso do protocolo nº 2 do Tratado relativo à subsidiariedade. Igualmente as soluções de compromisso com base em

maiorias qualificadas ficaram mais difíceis de alcançar depois do alargamento de 2004, por causa da maior diversidade de interesses em jogo e de realidades nacionais. A revisão abortada da diretiva tempo de trabalho em 2009, além de ter deixado marcas profundas no ambiente de trabalho institucional, forneceu uma ilustração esclarecedora acerca do novo equilíbrio de forças no seio do Conselho. É igualmente significativo que, entre as cinco iniciativas legislativas previstas na última agenda social da Comissão, publicada em 2005¹³¹, nem uma só chegasse á fase de proposta, por falta de apoio da parte dos Estados membros ou dos parceiros sociais.

– **Uma União mais disposta a utilizar os instrumentos de «soft law».** Ao contrário do que alguns autores temiam na época, o Método Aberto de Coordenação (MAC), lançado em finais dos anos 90 (ver *supra* nº 17), não exerceu um efeito de substituição em relação à ação legislativa mas sim um efeito de complementaridade¹³². Em contrapartida, a profunda reforma dos mecanismos de coordenação das políticas económicas e do emprego iniciada a partir de 2005 no seguimento das críticas feitas no relatório Kok sobre a estratégia de Lisboa, arrastou uma ocupação progressiva do espaço próprio do direito do trabalho por instrumentos de «soft law», entre os quais se salientam as recomendações específicas por país no quadro do Semestre Europeu. Temas como a legislação de proteção do emprego, a fragmentação do mercado de trabalho, os mecanismos de organização e flexibilização do tempo de trabalho e a determinação dos salários tornaram-se recorrentes em tais recomendações. Têm-se sucedido também as iniciativas sem poder vinculativo destinadas a orientar a ação dos governos nacionais em matérias tradicionalmente no âmbito do direito laboral: as recomendações do Conselho relativas à Garantia para a Juventude e a um quadro de qualidade para os estágios¹³³, a comunicação da Comissão acerca de um quadro de qualidade para a antecipação das mudanças e das reestruturações¹³⁴ e a proposta da Comissão de criar uma plataforma europeia contra o trabalho não declarado¹³⁵.

– **Uma Comissão apostada na melhoria da qualidade do instrumento legislativo.** Frequentemente pressionada pelo Conselho Europeu, a Comissão vem colocando desde 2010 o objetivo de «Melhor legislar» entre as suas prioridades estratégicas e tem introduzido, em consequência, uma série de reformas nos seus métodos de trabalho internos. As novas propostas legislativas devem sem exceção ser precedidas por uma avaliação *ex ante* dos respetivos impactos económico, social e ambiental, e as consultas públicas numa fase ainda inicial da sua elaboração tornaram-se a regra¹³⁶. Todos estes procedimentos internos acarretam uma muito maior demora na fase de elaboração das propostas. Além disso, uma grande parte do acervo legislativo comunitário encontra-se atualmente submetido a um exame em profundidade no quadro do programa REFIT com vista a determinar se há razões para proceder a revisões, supressões ou consolidações¹³⁷. Na área do direito do trabalho quase todos os atos em vigor terão sido submetidos a uma avaliação *ex post* até meados de 2016. A prioridade passou, por isso, da proposta de novos atos jurídicos à avaliação e revisão do que existe.

32. Um novo impulso legislativo para o direito europeu do trabalho?

Hoje em dia, o direito europeu do trabalho encontra-se numa encruzilhada. Colocam-se um número de questões de fundo quanto à sua evolução futura num clima económico e social marcado pelas consequências da crise de 2008-09, e em primeiro lugar, por um desemprego muito elevado e persistente numa grande parte da União. As posições ideológicas acima descritas (ver *supra* nº 3) extremaram-se a ponto de nos perguntarmos se são ainda possíveis compromissos no terreno das negociações interinstitucionais ou entre parceiros sociais interprofissionais. Será que há condições para fazer regredir a tendência recente e dar origem a um novo impulso legislativo que estabeleça regras comuns ao espaço europeu, a fim de fazer face aos principais desafios que se colocam aos mercados de trabalho, tais como o aumento da precaridade, a segmentação ou o desemprego? Muitos o têm defendido e exigido, nas organizações sindicais, no mundo académico e no Parlamento Europeu. Porém, não se tem

observado por parte dos Estados-membros sinais de desejarem recorrer à legislação europeia para oferecer um quadro normativo comum às medidas de política nacional. Pelo contrário, os Estados procuram ou furtar-se ao impacto da legislação social europeia (o caso mais evidente é o do Reino Unido) ou proceder a reformas no âmbito nacional, que vão geralmente no sentido de uma flexibilização dos mecanismos de proteção do emprego, da duração do trabalho e dos salários, sem pôr em causa o direito comunitário¹³⁸. É por isso pouco credível que a nível europeu se assista a um reforço da tendência intervencionista de cariz legislativo, pois isso iria no sentido contrário ao que se está produzindo a nível nacional.

33. Um retorno à institucionalização da integração diferenciada? No quadro do debate lançado no Reino Unido a propósito da renegociação do seu estatuto no seio da UE, vários *think-tanks* têm sugerido o «repatriamento» das competências no domínio do direito social¹³⁹, ou pelo menos a possibilidade para um Estado-membro de negociar um *opt-out* em relação a toda a legislação social existente e introduzir um procedimento de travagem para qualquer legislação futura nesta área. Isto conduzir-nos-ia a uma situação semelhante àquela que foi vivida transitoriamente na União entre 1993 e 1997 (ver *supra* nº 16). Porém, ao contrário do que então sucedeu, quando só o Reino Unido estava isento de aplicar alguns dos atos jurídicos em vigor, uma tal opção, uma vez alargada a vários Estados-membros, seria geradora de múltiplas geometrias variáveis. Tendencialmente, esta opção acarretaria uma corrida à redução dos custos regulamentares o que teria como corolário uma redução do nível de proteção dos trabalhadores e uma regressão da coesão social. Representaria também uma ameaça direta ao funcionamento do mercado interno em virtude da multiplicação de normas específicas de âmbito nacional, as quais não deixariam de criar entraves adicionais às empresas desejando estabelecer-se ou prestar serviços fora do seu território de implantação.

34. Uma «aligeiramento» do direito europeu do trabalho? Iremos nós na direção de uma redução do número de atos jurídicos e de uma revisão das disposições mais detalhadas, de modo a substituir medidas vinculativas no

âmbito do direito do trabalho por normas mais genéricas próprias da *soft law*? Segundo esta perspetiva¹⁴⁰, o nível comunitário deveria ocupar-se da cooperação e da adoção de recomendações ou de diretivas quadro de conteúdo bastante diferenciado, deixando aos Estados-membros a autonomia necessária para encontrar soluções apropriadas para os problemas específicos ao nível nacional e aos diferentes modelos sociais. Trata-se, sem dúvida, de uma opção interessante pois ela oferece a promessa de poder ultrapassar o bloqueio que atualmente trava a adoção de normas sociais com efeito jurídico pelas instituições comunitárias. Podem, contudo, colocar-se várias questões quanto à eficácia desta abordagem, num domínio como o social, tão submetido à volatilidade das escolhas políticas dos governos e à tentação de obter ganhos de competitividade de curto prazo à custa da redução dos níveis de proteção laboral. Os exemplos do MAC no quadro da estratégia de Lisboa ou dos acordos voluntários entre parceiros sociais não permitem fundar muitas esperanças na eficácia de uma tal abordagem, se ela não for combinada com um sistema de controlo e de sanções de base jurisdicional.

35. Uma adaptação às novas realidades do mundo do trabalho apoiada num diálogo social renovado. Os exercícios de avaliação conduzidos atualmente no quadro do REFIT deverão poder fundamentar propostas de revisão de um conjunto de instrumentos jurídicos de grande importância (saúde e segurança, tempo de trabalho). Para que tais propostas tenham hipóteses de serem bem sucedidas, num ambiente interinstitucional marcado por divergências profundas acerca do papel e da direção que o direito do trabalho deve ter a nível europeu, será necessário que sejam adaptadas às novas necessidades de flexibilidade por parte das empresas mas também dos assalariados e aos novos modos de organização do trabalho, em que trabalhadores economicamente dependentes mas não assalariados ocupam um lugar cada vez mais importante. De que serve prescrever uma série de disposições muito detalhadas para o trabalho exercido num local debaixo do controlo direto do empregador, quando hoje em dia uma grande parte dos assalariados exerce as funções com grande autonomia? Será igualmente necessário que esta nova geração de propostas

legislativas deixe aos Estados membros a amplitude suficiente para que possam adaptar as normas europeias às suas condições individuais, evitando-se normas demasiado detalhadas e precisas. Tratar-se-ia, de certo modo, de «um retorno às origens», isto é, de retomar o propósito original inscrito no Art.º 153 (2b) do Tratado de adotar «prescrições mínimas progressivamente aplicáveis, tendo em conta as condições e regulamentações técnicas existentes em cada um dos Estados-membros». Poder-se-á nestas condições perspetivar uma renovação da atividade legislativa a nível europeu, eventualmente apoiada no despertar do diálogo social, desde que os parceiros sociais se apercebam de uma real vontade de ação por parte da Comissão e das instituições com poder legislativo.

-

⁶⁶ As opiniões expressas neste artigo apenas comprometem o seu autor e não representam de nenhum modo as posições assumidas ou a assumir pela Comissão Europeia

⁶⁷ Ver entre outros: G. FALKNER, O. TREIB, M. HARTLAPP E S. LEIBER, *Complying with Europe – EU harmonisation and soft law in the Member States*, Cambridge University Press, 2005. A evidência documental apresentada neste trabalho revela que todas as diretivas analisadas tiveram um impacto alto ou médio sobre a legislação portuguesa. No entanto, não existe uma análise específica do efeito do direito europeu do trabalho sobre o direito português.

⁶⁸ S. SCIARRA, *The evolution of Labour Law (1992-2003)*, European Commission, 2005, p. 53.

⁶⁹ Consideraremos aqui apenas as diretivas, excluindo as recomendações e as decisões. Para uma visão de conjunto sintética deste acervo, ver: Commission Européenne, *Droit du travail et conditions de travail*, Guide Europe Sociale, vol. 6, OPUE, 2014. Para uma análise mais detalhada, ver: PH. WATSON, *EU social and employment law*, Oxford University Press, 2009.

⁷⁰ A legislação relativa à coordenação dos direitos em matéria de segurança social, a livre circulação dos trabalhadores e a política de imigração não está incluída na presente análise.

⁷¹ O gráfico foi elaborado a partir de um gráfico semelhante publicado por G. FALKNER E.A., *Complying with Europe – EU harmonisation and soft law in the Member States*, op. cit. p. 47, e completado pelo autor para os anos posteriores a 2003, com base em critérios idênticos.

⁷² O Programa de Ação Social viria a ser aprovado por uma resolução do Conselho em Janeiro de 1974, depois de lhe serem introduzidas alterações que lhe amputaram o alcance. Ver J.O.C.E., C 013 de 12 de Fevereiro de 1974, p. 1.

⁷³ Diretivas 75/129/CEE (despedimentos coletivos), 77/187/CEE (transmissões de empresas) e 80/987/CEE (insolvência do empregador).

⁷⁴ As revisões foram adotadas entre 1992 e 2002 e tiveram por finalidade adaptar estes dispositivos à evolução da jurisprudência e à nova problemática resultante das reestruturações transnacionais de empresas.

⁷⁵ Diretivas 75/117/CC (igualdade de remuneração) e 76/207/CEE (igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que respeita ao acesso ao emprego, à formação e à promoção profissionais, e às condições de trabalho).

⁷⁶ Ver C. BARNARD, *EC Employment Law*, John Wiley and Sons, 1995, p. 251.

⁷⁷ Diretiva 80/107/CEE de 27 de novembro de 1980, a respeito dos riscos químicos, físicos e biológicos.

⁷⁸ Esta abordagem à política de prevenção conheceria várias dificuldades de aplicação e longas negociações, que lhe reduziram a eficácia. Foi por isso substituída em 1989 por uma nova abordagem (ver *infra* n° 11). Para uma análise detalhada da produção normativa neste domínio, ver L. VOGEL E J. BUELENS «Protection et sécurité au travail – l’influence du droit communautaire sur le droit belge du bien-être au travail», in *Droit du travail européen – Questions spéciales* (D. MARTIN, M. MORSA E PH. GOSSERIES coord.), Larcier, Bruxelles, 2015, p. 327.

⁷⁹ Deve-se, porém, realçar as limitações e precauções com que tal passo foi dado. O n° 2 do Art.º 118-A estabelece que tais prescrições devem ser *progressivamente* aplicáveis, devem ter em conta as condições e regulamentações técnicas *existentes em cada Estado-membro* e devem evitar impor disciplinas (...) que contrariem *a constituição e o desenvolvimento de pequenas e médias empresas*.

⁸⁰ O Reino Unido, representado por Margaret Thatcher, contestou o fundamento e mesmo a utilidade de estabelecer orientações comunitárias nesta matéria e não assinou a declaração, que só viria a ser subscrita nove anos mais tarde sob o Governo de Tony Blair.

⁸¹ COM(89)568 de 29 de novembro de 1989. Comunicação respeitante ao programa de ação relativo à aplicação da Carta comunitária dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores.

⁸² Diretiva 89/391/CEE do Conselho, de 12 de junho de 1989, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho.

⁸³ A formulação do Art.º 118-A era suficientemente ambígua para permitir uma tal leitura: «Os Estados-membros empenhar-se-ão em promover a melhoria, nomeadamente das condições de trabalho, para promoverem a segurança e a saúde dos trabalhadores, e aceitam como objetivo a harmonização das condições mais avançadas existentes nesse domínio». Ver e.a. PH. WATSON, *EU social and employment law*, op. cit. p. 54.

⁸⁴ Diretiva 1993/104/CE do Conselho de 23 de novembro de 1993, relativa a certos aspetos da organização do tempo de trabalho, J.O.C.E., L 307, de 13 de dezembro de 1993.

⁸⁵ Esta oposição de fundo do Reino Unido à regulamentação do tempo de trabalho a nível europeu manteve-se até aos dias de hoje e constitui uma das razões invocadas pelo Governo conservador,

assim como por numerosos *think tanks* e grupos de interesses ligados aos meios patronais britânicos, para reivindicar um *opt out* geral do capítulo de política social do Tratado.

⁸⁶ Acórdão do TJCE de 12 de novembro de 1996, C-84/94. Ver C. BARNARD, *EC Employment Law*, *op. cit.* p. 305.

⁸⁷ Apenas uma proposta feita com base no Art.º 100 conseguiu obter a unanimidade no Conselho: a que conduziu à adoção da diretiva 91/533/CEE, a qual estabelecia para o empregador a obrigação de informar o trabalhador por escrito sobre as condições aplicáveis ao contrato ou à relação de trabalho.

⁸⁸ O diálogo social inaugurado em Val-Duchesse por iniciativa de Jacques Delors esteve na origem de uma série de acordos e de declarações concluídos entre os parceiros sociais europeus (C.E.S. e U.N.I.C.E.) após negociações bipartidas. O resultado mais importante de tal processo foi sem dúvida o acordo concluído a 31 de outubro de 1991, sobre a revisão do Tratado, o qual foi incorporado na proposta apresentada pela Comissão.

⁸⁹ J. DELORS, *Mémoires*, Olivier Orban, 2003, p. 237.

⁹⁰ Termo introduzido por D. DINAN, *Europe recast: A History of the European Union*, Lynne Rienner Publ., 2004, e utilizado por PH. WATSON, *EU social and employment law*, *op. cit.* p. 55.

⁹¹ O Acordo passou a constituir o novo Título XI – Política Social, artigos 136 a 139.

⁹² Muitos Estados-membros tinham já incorporado nas suas legislações nacionais os princípios de igualdade e de não discriminação enunciados nas convenções do Conselho da Europa, da OIT e das Nações Unidas.

⁹³ O Parlamento, pela voz da sua Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais, fez frequentemente uso da sua faculdade de «convidar» a Comissão a fazer propostas legislativas num vasto conjunto de matérias, através de relatórios de sua iniciativa sem força vinculativa, mas que obrigavam a Comissão a justificar a sua posição.

⁹⁴ COM(94) 333 de 27 de julho de 1994, «*Politique sociale européenne – Une voie à suivre par l’Union*».

⁹⁵ Aquando da assinatura do Tratado de Amesterdão, 10 dos 15 primeiros-ministros ou chefes de Estado com assento no Conselho Europeu eram membros de partidos socialistas ou social-democratas.

⁹⁶ Ver *supra* nota 23, e paragrafo nº 15.

⁹⁷ Tratava-se da famosa proposta Vredeling apresentada em 1980, substituída pela proposta Richard de 1983.

⁹⁸ Foram assinadas mais de 600 convenções implicando a criação de instâncias europeias de diálogo ou de concertação ao nível da empresa, também chamadas «acordos de antecipação», até à data de expiração do prazo dado aos Estados-membros para a transposição da diretiva.

⁹⁹ G. FALKNER e.a. *Complying with Europe – EU Harmonisation and soft law in the Member States*, op. cit., pp. 140 e ss.

¹⁰⁰ Idem, pp. 159 e ss.

¹⁰¹ COM(2004)62 de 5 de fevereiro de 2004.

¹⁰² Diretiva 2002/14/CE. A oposição dos Estados-membros que não dispunham à data de qualquer mecanismo de concertação no seio das empresas foi ultrapassada por recurso à possibilidade de um período transitório de 6 anos, durante o qual aqueles limites foram sendo progressivamente reduzidos.

¹⁰³ Todos estes acordos foram incorporados em diretivas do Conselho, respetivamente: 1999/63/CE, 2000/79/CE e 2005/47/CE.

¹⁰⁴ É o caso da diretiva 2002/15/CE, que fixa as regras do tempo de trabalho para o setor dos transportes rodoviários interurbanos.

¹⁰⁵ C.J.C.E., 27 de março de 1990, C-113/89. Neste acórdão, o Tribunal decidiu que «*uma empresa estabelecida em Portugal que fornece prestações de serviços (...) num outro Estado-membro pode deslocar-se com o seu pessoal que ela manda vir de Portugal durante o tempo que duram os trabalhos em questão*».

¹⁰⁶ A Comissão havia apresentado a sua proposta seis anos antes: COM(1991)230 de 28 de junho de 1991.

¹⁰⁷ As condições de trabalho impostas pela lei local que devem ser respeitadas são indicadas no Art.º 3(1) e incluem os períodos máximos de trabalho, as férias anuais pagas, a taxa de salário mínimo, a saúde e segurança no local de trabalho e a igualdade entre géneros.

¹⁰⁸ Para uma análise detalhada da diretiva 97/71, bem como da jurisprudência comunitária de antes e depois da diretiva, ver M. MORSA «*La directive 2014/67/EU relative à l'exécution de la Directive 96/71/CE concernant le détachement des travailleurs: vers une plus grande effectivité des droits sociaux fondamentaux des travailleurs détachés?*», in *Droit du travail européen – Questions spéciales* (D. MARTIN, M. MORSA ET PH. GOSSERIES coord.), op. cit. p. 367.

¹⁰⁹ Este princípio era já aplicado nos casos de discriminação entre homens e mulheres em virtude de uma jurisprudência constante, que foi codificada na diretiva 97/80/CE relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no género.

¹¹⁰ Portugal transpôs a diretiva por ocasião da revisão do Código de Trabalho de 2003. Em particular, o princípio de inversão do ónus da prova foi admitido na redação dada ao Art. 23º.

¹¹¹ Diretiva 2013/35/CE.

¹¹² Diretiva 2009/38/CE.

- ¹¹³ COM(2006)708 de 22 de novembro de 2006, «Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI».
- ¹¹⁴ COM(2007)359 de 27 de junho de 2007, seguida por conclusões adotadas pelo Conselho de Ministros em dezembro de 2007.
- ¹¹⁵ COM(2002) 701 de 28 de novembro de 2002.
- ¹¹⁶ O Reino Unido foi porém apoiado por outros Estados-membros, e nomeadamente pela Alemanha, o que lhe permitiu manter o bloqueio por seis anos.
- ¹¹⁷ COM(2004) 607 de 22 de setembro de 2004. A diretiva em revisão era a diretiva 2003/88/CE, resultante da consolidação da diretiva original de 1993 com a diretiva «setores excluídos» de 2000.
- ¹¹⁸ Ver respet. C.J.C.E., C-303/98, C-151/02 e C-14/04.
- ¹¹⁹ A Comissão viria a alterar a sua proposta em 2005 num sentido mais protetor, refletindo o conteúdo da primeira leitura do Parlamento, e visando uma aproximação entre as duas instituições. COM (2005) 246 de 31 de maio de 2005.
- ¹²⁰ Ver C.J.C.E. C-341/05 e C-346/06.
- ¹²¹ COM(2006) 159 de 4 de abril de 2006 e COM(2007) 304 de 13 de junho de 2007.
- ¹²² Foi esta também a conclusão do relatório Monti de 2010. Ver «*Une nouvelle stratégie pour le marché unique*», relatório apresentado ao Presidente da Comissão Europeia, José Manuel Barroso, por Mario Monti, 9 de maio de 2010.
- ¹²³ COM(2012) 131 de 21 de março de 2012.
- ¹²⁴ Mecanismo limitado ao setor da construção civil e que pode ser substituído pelo cumprimento de deveres de diligência devida, conformes ao direito nacional.
- ¹²⁵ COM(2010) 801 de 21 de dezembro de 2010.
- ¹²⁶ O acordo foi anexado sem alterações à diretiva 2009/13/CE.
- ¹²⁷ O acordo relativo à prevenção dos ferimentos provocados por objetos cortantes nos setores hospitalar e da saúde foi posto em prática pela diretiva 2010/32/UE do Conselho de 10 de maio de 2010. O acordo relativo ao tempo de trabalho no setor da navegação fluvial foi posto em prática pela diretiva 2014/112/EU do Conselho de 19 de dezembro de 2014. Os dois restantes acordos continuavam a ser examinados pela Comissão em finais de 2015.
- ¹²⁸ Para uma análise detalhada do impacto do Art.º 51 da Carta, ver B. BERCUSSON, «Episodes on the path towards the European Social Model – the EU Charter of fundamental rights and the Convention on the future of Europe», em *The future of labour law*, (C. BARNARD, S. DEAKIN E G. MORRIS dir.), Hart Publishing, 2004.

¹²⁹ COM(2012) 130 de 21 de março de 2012..

¹³⁰ C.J.C.E., C-438/05 de 11 de dezembro de 2007 e C-341 de 18 de dezembro de 2007, respetivamente.

¹³¹ Respetivamente: a proteção dos dados de carácter pessoal dos trabalhadores, a atualização das diretivas sobre as transmissões de empresas e os despedimentos coletivos, a codificação das disposições relativas à informação e consulta dos trabalhadores e um quadro opcional para a negociação coletiva transnacional. Ver COM (2005) 33 de 9 de fevereiro de 2005.

¹³² Ver em apoio desta tese G. FALKNER e.o. *Complying with Europe – EU harmonisation and soft law in the Member States*, *op. cit.*, p. 54; e S. SCIARRA «The making of EU labour law and the future of labour lawyers», em *The future of labour law*, *op. cit.* p. 201.

¹³³ Adotadas pelo Conselho respetivamente em 22 de abril de 2013 e 10 de março de 2014.

¹³⁴ COM(2013) 882 de 13 de dezembro de 2013.

¹³⁵ COM(2014) 221 de 9 de abril de 2014.

¹³⁶ Esta nova abordagem repercute-se também nos acordos dos parceiros sociais submetidos à Comissão para endosso ao Conselho, os quais devem ser precedidos por uma avaliação dos seus efeitos.

¹³⁷ COM(2014) 368 de 18 de junho de 2014: «Programa para adequação e a eficácia da regulamentação (REFIT): situação atual e perspetivas».

¹³⁸ Para uma síntese das principais tendências observadas na reforma estrutural dos mercados de trabalho, ver EUROPEAN COMMISSION, «A decade of labour market reforms in the EU: Insights from the LABREF database», *European Economy, Economic Papers*, 552, July 2014.

¹³⁹ CIVITAS, *EU Renegotiation: fighting for a flexible Union*, Londres, setembro de 2013; e THE FRESH START PROJECT, *Manifesto for Change – A new vision for the UK in Europe*, Londres, janeiro de 2013.

¹⁴⁰ Desenvolvida entre outros por F. Scharpf «The European Social Model – coping with the challenges of diversity», *Journal of Common Market Studies*, 2002, vol. 40, nº 4, pp. 645 a 670.

CIDADÃOS EUROPEUS E CIDADÃOS NACIONAIS: INCLUSÃO COM DIFERENCIAÇÃO?

Fátima Pacheco

Doutora em Direito da União Europeia pela Universidade Católica do Porto; membro integrado do CEDU – Centro de Investigação de Direito da União Europeia do Minho; membro do CEI – Centro de Estudos Interculturais; Docente no ISCAP – Politécnico do Porto

1. Breve Enquadramento do Tema

A cidadania europeia é uma cidadania de sobreposição, cuja sua natureza se alicerça na nacionalidade. Este direito fundamental é a base sob a qual se aspira criar uma identidade europeia.

Ainda que não completamente autonomizada da cidadania nacional a cidadania da União “acresce” à dos Estados-membros e conhece significativos direitos que lhe estão associados (art.s 9.º, 10.º, n.º 2, 11.º, n.º 4 TUE; 20.º, n.º 2, 21.º a 24.º TFUE; 39.º a 46.º da CDFUE), ampliando os direitos dos nacionais dos Estados-membros. Inicialmente excluía-se da sua previsão os não nacionais, todavia, foi-se assistindo à ampliação dos seus beneficiários. Assim, o conteúdo actual dos direitos de cidadania, engloba: direitos reservados a cidadãos da União; direitos atribuídos a

indivíduos ligados à União pela sua residência; e direitos atribuídos a qualquer pessoa.

Se volvermos a jurisprudência do TJUE sobre os direitos de cidadania, somos levados a concluir que a “cidadania de mercado” foi dando passos no sentido da sua autonomização, para se revelar como um instrumento de participação e inclusão a uma nova entidade, cuja natureza transcende a lógica da integração económica. Com efeito, partindo das liberdades fundamentais de mercado, o TJUE dissociou o conceito de “trabalhador” de “cidadão europeu”, desvinculando-o da justificação económica das liberdades e da necessidade de circulação. Veremos então quais os momentos que marcaram esta genial construção, com o especial intuito de descortinar se o TJUE, presentemente, trilha pelos caminhos da inclusão ou se relembra a diferenciação entre o “nós” e os “outros.”

2. A Faceta Humana e Cívica da Cidadania Europeia: a Pertença a uma Identidade Política Autónoma

Foi em 1998 que o Tribunal iniciou o seu percurso no sentido da desvinculação da cidadania relativamente à necessidade de exercer uma actividade económica. Com efeito, Maastricht anunciava a abertura da União a domínios políticos e a vinculação aos direitos fundamentais. Assim, deve ter sido com agrado que a Senhora *Martinez Sala*¹⁴¹, espanhola e residente na Alemanha desde 1968, viu ser-lhe atribuída uma prestação familiar automaticamente destinada a cidadãos alemães, apesar de não possuir cartão de residência nem estar a trabalhar quando solicitou tal vantagem social. Nas palavras do advogado-geral JACOBS a não discriminação em razão da nacionalidade deveria ser o «mais fundamental» dos direitos conferidos pelo Tratado e o «factor de base» da cidadania da União. Pelo que qualquer cidadão poderia invocar a proibição da discriminação em razão da nacionalidade em todas as situações abrangidas pelo âmbito de aplicação *ratione materiae* do direito da União – como era o caso da concessão de uma prestação social. Não fosse assim o Tribunal teria consentido que um tratamento desigual, em razão da nacionalidade, obstasse à mobilidade dos cidadãos, não hesitando em afirmar que a situação da Senhora *Martinez* revelava directamente do âmbito de aplicação *ratione personae* das disposições do Tratado que versavam sobre a cidadania! Por via desta jurisprudência, o Tribunal ensinava que o direito de residir em qualquer Estado-membro era inseparável da cidadania e autónomo do direito de livre circulação económica. Desta forma, o Tribunal lançou as bases de um novo conceito jurídico-político cuja essência transcendia o vínculo da nacionalidade. Tratava-se, portanto, de edificar uma nova qualidade subjectiva a atribuir aos nacionais dos Estados-membros, qualidade essa que decorria do direito primário.

Nesse quadro, não suscitou admiração que o Tribunal no acórdão *Grzelczyk*¹⁴², em Setembro de 2001, conjugando a cidadania e a não-discriminação, tivesse declarado que aqueles direitos têm vocação para ser

o “estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-membros” e, que tal estatuto permite a invocação da igualdade de tratamento em todas as situações *ratione materiae* abrangidas pelos Tratados e pelas medidas adoptadas para a sua aplicação. Ora, aquele princípio, por sua vez, justificaria que as prestações sociais de um regime não contributivo não fossem apenas reconhecidas aos trabalhadores, mas também a estudantes. Desta forma o Tribunal exortava que o DUE deveria comportar alguma «solidariedade financeira» por parte dos Estados-membros de acolhimento relativamente aos beneficiários do direito de residência, caso as dificuldades económicas tivessem carácter transitório.

Com efeito, pouco a pouco, as decisões do Tribunal iam espelhando as necessidades de uma sociedade em mobilidade, frisando que era da natureza da integração fomentar o sentido de inclusão a uma nova entidade política que se ia fazendo. Por isso, não nos espantou que o casal *Zambrano*¹⁴³, notificado de uma ordem de expulsão para o seu país de origem, ou seja, a Colômbia, ascendente de dois menores nascidos em território da União – tivesse obtido autorização de permanência na Bélgica – para assim não privar Diego e Jessica (seus descendentes) do “gozo efectivo do essencial dos direitos” associados ao seu estatuto, tal como impunha a interpretação do art. 20.º TFUE. A decisão do Tribunal foi generosa: não só os meninos tinham direito de residir naquele país onde tinham nascido sem nunca terem circulado pela Europa; como os seus pais, nacionais de Estado terceiro, tinham um direito derivado de lá permanecerem. Por outro lado, discutiu-se ainda o direito ao subsídio de desemprego e afirmou-se que *Zambrano* deveria obter uma autorização de trabalho, a fim de garantir a subsistência do seu agregado familiar. O Tribunal, conjugando os então art.s 12.º, 17.º e 18.º CE com os art.s 21.º, 24.º e 34.º CDFUE, proclamou a desnecessidade da deslocação dos indivíduos para efectivar o gozo dos direitos de cidadania e eliminou a distinção entre cidadãos estáticos e dinâmicos. A concessão da autorização de residência determinaria a aplicabilidade da cidadania a cidadãos não-activos, por via da proibição da discriminação em razão da nacionalidade, previsto no art. 18.º TFUE, interpretado de modo a impedir a discriminação inversa¹⁴⁴ provocada pelo não exercício dos direitos

previstos no art. 21.º TFUE: o direito de circular e o direito de permanecer de forma a desligar o último da dependência do primeiro. Assim, a importância deste acórdão é imensa: ultrapassa a necessidade do exercício de uma actividade económica; permite aceder ao padrão de jusfundamentalidade europeia; e prova a identidade própria da cidadania, desconsiderando a necessidade de situações transfronteiriças. Ora, é certo que em 8 de Março de 2011, data do acórdão, a CDFUE já não estava no limbo onde permanecera desde que fora elaborada. Não obstante, aquando da elaboração das Conclusões, a advogada-geral SHARPSTON salientou que o seu art. 7.º, que protege o direito fundamental à vida familiar, não era ainda suficiente, por si só, para estabelecer o “nexo de conexão” necessário para desencadear a aplicação do DUE. Na verdade, os factos que consubstanciavam este caso tinham ocorrido antes de a Carta gozar de força de direito primário, razão pela qual SHARSTON não deixou de alertar que brevemente o Tribunal teria de se conformar com essa situação que, segundo ela, implicaria uma verdadeira “mutação constitucional”.

Por isso, não suscitou admiração que o TJUE, receoso dos efeitos magnéticos que uma Europa de «porta aberta» poderia causar, viesse esclarecer o seu caminho, frisando a necessidade da verificação de um concreto “nexo de conexão” com o DUE para determinar a aplicabilidade do feixe de direitos que caracteriza a cidadania. Com efeito, em Maio de 2011, vem afirmar que Senhora *McCarty*¹⁴⁵, com dupla nacionalidade inglesa e irlandesa, casada com um jamaicano, não podia conferir ao seu cônjuge um direito de residência no RU, onde ela sempre residira. Embora tivesse afirmado que a situação *sub iudice* não era puramente interna, o Tribunal não teve dúvidas em afirmar que a sua decisão a privaria do gozo do essencial dos direitos relacionados com o seu estatuto ou dificultaria o seu direito fundamental de circular e residir livremente.

Prosseguindo por um caminho de cautela, a jurisprudência *Dereci*¹⁴⁶ vem revelar as zonas de sombra da repartição de competências entre a União e os Estados (controlo da imigração), recusando a um nacional turco o direito ao reagrupamento familiar e à residência, devido ao seu cônjuge,

austríaco, nunca ter exercido a livre circulação nem depender dele para subsistir. Esta jurisprudência, exaltando que apenas a necessidade do abandono de todo o território da união é que integraria o critério *Zambrano*, demonstra as hesitações do TJUE em aplicar as decorrências da protecção da vida familiar, consagrada na Carta como um direito de todos. Assim, quer parecer que o Tribunal não integra o direito ao respeito pela vida familiar a fim de consubstanciar a privação do que seja o “essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão”. Como consequência desta posição, os filhos do casal *Dereci* ficaram afectados pela situação de discriminação inversa causada pelo não exercício, por parte da sua mãe, da deslocação transfronteiriça e da sua suficiência económica.

Na realidade, a sombra do economicismo marcou esta decisão. Consciente desta vicissitude, o Tribunal endossou o problema aos Estados, relembrando-os dos seus compromissos para com a CEDH, em concreto o seu art. 8.º, optando por interpretar estritamente o art. 51.º, n.º 1 da Carta e, por consequência, salientar os limites das competências atribuídas à União. Fosse lá como fosse, no final de ambas as histórias, os menores *Zambrano*, com ascendentes não nacionais, acabaram por gozar da protecção familiar e os menores *Dereci*, com um ascendente cidadão, poderiam – afinal – vir a não gozar idêntico direito!

Este caminho, de aparente involução, prosseguiu em acórdãos posteriores. Ainda em 2011, o *O.S. e L*¹⁴⁷, confirmou o indeferimento da autorização de residência a título de reagrupamento familiar a famílias compostas. Tratava-se da situação de nacionais de Estados terceiros (Gana e Argélia), sem meios de subsistência para residirem na Finlândia, que eram pais biológicos dos segundos filhos (segundo casamento) de nacionais de Estados terceiros com estatuto de residentes legais, por sua vez, ex-cônjuges de cidadãos europeus, e, por isso, mães de cidadãos europeus menores (primeiro casamento). Uma vez mais, o Tribunal recordava que o art. 20.º TFUE apenas obstava a medidas que tinham por efeito “privar” os cidadãos do “gozo efectivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadania”, parecendo não ser determinante manter a unidade

familiar destes agregados. Precisando o alcance do acórdão *Zambrano*, o TJUE, recordaria que tal critério era excepcional, pois exigia a verificação de uma relação de dependência económica que colocasse o cidadão na inevitabilidade de abandonar todo o território da União e, com isso, destruindo o efeito útil dos direitos de cidadania.

Atente-se que – ainda que coerente com o receio de vagas de “turismo social” – o TJUE não deixou de exortar os Estados de que a aplicação da Directiva do reagrupamento familiar (2003/86) deveria ser feita de modo a respeitar os direitos fundamentais que vinculam a União, onde se deveriam incluir os preceitos da Carta (art.s 7.º e 24.º, n.º 2 e 3). Ademais, não deixou de salientar que o direito interno deveria ser interpretado em conformidade com o DUE, garantindo o respeito por aqueles direitos na sua aplicação por parte dos Estados. Acresce que o TJUE teve o cuidado de realçar que a autorização de reagrupamento não concedia margem de apreciação aos Estados, antes lhes impunha obrigações precisas, pois atribuía direitos subjectivos aos nacionais de Estados-terceiros legalmente residentes. Na sua fundamentação recordou que a Directiva, efectivamente, concedia aos Estados a exigência da prova dos recursos estáveis e suficientes, mas não deixou de sublinhar que tal exigência deveria ser verificada relativamente ao requerente do reagrupamento, no caso, as cidadãs europeias – ainda que o agregado pontualmente recorresse à assistência social. Ou seja, não deixou de exigir que a apreciação do Estado, quanto à concessão ou não concessão do reagrupamento fosse feita à luz dos direitos fundamentais (*v.g.* o interesse das crianças e a vida familiar), tal como protegidos pela União. Neste quadro, quer parecer que – ainda aqui – o Tribunal trilhou pelo caminho da humanização e pela expansibilidade dos direitos previstos na Carta.

Também a Senhora *Adzo Alokpa*¹⁴⁸, togolesa, mãe de gémeos nascidos no Luxemburgo e reconhecidos pelo pai como franceses, vendo-lhe recusado o estatuto de asilo e de tolerância, bem como de autorização de residência no Luxemburgo na sua qualidade de membro de família a cargo de cidadão europeu, tendo recebido uma ordem de abandono do

Luxemburgo, vê a sua situação analisada sob o prisma dos direitos fundamentais: a conjugação do art. 20.º TFUE, com os arts. 20.º, 21.º, 24.º, 33.º e 34.º da Carta e a aplicação da Directiva 2004/38. Na verdade, em princípio, sem possuir o estatuto que solicitava não poderia beneficiar de uma proposta de trabalho que recebera no Luxemburgo. Ora, era precisamente a possibilidade de não concretização de “recursos futuros” que poderia impedir – nos termos do art. 7.º, n.º 1, da Directiva – o sustento de Jarel e Eja (seus descendentes), nacionais franceses, titulares de um direito de residência no Luxemburgo, ao abrigo do art. 21.º TFUE.

Com efeito, o advogado-geral (par. 55 e 56) frisa que uma vez que se tratava de cidadãos franceses de tenra idade – que gozariam do direito incondicional de aceder e permanecer no território de que eram nacionais *Adzo* deveria beneficiar, por força do art. 20.º TFUE, do direito derivado de acompanhar e residir com seus filhos em França, para assim não os privar do gozo efectivo do essencial dos direitos de seus filhos: a necessidade do abandono do território da União, juntamente com sua mãe. Desta forma tornar-se-ia possível a Jarel e Eja usufruírem do objectivo contido na Directiva 2004/38, ou seja, do reforço do direito à livre circulação dos cidadãos!

Pensamos que este processo, apesar da sua opacidade, ilustra o espírito de inclusão europeu, tendo, inclusive, o advogado-geral MENGOZZI voltado a equacionar, no par. 34 das Conclusões, se o superior interesse das crianças e o respeito pela vida familiar (art.s 24.º, 7.º, 33.º da Carta) não deveriam flexibilizar os pressupostos da Directiva tornando desnecessária a prova dos recursos suficientes, ainda que tal raciocínio conduzisse ao ultrapassar dos limites do art. 51.º, n.º2 da Carta. Pelo que nos quer parecer que a mutação constitucional a que SHARPSTON se referia volta sempre a bater à porta do TJUE.

3. A Faceta Social da Cidadania Europeia: os Sinais da Crise e uma Breve Referência à Situação Portuguesa

Mais recentemente – apesar do Tribunal afirmar que todos os cidadãos (estáticos e activos) são abrangidos pelo âmbito pessoal dos Tratados, englobando nos direitos associados ao seu estatuto de cidadania o direito de: entrar, circular, residir e obter vantagens sociais nos mesmos termos dos nacionais dos Estados de acolhimento, temos de registrar que aquela instituição tem revelado uma tendência restritiva no que concerne à faceta social da cidadania. Com efeito, no que toca à atribuição de prestações sociais aos cidadãos economicamente inactivos, o Tribunal tem recuado as suas tendências expansivas. Esta sua postura permite-nos questionar sobre o actual alcance do direito fundamental à livre circulação, enquanto direito primário e elemento verdadeiramente fundador da construção europeia, e, por outro lado, denuncia a tolerância do TJUE para com a diferenciação entre os cidadãos europeus.

Neste quadro, *Dano*¹⁴⁹, cidadã romena que nunca trabalhara – não obstante possuir uma autorização de residência, invocar o princípio da não discriminação e o direito de permanência resultante do art. 20.º TFUE – viu a sua pretensão de recebimento de prestações de sociais destinadas a assegurar a sua subsistência negada. Sendo certo que o art. 24.º, n.º 2 da Directiva 2004/38 concretiza uma derrogação ao princípio da igualdade de tratamento previsto no art. 18.º TFUE, de que o n.º 1 do mesmo dispositivo constitui concreta expressão; e que a Senhora *Dano*, residente há mais de três meses e menos de cinco anos na Alemanha, nunca tinha procurado emprego; e que, por essa circunstância, se situava na previsão do art. 7.º, n.º 1, al. b) da Directiva o Tribunal decidiu que ela não possuía recursos suficientes (para si e seu filho), nem assistência médica pessoal – pelo que poderia tornar-se uma sobrecarga não razoável para a segurança social alemã, durante o período de residência.

Assim, a questão que se levantava era se os Estados poderiam excluir cidadãos carenciados de «prestações pecuniárias especiais de carácter não contributivo», atribuídas a nacionais em idêntica situação. Questão a que o Tribunal respondeu que tal poderia acontecer relativamente a cidadãos que não preenchessem os requisitos da residência legal, nos termos exigidos pelo direito derivado.

Com esta decisão o Tribunal regressou à dicotomia cidadãos activos e não activos! Na verdade, relativamente aos primeiros, a Directiva proclama que quem exerce actividade profissional (ou membros familiares), beneficia de um direito de residência incondicional (considerando 18 e art. 16.º, n.º 1 da Directiva). Já relativamente aos segundos, sublinha a necessidade dos recursos próprios suficientes, conforme estipula o n.º 1, al. b) do art. 7.º daquele diploma (par. 78 do Ac. *Dano*). Assim sendo, nos três primeiros meses (art.s 6.º, 14.º, n.º 1 e 4, al. b) da Directiva), ou antes de adquirir residência permanente, o benefício da residência encontra-se subordinado ao previsto no art. 7.º, n.º 1, al. b) e 14.º, n.º 2 daquele diploma, libertando os Estados da obrigatoriedade da concessão daquelas prestações.

Nestes termos, o Tribunal esclarece que a cidadania não pode implicar a sua instrumentalização à captura de benefícios sociais concedidos pelos outros Estados, circunstância que – quer se concorde quer não – condiciona o direito de residência dos cidadãos estáticos que não disponham de recursos suficientes! A não ser assim – aos olhos do Tribunal – poder-se-ia verificar uma deslocação de pessoas na Europa, em busca de melhores condições de vida. Tais benefícios são considerados como prestações de assistência social e apenas devem ser concedidos aos residentes que cumpram as condições da Directiva, a qual prevê uma derrogação à igualdade de tratamento entre os nacionais do Estado-membro de acolhimento e os que requerem a concessão daquele tipo de prestações – como foi referido.

Invocando a jurisprudência *Fransson*¹⁵⁰, o Tribunal não deixou de frisar que a fixação das condições de concessão de prestações pecuniárias de carácter não contributivo a atribuir a pessoas que entram nos seus territórios

com o objectivo de procurar emprego, pertence ao âmbito de competência do legislador de cada Estado-membro – aproveitando para salientar o carácter restritivo que presidiu à elaboração das cláusulas horizontais da Carta, em especial do seu art. 51.º

Prosseguindo nesta posição, o Tribunal, também em 2014, negou a mesma pretensão a *Nazifa Alimanovic*¹⁵¹, de nacionalidade sueca, ainda que ela tivesse trabalhado menos de um ano e se encontrasse ainda a procurar emprego na Alemanha, Estado de acolhimento, não sem antes ter qualificado aquela vantagem como prestação de assistência social. Sendo tais prestações destinadas a quem não dispõe de recursos suficientes para a sua sobrevivência e, por consequência, podendo os requerentes transformar-se numa sobrecarga para as finanças públicas do Estado-membro de acolhimento, o Tribunal reconheceu o fundamento (par. 60) para a Alemanha as negar.

Neste quadro, conforme decorre da jurisprudência *Vatsouras e Koupatantze*,¹⁵² aos Estados-membros de acolhimento não é exigível que concedam prestações de sociais no período inicial dos três meses de livre circulação (ou por período superior) – podendo exigir a comprovação de meios de subsistência e de assistência médica a cidadãos não nacionais – todavia, atente-se, o Tribunal não deixa de recomendar que antes de qualquer denegação automática se deve verificar a existência da qualidade de trabalhador dos requerentes ou a existência de ligações reais ao seu mercado de trabalho!

Neste quadro, quer parecer que é necessário provar a duração do exercício de uma actividade económica para se poder aceder a tais prestações, sem que tal requisito ofenda o princípio da igualdade de tratamento entre cidadãos que tenham feito uso da sua liberdade de circulação e de residência e os cidadãos do Estado de acolhimento, apesar do conteúdo de tal princípio constituir o principal direito fundamental que assiste aos cidadãos europeus. Aos olhos do TJUE, aquela desigualdade consubstancia uma «consequência inevitável» da Directiva 2004/38, pois o legislador é claro ao exigir a prova dos recursos suficientes enquanto

requisito de residência (art. 7.º, n.º 1, al. b)) aceitando o facto de que não se pode criar encargos intoleráveis para o regime de segurança social dos Estados-membros.

Este entendimento fundamentou idêntica recusa a *Jovanna García-Nieto*¹⁵³ que não logrou provar ao órgão jurisdicional de reenvio a existência de um vínculo real entre ela e o mercado de trabalho na Alemanha, onde residia. Saliente-se, sem prejudicar, que o advogado-geral WATHELET frisou que o princípio da igualdade impunha que os Estados-membros não excluíssem “automaticamente” um cidadão de tais benefícios, mesmo durante os primeiros três meses, sem exaurirem as possibilidades de demonstração do vínculo real do requerente com o mercado geográfico de trabalho onde se encontrasse – como era o caso. Na realidade, *Jovanna* encontrava-se, efectivamente, a procurar emprego na Alemanha e o processo revelava a existência de laços de natureza pessoal do requerente (companheiro de facto) para com o restante agregado. Ora, de acordo com a opinião do advogado-geral, os elementos resultantes do contexto familiar deveriam integrar o conceito de vínculo exigível a apreciar por parte das jurisdições nacionais, no respeito do princípio da proporcionalidade.

Apresentadas tais conclusões em 4 de Junho de 2015, estamos em crer que WATHELET, apesar de não ir contra as suas conclusões nos processos anteriores, não fechou a janela da humanização para que “eles” sejam ainda uma parte de “nós”.

Todavia, já sabemos que o Tribunal reiterou a jurisprudência anterior, afirmando que um Estado pode excluir certas prestações de assistência social, destinadas à subsistência a cidadãos que procuram emprego. Com efeito, a interpretação dos art.s 18.º e 45.º, n.º 2, TFUE, dos art.s 4.º e 70.º do Reg. n.º 883/2004, de 29 de abril de 2004 (coordenação dos sistemas de segurança social), em conjunto com n.º 2, do art. 24.º, da referida Diretiva, permitem tal não concessão a quem se encontre numa situação enquadrável na previsão do seu art. 14.º, n.º 1 – o que era o caso do companheiro e do filho de *Jovana*.

Neste quadro, vale a pena recordar que também em Portugal se têm verificado estas situações. Com efeito, o pedido de fiscalização sucessiva da constitucionalidade de algumas disposições do DL n.º 133/2012, de 27 de Junho, em concreto, no que concerne à dependência do prazo de três anos (para estrangeiros) de residência legal em Portugal para poder beneficiar do RSI, prova a actualidade da questão. O Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade do art. 6.º, n.º 1, al. b), e n.º 4, da Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio, na redacção que lhe foi dada pelo art. 5.º do DL n.º 133/2012, de 27 de Junho, devido à pouca relevância na despesa no orçamento global da Segurança Social¹⁵⁴. Na sua fundamentação, o TC apreciou a exigência da “residência legal” e do seu período mínimo de duração e confrontou o critério da “permanência” e da “residência.” É importante salientar que algumas declarações de voto alertaram para a circunstância de também a União admitir um regime diferenciado entre cidadãos da Europa e cidadãos nacionais, no que respeita a prestações não contributivas destinadas a garantir o mínimo de subsistência. Afirmção aliás já produzida anteriormente a propósito do pedido de apreciação de inconstitucionalidade da alínea a), do n.º 1, e do n.º 4 do art. 6.º da mesma Lei, interposto pelo Provedor de Justiça¹⁵⁵, a propósito da exigência do período mínimo de residência legal em território nacional para poder aceder ao RSI, por violação do princípio da igualdade. Na verdade, também este último acórdão refere a tolerância para com a existência de regime diferenciado entre cidadãos da União e cidadãos nacionais do Estado-membro de acolhimento, no que respeita a aquelas prestações.

Uma vez que a jurisprudência da União se revela decisiva para aferir da compatibilidade do direito interno com os compromissos decorrentes da União e para ser possível descortinar se o TJUE prossegue na diferenciação entre o “nós” e os “eles” em matéria social, pensamos que se justifica prosseguir uma investigação neste domínio, para nos ser possível compreender os caminhos que está a indicar aos órgãos jurisdicionais nacionais e às suas administrações.

4. Breve Conclusão

O direito de residência permanente materializa a integração de um cidadão nacional de um Estado-membro no território de outro. Por isso, ainda que a implementação destes direitos implique pesadas consequências nos regimes de segurança social estaduais, é preciso dar como assente que são os direitos de cidadania – nas suas múltiplas facetas – que viabilizam a Europa dos cidadãos e a identidade europeia.

Nesta matéria, temos de registar que o percurso recente do Tribunal tem revelado a tensão entre o que proclama o direito originário (Carta incluída) e o direito derivado, de que a Directiva 2004/38 constitui o melhor paradigma. As respostas do Tribunal – é certo – deixarão marcas indeléveis na economia dos Estados-Membros. Porém, é nossa convicção que os sinais de intolerância que se têm vindo a sentir na Europa apenas conseguirão ser ultrapassados se a identidade europeia se reafirmar.

Sendo a cidadania o estatuto fundamental dos cidadãos o seu exercício tem, pelas razões expostas, de comportar um certo grau de solidariedade transnacional entre os sistemas de segurança social estaduais. A não ser assim, estes direitos fundamentais poderão transformar-se numa desoladora «concha vazia». Por isso, não obstante as preocupações da sustentabilidade e a inexistência de uma concepção europeia sobre protecção social, estamos em crer que apenas a CDFUE poderá densificar uma cidadania verdadeiramente inclusiva. Se assim o fizermos a Europa poderá transformar-se um espaço comum para “nós” e para “eles, se assim não o fizermos corremos o risco de vivificar a Europa da diferenciação. Veremos então o que o futuro nos reserva.

-

¹⁴¹ Ac. de 12/5/98, *Martinez Sala*, proc. C-85/96.

¹⁴² Ac. de 20/09/2001, *Grzelcyk*, proc. C- 184/99.

¹⁴³ Ac. de 8/3/2011, *Ruiz Zambrano*, proc. C-34/09.

- ¹⁴⁴ Vale a pena transcrever o par. 144, das mesmas Conclusões: « (...) sugiro ao Tribunal de Justiça que o artigo 18.º TFUE seja interpretado no sentido de que proíbe a discriminação inversa causada pela interação entre o artigo 21.º TFUE e o direito nacional que implica a violação de um direito fundamental protegido pelo direito da União Europeia, quando não estiver prevista uma proteção pelo menos equivalente no direito nacional».
- ¹⁴⁵ Ac. de 5/05/2011, *Shirley McCarthy*, proc. C-434/09.
- ¹⁴⁶ Ac. de 15/12/2011, *Murat Dereci*, proc. C- 256/11.
- ¹⁴⁷ Ac. de 6/12/2011, *O.S. c. Maahanmuuttovirasto*, proc. C-356/11 e C-357/11.
- ¹⁴⁸ Ac. de 10/10/2013, *Adzo Alopka*, proc. C-86/12.
- ¹⁴⁹ Ac. de 11/11/2014, *Elisabeta Dano*, proc. C- 333/2013.
- ¹⁵⁰ Ac. de 26/2/2013, *Hans Fransson*, proc. C- 617/10.
- ¹⁵¹ Ac. de 15/9/2015, *Nazifa Alimanovic*, proc. C- 67/2014.
- ¹⁵² Ac. de 4/6/2009, *Vatsouras e J. Koupatantze*, proc. C- 22/08.
- ¹⁵³ Ac. de 4/6/2015, *Jovanna Garcia-Nieto*, proc. C-299/14.
- ¹⁵⁴ Ac. 296/2015 do Tribunal Constitucional Português, proc. 1057/14.
- ¹⁵⁵ Ac. n.º 141/2015 do Tribunal Constitucional Português, proc. n.º 136/14.

SOBRE A POLÍTICA EUROPEIA PARA AS PENSÕES DE REFORMA

Marta Coimbra

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. O *Welfare State* na integração europeia

Prolongando e complementando as solidariedades familiares e comunitárias, os sistemas públicos de Segurança Social emergem do projeto político que veio a consolidar-se no pós-2ª Guerra dentro das fronteiras europeias.

Com efeito, o espaço europeu afirmou-se como palco privilegiado da introdução dos direitos sociais enquanto símbolo da própria cidadania e do progresso (DEEP/MSST, 2003: 9 e ss.). A particularidade do capitalismo europeu do pós-Guerra, quando confrontado com os outros grandes blocos económicos, foi, precisamente, a de combinar o funcionamento da economia de mercado com a defesa de patamares mínimos de exercício dos direitos sociais (MARQUES, 2011).

Desde logo, tratou-se de um fenómeno de natureza política à escala europeia: o célebre *Welfare State*, esse Estado de bem-estar social, constituiu o mecanismo básico de legitimação das democracias modernas (BISLEV, 1997: 4; KLEINMAN, 2002: 134).

Contudo, e partindo deste denominador comum, vale a pena lembrar que o continente europeu acolheu uma diversidade de regimes públicos de proteção social, nascidos de contextos históricos e sociais particulares, distintos entre si, e que, face aos desenvolvimentos, são tradicionalmente agrupados em três modelos: o modelo nórdico universalista, o modelo corporativista da Europa continental e o modelo liberal anglo-saxónico (ADNETT e HARDY, 2005: 21 e ss.; NATALI e STAMATI, 2013:7).

O modelo nórdico está mais associado aos ideais Beveridgianos de uma proteção social generalizada, financiada diretamente pelo Estado através de receitas fiscais¹⁵⁶. O modelo continental desenvolveu-se a partir da estrutura de Segurança Social concebida pelo chanceler alemão Otto von Bismarck no final do século XIX, numa lógica contributiva, que aplica quotizações proporcionais sobre os rendimentos do trabalho com o propósito de garantir prestações compensatórias da diminuição ou perda de rendas aquando da verificação de determinados riscos sociais (ROSANVALLON, 1984: 117 e ss.). Por seu lado, o modelo anglo-saxónico apresenta uma ligação mais íntima com a economia de mercado: durante os anos oitenta, com o governo de Margaret Thatcher no Reino Unido, o Estado afasta-se da proteção social, deixando-se substituir por entidades privadas, cuja atividade fomenta (HINRICHS, 2001: 81-82).

Assim, e embora os Estados europeus seguissem caminhos próximos em matéria social, não podemos considerar que tenham caminhado conjuntamente.

Essa tendência de diferenciação mantém-se, aliás, entre o conjunto de países que, anos mais tarde, se libertam do comunismo e vêm a fazer a transição para uma economia de mercado. A título de exemplo, invocamos o caso da Eslovénia, que transita para a construção de um sistema de Segurança Social, em contraposição com o da Polónia, onde o fim do comunismo vem a significar uma privatização maciça em matéria social (NATALI e STAMATI, 2013: 9).

Nestes processos de edificação das componentes sociais dos Estados, a União Europeia sempre se manteve, contudo, afastada, conservando

competências nas autoridades nacionais.

À União sempre interessou, acima de tudo, consolidar o mercado comum, no trilho de uma integração económica cada vez mais intensa, pautada pelo aprofundamento das liberdades clássicas. A esfera económica foi o espaço de intervenção tradicional da estrutura comunitária, pelo que as preocupações sociais, quando surgiram, surgiram funcionalizadas a propósitos de teor económico (CARVALHO, 2014; MCCORMICK, 2008: 315).

Porém, à medida que o projeto europeu ganha amplitude, as preocupações sociais são inevitavelmente trazidas para o plano supranacional da integração regional¹⁵⁷. Pelo menos em termos formais (GEYER, 2000)¹⁵⁸.

Consolidada a união económica com a Comissão Delors, no final dos anos oitenta, a dimensão social começa a emergir, apesar de timidamente, e sempre limitada à problemática do emprego, pelo que os consensos estiveram essencialmente voltados para o mercado de trabalho, pela relação de proximidade e interdependência com a integração económica¹⁵⁹. Assim se ia privilegiando a figura do trabalhador em detrimento da figura do cidadão¹⁶⁰.

De facto, o sucesso da integração europeia no plano económico nunca teve correspondência em matéria social (TAYLOR-GOOBY e LARSEN, 2004). A cidadania europeia foi sendo constituída sob o pressuposto de aproximar trabalhadores enquanto força produtiva de um mercado comum e as políticas sociais, escassas, foram sempre instrumentalizadas a objetivos de natureza económica, apostas apenas na medida em que podem concorrer para a sustentação de um mercado interno mais eficiente (TAYLOR-GOOBY e LARSEN, 2004: 186)¹⁶¹.

Enquanto o processo de integração vai limitando a autonomia dos Estados individualmente considerados, pela pressão que exerce sobre as variáveis económicas, não há, por outro lado, uma orientação firme e consensual no espaço europeu quanto às opções que hão-de ser feitas em matéria de direitos sociais¹⁶². Ao mesmo tempo, as instituições europeias

também acusam falta de poderes para intervir, poderes esses que os Estados-Membros resistem a ceder¹⁶³.

Pese embora todas as tentativas, a verdade é que a componente social, tanto em termos de abrangência como em termos de profundidade, nunca chegou a estar verdadeiramente representada nas políticas europeias (GEYER, 2000; ADNETT e HARDY, 2005: 5).

Assim, e embora o projeto fundador da União Europeia previsse uma integração ao nível económico, político e social, a verdade é que o progresso foi-se notando (quase) exclusivamente no plano económico (GEYER, 2000; KLEINMAN, 2002: 109; BOLONI et al., 2004).

Acresce que, na medida em que as aproximações à política social variam fortemente entre os Estados-Membros, é particularmente difícil alcançar consensos supranacionais nesta matéria¹⁶⁴.

1.1. O modelo social europeu: *deficit social europeu*?

Pese embora as diversidades que constatamos, no momento em que se reúnem esforços em prol da integração europeia, o modelo social é assumido politicamente como um denominador comum aos Estados europeus. A cidadania social, atribuída por cada país em face de um concreto condicionalismo, acaba funcionalizada à afirmação da cidadania europeia, como se se tratasse de uma conquista comunitária.

Reivindicando a conceção de um modelo comum de intervenção social, a Europa projeta-se como um paradigma para o mundo desenvolvido. Surgia o célebre Modelo Social Europeu (doravante, MSE), mencionado pela primeira vez no Livro Branco sobre a Política Social de 1994, e que ficou associado à preservação de um clima de solidariedade e justiça social entre os cidadãos à escala da União Europeia.

Enquanto movimento político, social e ideológico, o MSE difundiu-se no meio académico e nas instituições europeias como uma alternativa ao modelo de mercado puro preconizado pelos EUA, elencando um conjunto

de valores comuns aos Estados Europeus, que os tornavam defensores de patamares mínimos de bem-estar para os seus cidadãos. Todavia, e conforme nos diz MARQUES (2011: 37):

*“Embora o MSE seja encarado como um todo, a verdade é que continuam a subsistir diferenças entre os países que o compõem. Todos reconhecem que não há um modelo único na Europa”*¹⁶⁵.

A ambiguidade que se faz notar quanto à definição do MSE explica-se, precisamente, pela heterogeneidade dos vários modelos que o compõem, e que, na verdade, não coincidem nos seus pressupostos mais fundamentais¹⁶⁶.

Como tal, o MSE acabou por funcionar como um instrumento ao serviço da construção de uma identidade europeia, estando na base de um fenómeno político que KVIST e SAARI (2014) identificam como a “europeização da proteção social”. A nosso ver, tratou-se de uma evidência *a posteriori*, baseada em valores e objetivos relativamente comuns, cuja validade não fica, contudo, a dever-se à dinamização das instituições europeias¹⁶⁷.

A concorrer para este entendimento está o facto de a intervenção europeia no domínio social ter sido arquitetada com base num método aberto de coordenação (*Open-Method of Coordination*), que não visa a vinculação dos Estados a orientações concretas emitidas pela esfera comunitária, mas apenas uma cooperação intergovernamental (TAYLOR-GOUBY e LARSEN, 2004: 186; ADNETT e HARDY, 2005: 203; KVIST e SAARI, 2014).

O próprio artigo 34º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, reforçando, sob a epígrafe “segurança social e assistência social”, o tão aclamado MSE, não chega, contudo, a consagrar uma harmonização das políticas estaduais, mas tão-só uma mera coordenação (CARVALHO, 2014)¹⁶⁸. No mesmo sentido aponta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, exigindo que a União apoie e complemente as atividades

dos Estados-Membros no domínio da proteção social (artigo 153º) e tenha em conta a garantia de uma proteção social adequada na definição e execução das suas políticas (artigo 9º), parece consubstanciar, apesar disso, orientações vagas e pouco vinculativas.

Os Estados-Membros continuam, assim, a poder determinar inteiramente a estrutura, abrangência e modo de funcionamento dos seus sistemas de Segurança Social, sem transferirem qualquer poder para a esfera da União.

Nos últimos anos, os vários países, identificando problemas comuns, têm encarado a estrutura europeia como um espaço privilegiado para a discussão de questões desafiantes em matéria social. Contudo, e ao contrário de alguns autores¹⁶⁹, não cremos que este diálogo chegue a traduzir-se num movimento de integração positiva. Desde logo, porque as diferenças persistem, tanto na abordagem como na resposta aos dilemas diagnosticados¹⁷⁰.

2. A questão das pensões de reforma: a EU face à(s) crise(s)

Na linha do que ficou dito, não surpreende que, também no que respeita à política pública de pensões de reforma, ponto sobre o qual nos debruçamos com mais rigor, se tenha feito sentir o vazio da intervenção europeia.

Embora de forma muito generalista, o *Green Paper on EU Social Policy*, publicado pela Comissão Europeia em 1993, põe em evidência a relação direta entre a política social e a cidadania europeia, abordando, pela primeira vez no patamar europeu, o envelhecimento como uma dinâmica social problemática. Contudo, os textos posteriores não desenvolvem esta preocupação política, e a questão da proteção económica dos idosos permanece, durante muito tempo, afastada dos documentos comunitários (TAYLOR-GOOBY e LARSEN, 2004). O Protocolo adicional ao Tratado de Maastricht (1992), tão marcante em termos de referência formal à Europa Social, não chega a fazer menção à temática das pensões. Nas

negociações para o Tratado de Amesterdão (1997), da mesma forma, a política social vai sendo sucessivamente adiada (GEYER, 2000).

Constata-se, por isso, que ao longo do processo de constituição da UE, nunca se procurou um verdadeiro consenso de políticas nesta matéria. O ponto máximo a que se chegou em termos de intervenção comunitária foi o da coordenação entre as legislações nacionais, particularmente no que toca ao reconhecimento de direitos gerados noutros Estados-Membros. Trata-se, essencialmente, de uma gestão transfronteiriça das garantias prestadas aos trabalhadores. Mais uma vez, não deixa de estar em causa, acima de tudo, a eficiência do mercado comum, cuja fragmentação se quer impedir.

Neste quadro, a política de pensões de reforma não assume relevância autónoma entre as preocupações comunitárias, e só residualmente toca as duas áreas de intervenção social privilegiadas pelos governantes europeus: a pobreza extrema e as condições de trabalho.

2.1. O primado da sustentabilidade financeira

Pelo exposto se deduz que a União Europeia nunca seguiu uma linha firme de intervenção em matéria de pensões de reforma. Contudo, as instituições comunitárias, por vias mais subtis, acabam por condicionar a autonomia dos Estados neste domínio, mormente através da imposição de critérios de convergência económico-financeira (BISLEV, 1997).

Os Estados-Membros, livres para determinar a sua política social, são, contudo, forçados a atingir metas em termos de limites máximos de défice e de dívida pública, o que traz constrangimentos insuperáveis quanto ao prosseguimento das políticas definidas no patamar da soberania nacional, e democraticamente sufragadas.

Este condicionalismo acentua-se com os avanços no sentido de uma integração mais profunda, que subtilmente leva os Estados a perderem capacidade de intervenção na área social (KVIST e SAARI, 2014)¹⁷¹.

Com efeito, as políticas restritivas impostas pela construção da União Económica e Monetária, celebrizadas como os critérios de Maastricht, atuam sobre a despesa realizada pelos Estados-providência no sentido de promover o equilíbrio orçamental e, em consequência, pressionar cortes nos custos, isto é, nas garantias sociais prestadas (BISLEV, 1997: 2; BOLONI et al., 2004: 159; FERRERA et al., 2000: 76)¹⁷². BISLEV (1997: 3) assume que, no quadro europeu, a liberalização económica e o declínio das capacidades fiscais fizeram com que os Estados mais generosos na concessão de direitos sociais reduzissem a amplitude das sociais políticas ao nível dos menos generosos¹⁷³.

Nestes termos, o tópico dominante na discussão europeia sobre as pensões tem sido, invariavelmente, a sustentabilidade, insistindo-se no discurso de que os sistemas públicos de pensões são financeiramente insustentáveis (NATALI e STAMATI, 2013).

Paralelamente aos critérios de convergência fixados no direito comunitário, permite-se também que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE seja influência marcante em matéria social¹⁷⁴, e ainda que os próprios mercados criem pressões sobre os governos nacionais no sentido da reforma da sua política social (KVIST e SAARI, 2014).

A este propósito, veja-se um exemplo português recente e, de certa forma, paradigmático: em Setembro de 2015, na sequência de um processo instaurado por uma pensionista portuguesa, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vem a considerar que a contribuição extraordinária de solidariedade, aplicada como uma medida de austeridade do governo sobre as pensões, não violou direitos de propriedade e defendeu o interesse público.

Por nossa parte, devemos notar que, ao sobrevalorizar-se a questão da sustentabilidade, se dá por absoluto um pressuposto que é, em si mesmo, questionável: um sistema público de pensões de reforma deve apresentar-se financeiramente equilibrado, com um volume de receitas, pelo menos, equivalente ao volume de despesas? À semelhança de outras áreas de

intervenção do Estado, não será admissível que o pagamento de pensões de reforma ocorra numa lógica assumidamente deficitária?

O argumento seria o da defesa de um bem público de carácter superior – neste caso, o bem-estar dos cidadãos idosos, sem capacidade para proverem ao seu próprio sustento –, o mesmo argumento que presidiu à política de salvação pública dos bancos insolventes, que, longe de ser lucrativa, foi, apesar de tudo, e através da lógica da excecionalidade, justificada.

Em consonância, entendemos que o paradigma da austeridade, popularizado pela estrutura comunitária, encerra em si uma opção política vincada, e não tanto uma solução técnica. Fazendo nossas as palavras de BOLONI et al. (2004: 153):

“At the close of the century, the keynote in welfare policy is retrenchment. Welfare retrenchment is primarily a political issue. Trends in the economy, the population structure and the family are important factors in welfare retrenchment but their influence is heightened or lessened by the way they are perceived, presented and accepted as arguments for retrenchment in the political process”¹⁷⁵.

2.2. E depois da crise?

A partir de 2010, com a publicação do Livro Verde da Comissão denominado *“Regimes europeus de pensões adequados, sustentáveis e seguros”*, a União Europeia compromete-se a lançar um olhar mais atento sobre os desafios suscitados pela crise dos sistemas públicos de pensões, transversal aos vários Estados-Membros¹⁷⁶.

O discurso das autoridades europeias parte do pressuposto de que o envelhecimento demográfico afeta negativamente a generalidade dos sistemas de pensões, que absorvem uma parcela cada vez mais significativa das receitas públicas, razão pela qual devem ser repensados e reestruturados através do aumento das receitas, com o prolongamento do tempo de

trabalho, e da redução das despesas, por meio de alterações na idade legal de acesso à reforma.

Este discurso ganhou um tom mais agreste nos últimos anos. Com efeitos nefastos sobre a economia, sobre o emprego e, conseqüentemente, sobre o saldo dos sistemas públicos de pensões, a crise económico-financeira que devastou o mundo desde 2008, veio pressionar os governos a repensarem os direitos dos pensionistas (NATALI e STAMATI, 2013). Em conformidade, a política pública de pensões reverteu-se, em geral, em todos os Estados Europeus: de uma lógica expansionista passou-se para uma contenção, mais ou menos visível.

Neste quadro, a União Europeia, mesmo sem um programa sólido em matéria social, acabou por ter um papel ativo, procurando moldar as políticas estaduais na reforma dos sistemas de pensões. Contudo, trata-se de uma intervenção justificada, quase exclusivamente, por objetivos de estabilidade orçamental (NATALI e STAMATI, 2013).

Nos países mais fortemente afetados pela crise, com economias naturalmente mais frágeis, destaca-se a imposição de um conjunto de medidas excepcionais particularmente duras. Tratou-se de uma intervenção *ah hoc*, focada em critérios numéricos e que toma por pressuposto uma estratégia discutível sob o ponto de vista democrático.

Os memorandos de entendimento acordados entre estes países, instituições europeias e outras, ao regulamentarem a concessão de empréstimos sob rigorosas condições, formalizam uma espécie de ditadura financeira sobre os direitos sociais conquistados (NATALI e STAMATI, 2013: 19).

Mais uma vez, a prioridade é económica e financeira, e a essa prioridade são funcionalizados os propósitos sociais. A matéria é encarada, ou sob o prisma da sustentabilidade das contas públicas, ou sob o prisma da agilização do mercado de trabalho e da atividade financeira¹⁷⁷.

Neste sentido, a União Europeia reitera a sua vocação mercantil, focando-se na regulamentação da atividade dos fundos privados de pensões,

aproximados a um típico negócio segurador, nomeadamente, com a criação da Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (NATALI e STAMATI, 2013: 20)¹⁷⁸.

O certo é que, e importa lembrar, a mesma diversidade de regimes de pensões que se desenvolveram no pós-Guerra mantém-se quando se trata de adaptar esses regimes aos condicionalismos decorrentes da crise. Os países usam a sua parcela de soberania para se adaptarem às particularidades do seu contexto (NATALI e STAMATI, 2013).

Parece-nos, então, que não é a partilha de indicadores estatísticos que torna um problema absolutamente comum. Muito menos a existência de um problema comum pode ditar a aplicação de soluções idênticas, quando os valores dominantes diferem substancialmente entre os Estados-Membros.

3. Proposta de reflexão

Percorrido este caminho, cabe-nos deixar uma última palavra de reflexão.

Como vimos, se a Europa não respeita verdadeiramente as especificidades nacionais, também não erige consensos num quadro regional. Admitindo a falta de poderes de intervenção à escala da União, a verdade é que as instituições comunitárias não se têm inibido de pressionar os governos nacionais, o que talvez pertença a um espaço de poder que ainda não lhes foi adjudicado.

Na linguagem do regionalismo, pode falar-se de uma integração negativa: a UE não toma iniciativas que concorram para a definição de um programa comum nestas matérias, mas não deixa de exercer a sua influência.

Nestes termos, se os Estados perdem capacidade de determinação das suas políticas, e se essa parcela de soberania não é democraticamente exercida pelas instâncias europeias, cabe perguntar para onde migra, e em que termos, o poder de ditar os rumos da cidadania social.

Estamos perante um verdadeiro problema democrático, uma vez que a falta de uma política sólida, una e consensual põe problemas sob o ponto de vista da sua legitimidade perante os cidadãos. De facto, não se trata de discutir as fraquezas ou as virtualidades do modelo de reforma que a União Europeia, no trilha de outras organizações, vai sugerindo aos Estados-Membros. Trata-se, antes de mais, de questionar a legitimidade das instituições europeias para imporem esse modelo de reforma, sobretudo por não se tratar de uma imposição transparente, mas levada a cabo pelos efeitos indiretos de políticas económico-financeiras.

Por outro lado, e considerando a natureza da intervenção europeia, importa lembrar que o propósito primordial do sistema público de pensões não é, nunca foi, financeiro. Os Estados, ao gerirem um esquema de transferência de rendimentos para os cidadãos inativos devem fazê-lo orientados por princípios de solidariedade, não por lógicas lucrativas. Será, por isso, a solidariedade que deve nortear a adaptação dos sistemas às novas realidades, o que não parece ser o foco do discurso europeu.

Paralelamente, parece legítimo que se questione: se os sistemas públicos de pensões de reforma não se erigiram somente – nem sobretudo – com base em raciocínios de solidez financeira, porque razão deve ser a falta de solidez financeira a fazê-los fracassar?

Neste sentido, importa reconhecer, com toda a limpidez, que as opções a tomar em matéria de pensões de reforma traduzem perspetivas político-ideológicas, e não tanto soluções técnicas inquestionáveis.

Referências bibliográficas

ADNETT, Nick e HARDY, Stephen, *The European Social Model: modernisation or evolution?*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005.

BISLEV, Sven, *European Welfare States: mechanisms of convergence and divergence*, “EUI Working Papers”, RSC No. 97/24, San Domenico, European University Institute, 1997.

- BOLONI, Giuliano, GEORGE, Vic e TAYLOR-GOOBY, Peter, *European Welfare Futures: towards a theory of retrenchment*, Cambridge, Polity Press, 2004.
- CARVALHO, Ana Sofia, *A reforma das pensões na União Europeia*, “Revista Eletrónica de Direito”, nº1, Porto, 2014.
- CHARLTON, Roger e MCKINNON, Roddy, *Pensions in development*, United Kingdom, 2001.
- DEEP/MSST [Departamento de Estudos, Estatística e Planeamento do Ministério da Segurança Social e do Trabalho], *Relatório Conselho da Europa – acesso aos direitos sociais na Europa*, Coleção Cogitum, nº8, Lisboa, 2003.
- FERRERA, Maurizio, HEMERIJCK, Anton e RHODES, Martin, *The future of social Europe: recasting work and welfare in the new economy*, Oeiras, Celta, 2000.
- GEYER, Robert R., *Exploring European Social Policy*, Cambridge, Polity Press, 2000.
- GRAHL, John, *Financial markets and social security*, “Global finance and social Europe: new directions in modern economies”, John Grahl (ed.), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2009.
- HINRICHS, Karl, *Elephants on the move. Patterns of public pension reform in OECD countries*, “Welfare State Futures”, Stephan Leibfried (ed), Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- KLEINMAN, Mark, *A European welfare state?: European Union social policy in context*, New York, Palgrave, 2002.
- KVIST, Jon e SAARI, Juho, *The Europeanization of social protection: domestic impacts and national responses*, “The Welfare State reader”, Christopher Pierson et al. (ed), Third Edition, UK, Polity Press, 2014.
- MCCORMICK, John (2008), *The European Union: politics and policies*, fourth edition, Boulder: Westview Press.
- NATALI, David e STAMATI, Furio, *Reforming pensions in Europe: a comparative country analysis*, Working paper 2013.08, Brussels, Europe

Trade Union Institute, 2013.

ROSANVALLON, Pierre, *A crise do Estado providência*, Coleção Perspetivas, Lisboa, Inquérito, 1984.

RUTKOWSKI, Michat, *Home-made pension reforms in central and eastern Europe and the evolution of the World Bank approach to modern pension systems*, “Rethinking the welfare state”, Martin Rein e Winfried Schmähl (ed.), Cheltenham, Edward Elgar, 2004.

TAYLOR-GOOPY, Peter e LARSEN, Trine P., *New risks at the EU level: a spillover from open market policies?*, “New risks, new welfare: the transformation of the European Welfare State”, Oxford, Oxford University Press, 2004.

-

¹⁵⁶ Para mais desenvolvimentos acerca deste modelo, concebido pelo inglês William Beveridge e marcado pela publicação do relatório da sua autoria *Social Insurance and Allied Services*, em 1942, após a vitória eleitoral do partido trabalhista em Inglaterra, veja-se, por exemplo, HINRICHS (2001: 80 e ss.).

¹⁵⁷ Conforme nota GEYER (2000: 32): “as the benefits of European co-operation and integration expanded, more and more economic and social problems and policies would be transferred to the European level”.

Nas palavras claras de KLEINMAN (2002: 21 e ss.), “it is not possible to have economic integration without political and social implications”.

De facto, o início dos anos 90 marca de início de maiores desenvolvimentos na reivindicação de um espaço de discussão à escala europeia, embora sempre contido pelo ambiente internacional e pelas instituições internas de cada Estado.

¹⁵⁸ Note-se que, sob o ponto de vista formal, mas meramente formal, as pretensões europeias são ambiciosas. De acordo com o que se pode ler em DEEP/MSST (2003: 13): “outro aspeto importante na abordagem adotada na Carta Social Europeia consiste em que este instrumento não se limita a garantir direitos sociais fundamentais sob a forma de compromissos dos Estados, mas prevê, além disso, uma melhoria progressiva dos níveis a atingir pelas próprias normas”.

¹⁵⁹ Como exemplos de diplomas europeus em matéria social destacamos, desde logo, o *Social Action Programme* de 1974, que cai no esquecimento com o romper da crise petrolífera, mas também a Carta dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, assinada em 1989, o Livro Branco sobre a Política Social de 1994, ou o Protocolo adicional ao Tratado de Maastricht, com data de 1992.

¹⁶⁰ De acordo com GEYER (2000), a governação de Jacques Delors serviu-se de algumas concessões ao nível da política social como moeda de troca a favor da concretização dos propósitos económicos no mercado comum. Nas palavras do autor: “for Delors, and many others, it was obvious

that this degree of monetary and fiscal restraint could be quite difficult for the member states to maintain, might cause substantial disruption in certain regions and be politically unpopular. To deal with this, he proposed a substantial expansion of EU regional and social policies” (p. 53).

161 A Estratégia de Lisboa, lançada em 2000 com um horizonte de 20 anos, foi pensada para reabilitar o modelo social europeu face aos desafios da globalização, das alterações na estrutura demográfica e familiar, da emergência de novas necessidades sociais, dos desafios da integração europeia (MARQUES, 2011). Contudo, também aqui a política social é identificada como um fator de desenvolvimento essencial ao progresso económico, que menospreza o bem-estar dos cidadãos em si mesmo, enquanto evidencia a relação desse bem-estar com a produtividade do fator trabalho.

162 Para BISLEV (1997: 12), os efeitos da harmonização económica não produziram efeitos no domínio social, até porque não ocorreu uma verdadeira convergência entre os Estados. O autor sustenta que, apesar da dimensão social ter sido mencionada no Tratado de Roma, acabou por ser relegada para último plano na construção europeia, em virtude do domínio das políticas macroeconómicas sobre a agenda europeia, mas também da resistência dos Estados em convergir nesta área, bem como da influência da ideologia neoliberal.

No mesmo sentido concluem FERRERA et al. (2000: 76): “the creation of a single European market has clearly failed to elevate the level of logical policy responses from the nation-state to Europe”.

Para GEYER (2000), a política social no quadro europeu foi suficientemente discutida, mas nunca verdadeiramente implementada. Sobre a Carta Social Europeia, promulgada em 1961, afirma o autor: “the Council of Europe had no money or powers to implement the rights, leaving the charter with little impact on particular social rights other than through its moral force” (p. 14).

163 Recorde-se o caso da oposição inglesa como um exemplo paradigmático das dificuldades da obtenção de consensos europeus em matéria social. Com efeito, as iniciativas fundadas no plano europeu de ação social enfrentaram uma resistência forte com o governo de Thatcher no Reino Unido, ao ponto de, na falta de consenso, ser concedida a este país a possibilidade de não integrar os acordos firmados em matéria social. Este regime de exceção vem a terminar em 1997, com a assinatura do tratado de Amesterdão, que integrou o Protocolo Social.

164 Para MCCORMICK (2008: 315 e ss.), a tão aclamada “coesão” no jargão europeu, é mais um ideal do que um objetivo para as estruturas da UE, que se veem incapazes de enfrentar as disparidades interestaduais em termos de rendimento, riqueza e oportunidades.

165 Conforme adianta o autor: “No quadro da UE não existe uma coesão ideológica, política e social que dê legitimidade às instituições europeias para agir a uma só voz, em resultado da disparidade existente entre os diferentes modelos sociais nacionais que sustentam o modelo europeu” (MARQUES, 2011: 44).

166 Mesmo que se possam identificar valores comuns, vale a pena lembrar que o continente europeu acolheu uma diversidade de regimes públicos de proteção social, nascidos de contextos históricos e sociais específicos, e tradicionalmente agrupados em três modelos: o modelo nórdico universalista, o modelo corporativista da Europa continental e o modelo liberal anglo-saxónico (ADNETT e HARDY, 2005: 21 e ss.; NATALI e STAMATI, 2013:7).

¹⁶⁷ KLEINMAN (2002: 28-58) identifica várias tradições europeias na construção empírica do modelo do Estado do bem-estar social, que representam a força das instituições internas, resistentes a mudanças. O autor sublinha a importância da história, dos valores e das instituições na compreensão das trajetórias do Estado Social em cada país, pelo que se recusa a considerar um único “modelo social europeu”, muito menos a aceitar a defesa de algo que, no seu entendimento, não existe.

¹⁶⁸ Nesta sequência, foram implementadas medidas consagradas no pacote legislativo que se veio a intitular “coordenação modernizada dos sistemas de segurança social”, constituído pelo Regulamento n.º 883/2004, de 29 de abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social e pelo Regulamento n.º 987/2009 de 16 de setembro de 2009, que estabelece as modalidades de aplicação do primeiro regulamento referido.

¹⁶⁹ Por todos, KVIST e SAARI, 2014.

¹⁷⁰ A este propósito, destacamos o entendimento de BISLEV (1997: 14 e ss.), quando assume que nem só o contexto político-social foi responsável pela afirmação do Welfare State. O autor identifica também um fator de ordem cultural, que integra os valores, os significados e os hábitos presentes na sociedade, e relaciona fenómenos como a religião e a tipologia da intervenção social. Nesta linha, constata que a política social tende a alterar-se de forma bastante mais lenta do que o quadro socioeconómico que lhe serve de base.

¹⁷¹ Conforme escrevem ADNETT e HARDY (2005: 25), “the establishment of European Monetary Union (EMU) has intensified the concern that an EU social policy based upon levelling-up may be inconsistent with increased economic integration and continuing international competitiveness”.

¹⁷² Nas palavras de KLEINMAN (2002: 23), “most important of all may be the indirect effects of measures taken by the EU, not specifically to further social policy goals, but in order to complete the single market, to create an economic and monetary union in Europe and to bring about a single currency”.

¹⁷³ De acordo com KVIST e SAARI (2014: 199), “the EMU and the SGP criteria are thus likely to remain important means of legitimizing cost-containment measures in many national social protection systems in the coming years”.

¹⁷⁴ Nas palavras de ADNETT e HARDY (2005: 210), “the ECJ, through its jurisprudence, began to emerge as the great artifice of Community social law, this emergence reflecting the limitations of both the political process formulating EU Directives and Regulations, and the legal process which transposed them into national law”. Os autores assumem a jurisprudência do Tribunal de Justiça como um elemento definidor do modelo social da União.

¹⁷⁵ No mesmo sentido, veja-se KLEINMAN (2002: 134), “welfare is not therefore a secondary issue, to which attention will turn when the great constitutional and economic issues have been decided; it will be a key part of the political debate in Europe, just as it is on the national political stages”.

¹⁷⁶ Segue-se, nesta sequência, a publicação, em 2012, do Livro Branco “Uma agenda para pensões adequadas, seguras e sustentáveis”, através do qual a Comissão expõe os resultados da consulta

lançada pelo Livro Verde e define uma agenda reformadora de longo prazo.

Sobre os condicionalismos e desenvolvimentos associados ao Livro Verde e ao Livro Branco, veja-se CARVALHO (2014).

¹⁷⁷ Para além do que ficou dito, note-se que a intervenção europeia consagrada em documentos legislativos faz prova disto mesmo. A título de exemplo, destacamos a diretiva relativa à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador – Diretiva 2008/94/CE de 22 de outubro de 2008 – e a diretiva relativa às atividades e à supervisão das instituições de realização de planos de pensões profissionais (IRPPP) - Diretiva 2003/41/CE de 3 de junho de 2003.

¹⁷⁸ Sobre este ponto, vale a pena confrontar o posicionamento da UE relativamente à crise das pensões públicas na sua dimensão social, com o posicionamento relativamente à crise no setor financeiro. A inércia na área social contrapõe-se a uma intervenção dinamizadora no domínio da regulação e supervisão de instituições financeiras, sobretudo dos Bancos em sentido mais estrito, onde se chega à criação de uma “União Bancária”.

BREACHING OR BROACHING TOLERANCE?: CONTESTING ETHNIC AND SEXUAL MINORITY RIGHTS IN THE EU

Martijn Mos

Department of Government Cornell University

mm2486@cornell.edu

Lithuania is one of twelve Central and Eastern European countries that have joined the European Union (EU) since 2004.¹⁷⁹ During the accession process, candidate states had to adopt a set of political norms concerning democracy, the rule of law, human rights, and minority rights. EU institutions duly indicated that these criteria covered sexual orientation. The applicants, in turn, proved to be dutiful compliers. Yet, six years after its accession, Lithuania adopted a controversial law that forbids educating children about homosexuality and imposes a moratorium on discussions of non-traditional families. The law has had real consequences, resulting, for example, in the censoring of promotional materials for a pride march and in the ban of a collection of fairytales featuring a same-sex couple. At the same time, the law in question tackles the dissemination of information ridiculing or humiliating people on the ground of sexual orientation. How does this initiative relate to the Union's minority rights norms?

For opponents of the law, the answer to this question was beyond doubt: they condemned it as a blatant breach of EU norms. After summarizing

what the European ‘community of values’ stands for, one critic reminded a Lithuania audience that “that’s what your country signed up to as well” (Anon, 2015). Lithuania was supposedly aware of its obligations, yet deliberately flouted them. Dominant perspectives in International Relations would have little trouble explaining the law: it reflects instrumental incentives (*e.g.* anti-gay rhetoric is electorally advantageous), moral considerations (*e.g.* rejection of LGBT rights as immoral), or, more realistically, a weighted combination of the two. However, although the question of how the balance of these factors shifted from the accession process to the post-enlargement period is important, it is based on the questionable equation of norm *compliance* with norm *contestation*.

The central question that guides my dissertation – *what explains the political behavior of the EU’s newest member states with respect to ethnic and sexual minority rights?* – is consistent with existing approaches, yet is premised on a conceptual distinction between compliance and contestation. The argument that the drafters of the Lithuanian law deliberately went against the Union’s minority rights norms assumes that all concerned parties understand these norms in the same way. But norms are abstract standards that need to be translated into specific behavioral prescriptions; instead of asking why actors follow or flaunt a general norm, we should ask why they follow or flaunt *a specific interpretation of that norm*. What appears to be deliberate non-compliance may thus actually reflect different interpretations. Indeed, the law’s clause on mocking people because of their sexual orientation suggests that Lithuania does not reject the non-discrimination norm altogether, but interprets it more narrowly. In short, instead of breaching European values, Lithuania might simply be broaching the issue.

I thus argue that disagreements over the meaning and scope of norms are not a form of non-compliance, as the literature would understand it, but are better seen as norm contestation. In examining the effect of norm ambiguity on the actions of representatives from new member states, I conceptualize ambiguity as an important driver of political behavior that differs from

compliance. This distinction, in turn, calls for greater empirical attention to the *interpretation* of norms than is common in state-of-the-art work. Such interpretation is a focal point in my study of ethnic and sexual minority rights. I adopt a dual focus: first, I examine the discursive politics surrounding these norms within the European Parliament; second, I explore the decision-making process behind national-level policy initiatives such as the Lithuanian law on public information. I will rely primarily on qualitative content analysis and elite interviews. The study covers the period from May 2004, the date of accession of most new member states, to July 2014, which marks the endpoint of the seventh European Parliament. Theoretically, this project draws together insights from critical constructivist scholarship, legal translation, and incomplete-contracting theory.

Theoretical Engagement: Compliance, Legal Translation & Incomplete Contracts

The theoretical point of departure for my dissertation is the observation that most accounts of compliance with international norms, or “collective expectations for the proper behavior of actors with a given identity” (Katzenstein, 1996, p. 5), implicitly assume that the norm in question is unambiguous. Actors are expected to have a clear understanding of what the norm requires them to do, and they then decide whether to meet these requirements or not. Although most scholars realize that compliance behavior in practice reflects a medley of considerations, March and Olsen’s (1989, 1998) classic distinction between the logics of consequences and appropriateness captures most explanations of compliance.¹⁸⁰ On the one hand, the logic of consequences emphasizes an instrumental calculus; actors carefully weigh the costs and benefits of one clear course of action (compliance) against the costs and benefits of an equally clear alternative (non-compliance). While many accounts stress material factors such as electoral gains or financial sanctions (Dai, 2005; Tallberg, 2002), other scholars point to the social dimension of costs and benefits, such as praise or blame (Johnston, 2007; Risse, Ropp, & Sikkink, 1999, 2013). On the other hand, the logic of appropriateness sees norm-abiding behavior as simply the right thing to do. EU norms stipulate precisely what actions are morally obligatory for actors who self-identify as members of the European ‘community of values’. Here, the literature centers on the different mechanisms of socialization through which actors are inducted into a preexisting and unambiguous norm (Checkel, 2005; Risse, 2000). Simply put, departing from the unspoken assumption of norm clarity, leading approaches study whether political actors are morally compelled or instrumentally motivated to follow international norms.

In the context of minority rights and EU enlargement, consequentialist motives often trumped the logic of appropriateness. There is a consensus

that the candidate states shelved their moral concerns for instrumental reasons (Schimmelfennig & Sedelmeier, 2005; Vachudova, 2005).

Many countries were not socialized to endorse ethnic minority rights but only grudgingly accepted them (Kelley, 2004). With the carrot and stick of membership off the table, however, cost-benefit concerns have receded somewhat. This, as the Lithuanian example suggests, creates a permissive environment for the new member states to violate those norms that contradict their moral compass (Epstein & Sedelmeier, 2008).

Yet, the implicit assumption of unambiguous norms is empirically suspect. In order for norms to guide behavior, actors first need to translate general standards of appropriateness (*e.g.* discrimination is not allowed) into concrete behavioral guidelines (*e.g.* allowing same-sex marriage, since the decision to only limit marriage to heterosexual couples is discriminatory). While dominant approaches in the literature implicitly expect this translation process to be lossless, different actors might interpret the same norm differently. Scholars of norms should not assume away this potential for the multiple meanings of norms, but ought to make it an integral part of their theoretical scaffolding and empirical explorations. Otherwise the risk of flawed findings and, worse, counterproductive policy-making recommendations is all too real.

The claim that norms are ambiguous and that such lack of clarity may negatively affect compliance is not new (*e.g.* Chayes & Chayes, 1993; Franck, 1988). But scholars have not yet integrated ambiguity into their theoretical frameworks or devoted empirical attention to the meaning of norms. Compliance scholars often sidestep both concerns by focusing on relatively specific international treaties or directives. I aim to correct for this dual theoretical and empirical neglect by studying the ways in which representatives from Central and Eastern European states understand EU norms concerning ethnic and sexual minority rights, and by examining how these understandings affect their actions concerning these norms.

In doing so, I develop a constructivist account of norms as incomplete contracts. This interdisciplinary account draws together insights from three

seemingly disparate literatures. First, recent developments within critical constructivism in IR have unfixed the meaning of norms; not only may previously taken-for-granted norms become newly disputed, but their meaning may also change over time (Krook & True, 2012; Sandholtz, 2008). Norms are continuously contestable (Wiener, 2004, 2009). By making the interpretation of norms a focal point of attention, my project situates itself within this tradition. Second, the legal translation literature emphasizes how foreign rules are made meaningful in a domestic context. This literature emerged as a critical response to arguments that the cross-national diffusion of laws encourages the homogenization of legal systems (Choudhry, 2006; Watson, 1974). The notion of legal translation suggests that while the form of law may be easily reproducible, its meaning is not (Brake & Katzenstein, 2013; Langer, 2004). The translation process is even more relevant to the study of norms: since norms are less specific than legal rules, they have a wider margin of interpretation.¹⁸¹ Third, I build on incomplete-contracting theory from the New Economics of Organization and its application in political science (Doleys, 2000). The central idea here is that it is unfeasible, too costly or strategically unwise to spell out all possible contingencies that might arise over the duration of a cooperative agreement. Contracts are therefore left incomplete. This means, however, that contracting parties might come to disagree over their precise contractual obligations. International organizations can help states to credibly commit themselves to international agreements by clarifying and enforcing their contractual obligations (Cooley & Spruyt, 2009). Applying this logic to norms makes clear: (a) the incompleteness of the norm's practical requirements and (b) the role that institutions at the EU-level play in specifying contractual obligations. Where such institutions are silent, a norm's ambiguity is likely to produce norm contestation.

Theorizing Norm Contestation and Norm Compliance

The contractual nature of the minority rights norms became apparent during the accession process. In order to accede to the EU, candidate states were contractually obliged, as part of the association agreements, to uphold these norms. The European Commission functioned as the contract's interpreter and enforcer. In its monitoring reports, it clarified what the minority rights norms required in practice. After enlargement, however, supranational institutions for filling in incomplete contracts, such as the Commission and the European Court of Justice, have been either unwilling or unable to act. Minority rights therefore remain incomplete. This ambiguity, I argue, is likely to result in norm contestation.

Such norm contestation is distinct from compliance. Compliance occurs "when the actual behavior of a given subject conforms to prescribed behavior" (Young, 1979, p. 104). Regarding norms, this definition encompasses a broader range of actions than the compliance literature, with its focus on legal rules, usually studies. It also includes, for example, voting, and policy initiatives. Norm contestation, on the other hand, concerns disagreement over the norm's actual behavioral prescription. Actors can contest a norm on three grounds: (a) they can question its overall validity; (b) they can question its scope; and (c) they can contest the meaning of key terms. While the first would reject minority rights altogether, the second would limit them to the workplace, and the third would quibble with the definition of a minority. The diagram below depicts the decision-making process for actors who are faced with a behavioral prescription that is derived from a norm:

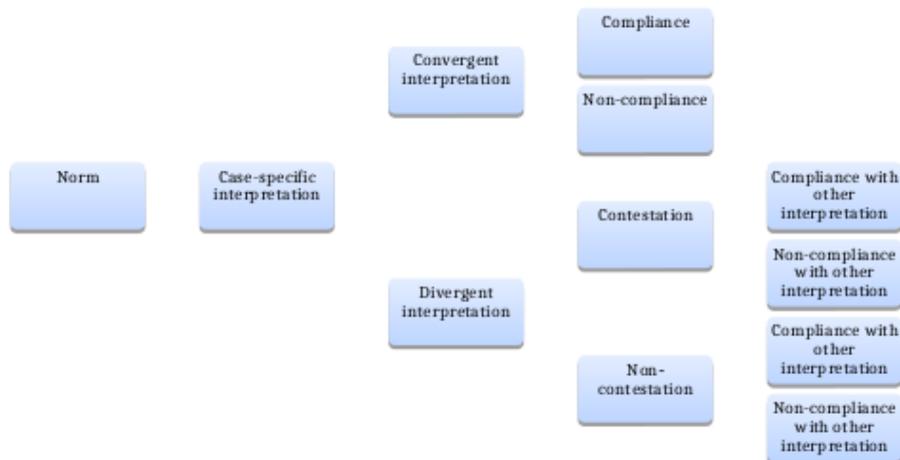


Figure 1: A decision tree for norm-related behavior.

First, a general norm is translated into a specific requirement. When actors agree on what behavior would be consistent with the norm, they then choose whether to comply. This is how the existing literature approaches norms. However, when actors disagree on what the norm asks them to do, this does not immediately lead to a compliance decision. Instead, an actor first decides whether to contest the dominant alternative interpretation or not. Actual compliance decisions stand separate from this. It is, for example, possible for actors to criticize a norm while still complying with it; similarly, actors may refrain from contesting, while expressing their opposition through non-compliance. My objective is twofold: to bring to light the interpretive process whereby actors translate general norms into concrete contractual obligations, and to explain how these interpretations affect subsequent political behavior. Both by investigating into the meaning of norms and by treating contestation as a behavioral outcome, my approach differs in important ways from compliance scholarship, but is consistent with insights from critical constructivism, legal translation, and incomplete contracting.

Research Design

I explore the dynamics of contestation and compliance with reference to two norms: non-discrimination on the grounds of ethnicity and sexual orientation.¹⁸² Four considerations guided my case selection. First, the candidate states varied considerably in how problematic these norms were during the accession process.¹⁸³ Contrary to uncontested norms such as free and fair elections, it thus seems likely that this cross-national variation in understandings of, and support for, these norms persist after enlargement. Second, there is also important variation across minority norms; several countries that struggled with ethnic minority rights norms (*e.g.* Estonia, Slovakia), dutifully implemented sexual minority rights norms, and *vice versa*. This means that actions regarding these norms cannot be attributed to static, national-level factors, and invites a study into how political representatives understand these norms. Third, there is great individual level variation even within countries. Both norms are justified in similar terms, but their strongest proponents often come from different ends of the political spectrum; many conservative parties advocating for ethnic minority rights (*e.g.* the Electoral Action of Poles in Lithuania) oppose sexual minority rights. This raises the question why the same actors interpret similar norms differently. Finally, I chose these cases for normative reasons. The topic of LGBT rights is close to my heart and has formed the basis of my previous work (Mos, 2013, 2014). As recent crises regarding the Roma and refugees show, the issue of ethnicity fuels politics in the region and therefore has great topical relevance.

The dissertation operates with two levels of analysis. At the supranational level, I will examine how Members of the European Parliament (MEPs) interpret minority rights and how this affects their behavior. In doing so, I draw together several different methods and data sources. First, I will conduct a qualitative content analysis of the questions that MEPs ask of Commission and Council representatives regarding

minority rights. This will allow me to see how active politicians are on these topics, what they think the norms' scope and meaning are, and whether they support the norms. To this end, I have already collected a dataset on all the questions concerning ethnic ($n = 1,754$) and sexual minorities ($n = 594$) that were asked in the two parliamentary terms between 2004 and 2014.¹⁸⁴ Second, I am constructing a similar dataset containing the speeches and explanations of votes that MEPs delivered during debates on resolutions dealing with minority rights.¹⁸⁵ Using ATLAS.ti, I will manually code the topic and framing of questions and speeches (Friese, 2014). While coding the topic provides insights into the perceived scope of a norm (*e.g.* if blood donation and recognition of same-sex partnerships fall under the non-discrimination norm), frames shed light on the assumed validity of the norm and the definition of core concepts. I will also transform the codes from the qualitative content analysis into count data. Regression analysis will then enable me to examine whether there are significant differences in the phrasing of questions and speeches concerning minority rights, as well as in overall levels of activity.

In addition, *quantitative* content analysis will serve as a robustness check on the findings from qualitative content analysis. The Wordfish program allows me to automatically estimate politicians' views on norms on the basis of their patterns of word usage (cf. Proksch & Slapin, 2011). If specific words cluster together, and if these clusters reflect distinct understandings of the norm's validity and/or scope, then this analysis should corroborate the qualitative findings. For example, if MEPs from the new member states use terms such as 'subsidiarity' and 'sovereignty' in discussions of LGBT rights at a statistically significantly greater frequency than their peers from older member states, this suggests that they are contesting the overall validity of sexual minority rights.¹⁸⁶ If they are more or less likely to use terms such as 'blood donation' or 'family reunification,' this suggests that there are significant differences in the perceived *scope* of the norm. Alternatively, if references to religion frequently show up in questions concerning sexual minority rights, this suggests that MEPs are

contesting the norm's *relative* validity; there is a normative hierarchy in which religious rights take precedence over sexual minority rights.

Quantitative content analysis will also be useful in showing whether patterns of word usage cluster along national (or East-West) lines, or whether they simply reflect party-political positions. Based on a preliminary qualitative content analysis, it appears that Central and Eastern European MEPs ask fewer questions on the issue of minority rights in general, but that contestation clusters around individual MEPs from a handful of political parties (e.g. Poland's *Prawo i Sprawiedliwość* or Law and Justice party).¹⁸⁷ In a multivariate regression, in which Wordfish scores are the dependent variable, I will be able to assess whether these factors are significant predictors of word use in parliamentary questions, speeches and explanations of votes.

Third, as a measure of compliance, I will analyze MEPs' (roll-call) votes on these resolutions. Finally, and crucially, I will conduct semi-structured interviews with political representatives. These will enable me to inquire directly into the general understanding that MEPs have of minority rights norms (e.g. "what does this norm mean for you?"), and to relate these understandings back to their actual behavior. A possible drawback of interviews as a data source in the study of norm interpretation is that interviewees might give socially desirable answers that obscure their actual beliefs. However, since opposition to minority rights norms is a legitimate viewpoint that features prominently in the political arena, and is even articulated in some parties' manifestos, I believe that this risk is minimal in my project. Furthermore, in order to chart the overall landscape of norm interpretations within the European Parliament, I will also interview MEPs from 'Western' member states.

At the national level, I will look at the policy-making process behind initiatives concerning minority rights. The Lithuanian law on public information is one example. In these country level case studies, I focus on three main questions: (a) what motivated a specific policy; (b) how do the relevant actors interpret the policy in relation to EU norms; and (c) how do

they respond to criticism, both domestic and supranational and both for and against minority rights, of the policy. Here, supplemented by newspaper articles, I will primarily rely on elite interviews with politicians, policymakers and civil-society representatives in the national capitals. From the group of new member states, I selected four countries for closer observation: Estonia, Hungary, Latvia and Lithuania. This selection reflects the expected opposition of these countries to minority rights norms, based on the Commission’s monitoring reports during the accession process, public-opinion polls (Eurobarometer), and a careful reading of the secondary literature (*e.g.* Ayoub, 2013; Mole, 2011; Seybert, 2012). In order to maximize the odds of capturing a broad range of interpretations of the same norm, as well as different patterns of contestation and compliance, I selected countries that would be most and least likely to support minority rights:

	<i>Ethnic minority rights:</i>	
<i>Sexual minority rights:</i>	<i>Most likely support</i>	<i>Least likely support</i>
<i>Most likely support</i>	Hungary	Estonia
<i>Least likely support</i>	Lithuania	Latvia

Table 1: Selection of country cases.

In sum, my dissertation project examines in detail how politicians from the EU’s youngest member states translate ambiguous norms concerning ethnic and sexual minority rights into contextualized behavioral prescriptions. By treating norms as incomplete contracts that require interpretation, I am advancing an interdisciplinary approach that improves upon current accounts of norm compliance that (a) assume that norms are well understood and (b) give short shrift to contestation of a norm’s meaning, validity or scope as a phenomenon separate from compliance. Since *all* norms are abstract, the relevance of this theoretical approach extends well beyond minority rights in the EU. The argument also has clear

policy-making implications: mislabeling contestation as non-compliance suggests corrective measures that could be ineffective at best. For example, tougher sanctions would not reduce ambiguity nor result in convergent interpretations. If EU institutions want to ensure that future member states share their understanding of minority rights, they should distinguish contestation from non-compliance, and examine the different causes of both types of behavior.

Bibliography¹⁸⁸

Acharya, A. (2004). How Ideas Spread: Whose Norms Matter? Norm Localization and Institutional Change in Asian Regionalism. *International Organization*, 58(2), 239–275.

Ayoub, P. M. (2013). *When States “Come Out”: The Politics of Visibility and the Diffusion of Sexual Minority Rights in Europe* (PhD Dissertation). Cornell University, Ithaca.

Brake, B., & Katzenstein, P. J. (2013). Lost in Translation? Nonstate Actors and the Transnational Movement of Procedural Law. *International Organization*, 67(04), 725–757.

Chayes, A., & Chayes, A. H. (1993). On Compliance. *International Organization*, 47(2), 175–205.

Checkel, J. T. (2005). International Institutions and Socialization in Europe: Introduction and Framework. *International Organization*, 59, 801–826.

Cooley, A., & Spruyt, H. (2009). *Contracting States: Sovereign Transfers in International Relations*. Princeton: Princeton University Press.

Dai, X. (2005). Why Comply? The Domestic Constituency Mechanism. *International Organization*, 59(2), 363–398.

Doleys, T. J. (2000). Member states and the European Commission: theoretical insights from the new economics of organization. *Journal of European Public Policy*, 7(4), 532–553.
<http://doi.org/10.1080/13501760050165352>

- Epstein, R. A., & Sedelmeier, U. (2008). Beyond Conditionality: International Institutions in Postcommunist Europe after Enlargement. *Journal of European Public Policy*, 15(6), 795–805.
- Franck, T. M. (1988). Legitimacy in the International System. *The American Journal of International Law*, 82(4), 705.
- Johnston, A. I. (2007). *Social States: China in International Institutions, 1980-2000*. Princeton: Princeton University Press.
- Katzenstein, P. J. (1996). Introduction: Alternative Perspectives on National Security. In P. J. Katzenstein (Ed.), *The Culture of National Security: Norms and Identity in World Politics* (pp. 1–32). New York: Columbia University Press.
- Kelley, J. G. (2004). *Ethnic Politics in Europe: The Power of Norms and Incentives*. Princeton: Princeton University Press.
- Krook, M. L., & True, J. (2012). Rethinking the Life Cycles of International Norms: The United Nations and the Global Promotion of Gender Equality. *European Journal of International Relations*, 18(1), 103–127.
- Langer, M. (2004). From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, 45(1), 1–64.
- March, J. G., & Olsen, J. P. (1989). *Rediscovering Institutions: The Organizational Basis of Politics*. New York: Free Press.
- March, J. G., & Olsen, J. P. (1998). The Institutional Dynamics of International Political Orders. *International Organization*, 52(4), 943–969.
- Mole, R. (2011). Nationality and sexuality: homophobic discourse and the “national threat” in contemporary Latvia. *Nations and Nationalism*, 17(3), 540–560.
- Mos, M. (2013). Conflicted Normative Power Europe: The European Union and Sexual Minority Rights. *Journal of Contemporary European Research*, 9(1), 78–93.
- Mos, M. (2014). Of Gay Rights and Christmas Ornaments: The Political History of Sexual Orientation Non-discrimination in the Treaty of

- Amsterdam. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 52(3), 632–649.
- Proksch, S.-O., & Slapin, J. B. (2011). Parliamentary questions and oversight in the European Union. *European Journal of Political Research*, 50(1), 53–79.
- Risse, T. (2000). “Let’s Argue!”: Communicative Action in World Politics. *International Organization*, 54(1), 1–39.
- Risse, T., Ropp, S. C., & Sikkink, K. (1999). *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Risse, T., Ropp, S. C., & Sikkink, K. (Eds.). (2013). *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sandholtz, W. (2008). Dynamics of International Norm Change: Rules against Wartime Plunder. *European Journal of International Relations*, 14(1), 101–131.
- Schimmelfennig, F., & Sedelmeier, U. (2005). *The Europeanization of Central and Eastern Europe*. Ithaca: Cornell University Press.
- Seybert, L. A. (2012). *The Trouble with “Returning to Europe”: New European Union Members’ Reluctant Embrace of Nuclear Safety and Minority Rights* (PhD Dissertation). Cornell University, Ithaca.
- Stein, J. Von. (2012). The Engines of Compliance. In J. L. Dunoff & M. A. Pollack (Eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (pp. 477–501). Cambridge: Cambridge University Press.
- Tallberg, J. (2002). Paths to Compliance: Enforcement, Management, and the European Union. *International Organization*, 56(3), 609–643.
- Vachudova, M. A. (2005). *Europe Undivided: Democracy, Leverage and Integration after Communism*. Oxford: Oxford University Press.
- Venzke, I. (2012). *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*. Oxford: Oxford University Press.

Watson, A. (1974). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Charlottesville: University Press of Virginia.

Wiener, A. (2009). Enacting Meaning-in-Use: Qualitative Research on Norms and International Relations. *Review of International Studies*, 35(1), 175–193.

Young, O. R. (1979). *Compliance and Public Authority*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

-

¹⁷⁹ Please note that I have opted to provide a general overview of my dissertation project, rather than a detailed focus on methodology alone. My reasons for this are twofold. First, it is important to assess the appropriateness of quantitative content analysis in light of my main empirical objective to uncover political actors' *interpretation* of general norms concerning ethnic and sexual minority rights. Second, since I am still at the stage of data collection rather than data analysis, I would benefit greatly from your suggestions as to how best to carry out quantitative content analysis.

¹⁸⁰ Although not all studies invoke these logics, the contrast between instrumental and normative explanations that is at the heart of March and Olsen's account is conventional in the literature (*e.g.* Von Stein, 2012; Tallberg, 2002).

¹⁸¹ The literature on legal translation is, of course, consistent with the central role of interpretation in judicial decision-making that legal scholars have long acknowledged (see Venzke, 2012)

¹⁸² This focus on non-discrimination means that I am not looking at group rights.

¹⁸³ This assessment is based on a coding of the European Commission's monitoring reports as well as a careful reading of the secondary literature.

¹⁸⁴ These questions were selected on the basis of a search process through the website of the plenary of the European Parliament (<http://www.europarl.europa.eu/plenary/en/parliamentaryquestions.html#sidesForm>). The Boolean search terms for sexual minority rights were: gay, ILGA, homo*, "gender identity," same-sex, "sexual orientation," transgender, transsexual, intersex, LGBT*, lesbian, "2000/78/EC," marriage AND man AND woman, famil* AND man AND woman, famil* AND God. The search terms for ethnic minority rights were: Roma, "Race directive," "Race equality directive," "Racial equality directive," Sinti, Traveller*, Gyps*, Non-citizen*, Ethni*, "Framework Convention," Pomak*, "language law," "Russian minorit*," "media law," xenophob*, Romani, Romanies, "Russian speakers," racis*, extremis*, and nationalis*. Since these search terms might not be exhaustive of all the questions asked concerning ethnic and sexual minority rights, I will also read *all* questions that 40 randomly selected MEPs (20 per term) asked. If this random selection suggests that I omitted relevant search terms, I will add these to my search.

185 In selecting relevant resolutions, I am using the same search terms as for parliamentary questions.

186 I am hesitant to draw firm conclusions regarding the *meaning* that political actors attach to norms on the basis of quantitative content analysis alone. I therefore primarily rely on qualitative content analysis and elite interviews, and treat quantitative content analysis as a robustness check.

187 However, Proksch and Slapin (2011) have found that MEPs from new member states simply ask fewer questions in general, regardless of the subject matter. I therefore need to control for this in any multivariate regression using Wordfish scores as a dependent variable. Since I am interested in seeing whether Central and Eastern European MEPs are more likely to contest minority rights than other MEPs, it would be inappropriate to control for this with the use of a dummy variable for ‘old’ and ‘new’ member states. Instead, I have collected information on the total number of parliamentary questions asked and use that as a control.

188 The bibliography includes both works cited and the most relevant literature.

A PROTECÇÃO DE DADOS CLÍNICOS DO DOENTE EUROPEU NO “CIBERESPAÇO”: VULNERABILIDADE DO SIGILO MÉDICO

Isa António

Sumário: Nota prévia; 1. O advento dos cuidados médicos transfronteiriços: a directiva comunitária n.º 2011/24/UE do PE e do Conselho, de 9 de março de 2011; 2. Em especial: o dever de sigilo médico. Seu conceito e “álea”; 2.1. O dever de sigilo médico nos cuidados transfronteiriços. Enquadramento legal; 3. Excepções ao dever de sigilo médico; 4. A violação de sigilo médico no “ciberespaço”. Principais perigos; 5. Conclusão: a *vulnerabilidade* do sigilo médico no ciberespaço.

Nota prévia.

A directiva n.º 2011/24/UE, do PE e do Conselho, de 9 de março de 2011, sobre cuidados de saúde transfronteiriços reflecte a preocupação da União Europeia com o direito humano à saúde, consubstanciado no direito de acesso aos cuidados de saúde, em termos de universalidade, equidade e qualidade.

Através desta directiva europeia, os Estados membros não podem vedar o livre acesso dos cidadãos não nacionais aos seus sistemas de saúde, tendo de assegurar a qualidade dos cuidados prestados em termos idênticos aos proporcionados aos seus cidadãos nacionais. Por seu turno, de acordo com o

Regulamento (UE) n.º 282/2014 do PE e do Conselho de 11 de março de 2014¹⁸⁹, a União Europeia deve assegurar o bom cumprimento de todas as políticas e acções adoptadas pelos Estados membros e instituições, conducentes ao bem-estar da população do espaço europeu. Nesta senda, a protecção da saúde humana emerge como um dos principais objectivos comuns tendentes ao “crescimento inclusivo” e à eliminação do fosso da desigualdade social, construindo-se uma união sanitária europeia mediante a prestação de cuidados de saúde transfronteiriços.

Este passo constitui um avanço significativo tendente ao mais precioso dos direitos humanos, o direito à saúde em termos de universalidade, igualdade e qualidade. Inevitavelmente o direito à vida e o próprio valor da dignidade humana saem reforçados no âmbito europeu, na medida em que são promovidas a equidade, solidariedade, combate à discriminação social e de género no âmbito do acesso à saúde¹⁹⁰⁻¹⁹¹. Ora, a questão que suscitamos neste trabalho prende-se com a protecção de dados pessoais clínicos e com o respectivo uso responsável e sigiloso por parte das entidades públicas de saúde dos vários Estados membros, porquanto as fichas clínicas dos doentes são transmitidas por via da *internet* e através de mecanismos *virtuais e telemáticos de comunicação*. Por conseguinte, consideramos que se suscitam sérias questões ao nível da regulamentação jurídica da recolha, uso e tratamento dos dados pessoais dos doentes europeus ao nível «cibernético», as quais abordaremos nos pontos *infra*.

1. O advento dos cuidados médicos transfronteiriços: a directiva comunitária n.º 2011/24/UE do PE e do Conselho, de 9 de março de 2011

O principal desiderato desta directiva é “impedir que os Estados imponham restrições à liberdade de prestação de serviços médicos no espaço da União Europeia, garantindo que um doente (...) possa, querendo escolher receber a prestação de saúde que carece noutro Estado membro”¹⁹². Por um lado, a directiva visa proporcionar o acesso a cuidados de saúde aos doentes dos Estados membros em condições de segurança e de qualidade, permitindo a sua mobilidade dentro do espaço europeu. Por outro lado, promover a colaboração entre os Estados membros no que concerne à definição das prestações de segurança social no domínio da saúde e à organização e prestação de cuidados de saúde e de cuidados médicos, bem como de outras prestações sociais relacionadas com a doença¹⁹³. O TJUE contribuiu de forma significativa para este avanço legislativo, na senda da tentativa de resolução da questão sobre o reembolso das despesas de saúde relativas a cuidados de saúde praticados noutro Estado membro. A jurisprudência deste tribunal sempre pugnou pela defesa das liberdades de prestação de serviços e de circulação de mercadorias e pelo seu respeito por parte das legislações nacionais. De entre as soluções constantes na mencionada Directiva podemos enaltecer as seguintes: 1. A prestação de cuidados de saúde encontra-se abrangida pelo âmbito de protecção da liberdade de prestação de serviços; 2. É consagrado um sentido lato do que seja prestação de cuidados de saúde, abrangendo cuidados diferenciados (em hospitais) e não diferenciados (cuidados primários, mas não já cuidados continuados); 3. A liberdade de prestação de serviços médicos inclui a própria liberdade de os destinatários do serviço (doentes) se deslocarem a outro Estado membro para receberem o mesmo; 4. O direito de ser tratado noutro Estado membro existe tanto em sistemas de saúde públicos universais (caso do sistema português), como em sistemas de saúde apoiados em seguros privados; 5. Permanece como

competência própria dos Estados membros a organização dos sistemas de segurança social e de saúde; 6. Poderá excepcionalmente ser admitido um mecanismo de autorização prévia dos Estados – por regra é vista como um impedimento à livre prestação de serviços – com fundamento em “razões imperiosas de interesse público”¹⁹⁴.

O Estado competente para autorizar às *personas aseguradas*¹⁹⁵ a receberem tratamento fora do Estado membro de residência, denomina-se de “Estado membro de afiliação” e segundo os regulamentos de coordenação dos sistemas de segurança social tem como principais obrigações as seguintes.

Em primeiro lugar, o dever de reembolso dos montantes relacionados com os custos dos cuidados de saúde transfronteiriços (artigo 5.º, alínea a)), a par do dever de informação sobre os direitos dos doentes relacionados com a obtenção de cuidados de saúde transfronteiriços, incluindo sobre o reembolso dos respectivos custos (artigo 5.º, alínea b) articulado com o artigo 7.º, n.º 6).

O Estado de afiliação deverá ainda assegurar ao doente que pretenda ter cuidados transfronteiriços, o acesso aos mesmos, devendo determinar os cuidados a que a pessoa asegurada tem direito, independentemente do local de prestação. Recai sobre este Estado, de igual modo, a obrigação de assegurar o acesso ao processo clínico (artigo 5.º, alínea d)) e de proceder ao acompanhamento clínico necessário, tal como teriam se os cuidados de saúde tivessem sido prestados no seu território, pelos seus próprios estabelecimentos de saúde.

É importante salientar que o Estado de afiliação apenas está vinculado ao pagamento do reembolso dos custos dos cuidados de saúde, nos exactos termos em que teria se esses actos médicos fossem prestados no Estado membro de afiliação.

Portanto, o Estado de afiliação terá de pagar somente até ao limite dos custos que os cuidados de saúde teriam se tivessem sido praticados no seu território. Por outro lado, nunca terá de pagar o excedente dos custos reais dos cuidados recebidos (artigo 7.º, nºs 3 e 4), mas, em contrapartida, pode

decidir pagar as despesas de deslocação e de alojamento, nos termos do artigo 7.º, n.º 4.

A obrigação de proceder ao reembolso dos custos dos cuidados médicos conhece excepções, contempladas no artigo 7.º, n.º 9 e no artigo 8.º, mediante a sujeição a autorização prévia. Esta autorização prévia gerou algumas reservas e granjeou críticas, designadamente por parte da Entidade Reguladora da Saúde¹⁹⁶, mas sobre as mesmas não nos debruçaremos, porquanto não constitui objecto deste estudo.

Desta directiva resulta, na esfera jurídica do Estado-membro de “tratamento” entendido como aquele Estado em cujo território os cuidados de saúde são efectivamente prestados ao doente¹⁹⁷, um conjunto significativo de determinadas obrigações positivas e negativas.

Nos termos preceituados pelo artigo 4.º, pertencem ao Estado membro de tratamento as seguintes incumbências:

O tratamento em condições de não discriminação, em obediência aos princípios de universalidade, qualidade, equidade e solidariedade são obrigações primordiais, pelas quais o Estado de tratamento deverá pautar a sua actuação.

A prestação de informação clara, objectiva e relevante que permite ao doente, com vontade esclarecida, optar pelo recurso à prestação de cuidados de saúde nesse Estado. Esta informação deverá versar sobre as normas e orientações em matéria de qualidade e de segurança, como as referentes à supervisão, avaliação dos prestadores de cuidados de saúde e sobre a acessibilidade dos hospitais para pessoas com deficiência (alíneas a) e b), do artigo 4.º).

Outra obrigação imposta ao Estado-membro de tratamento é conceder aos doentes o acesso aos adequados procedimentos de reclamação, dotados de transparência para eventual reparação de danos originados na prestação de cuidados de saúde é outra prioridade do Estado de tratamento (alínea c), do citado artigo 4.º).

É outra tarefa do Estado em que os cuidados médicos são prestados assegurar a existência de um seguro de responsabilidade profissional ou outra garantia para acautelar danos e riscos na saúde e integridade física do doente. Por outro lado, o reconhecimento e zelo pelo *direito à privacidade dos dados pessoais*, assim como a garantia de continuidade do tratamento associado ao registo clínico e informático do tratamento realizado, são prioridades a ter em consideração (alíneas e) e f), do artigo 4.º).

2. Em especial: o dever de sigilo médico. Seu conceito e “álea”.

O “Juramento de Hipócrates”¹⁹⁸ expressa que é uma das regras deontológicas da profissão médica o dever de sigilo traduzido na expressão: “Mesmo após a morte do doente respeitarei os segredos que me tiver confiado”.

O sigilo médico consiste, *lato sensu*, como o dever que impende sobre *qualquer profissional* de saúde – e não apenas o *médico*¹⁹⁹ – que haja entrado em contacto com um paciente e desta relação profissional haja tomado conhecimento de informações relacionadas com a sua condição de saúde.

Dentro do espectro do sigilo médico incluem-se quaisquer informações reveladas pelo doente e não exclusivamente aquelas que resultam da sua condição médica²⁰⁰, encontrando-se o profissional de saúde vedado a comprometer de modo directo ou indirecto²⁰¹ esse laço de confiança que caracteriza a relação jurídico-médica entre doente e “estabelecimento de saúde”.

A confiança que emerge da relação entre o doente e o seu médico possui tutela jurídica, mesmo após o seu *terminus*. O médico encontra-se vinculado ao sigilo mesmo após “dar alta” ao seu doente, cessar o respectivo tratamento e relação jurídica, sendo irrelevante se a doença é grave ou não e independentemente de a pessoa a quem é revelada a informação é familiar ou desconhecida do doente.

Importa salientar que o dever de sigilo continua a vincular o médico mesmo após o termo da relação jurídico-médica, podendo o doente intentar acção judicial contra o seu médico se se provar que este, mesmo após deixar de ser o seu clínico, revelar alguma informação obtida na constância da relação médica. Pelo contrário, o dever de sigilo médico perdura para além da própria morte do doente: *“este secreto se extiende, asimismo, a los pacientes ya fallecidos, incluyendo aquéllos datos que sean derivación de la enfermedad o terapia a las que se hubiera sometido (...)”*²⁰².

Por seu turno, a Carta Europeia de Ética Médica consagra o dever de sigilo enquanto princípio ético da actividade médica. No seu artigo 5.º refere expressamente que *“o médico é o principal confidente do doente. Trairá a sua confiança se revelar o que soube através do doente”* e complementa aquele princípio mencionando no seu artigo 6.º que *“o médico usa o seu conhecimento profissional para melhorar ou manter a saúde daqueles que lha confiarem, e a seu pedido; o médico não poderá agir em seu detrimento em nenhuma circunstância”*.

O fundamento para uma tutela jurídica tão forte remonta deontologicamente ao “Juramento de Hipócrates” e juridicamente encontra o seu cerne na Declaração Universal dos Direitos do Homem, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Convenção da Biomedicina e em Portugal na Constituição da República Portuguesa. Este dever surge como correlativo dos direitos humanos e fundamentais, simultaneamente qualificados como direitos de personalidade, à reserva da intimidade da vida privada e familiar, *inclusive*.

2.1. O dever de sigilo médico nos cuidados transfronteiriços. Enquadramento legal.

No que concerne ao dever de sigilo médico no âmbito dos cuidados de saúde prestados no espaço europeu, ao abrigo da directiva comunitária n.º 2011/24/UE, do PE e do Conselho, de 9 de março de 2011, estriba-se dentro nos limites deste acto normativo e tem aplicação segundo os termos da Lei que a transpõe para o ordenamento jurídico português: Lei n.º 52/2014, de 25 de agosto.

Da alínea j), constante no artigo 3.º²⁰³, constante na Lei n.º 52/2014, de 25 de agosto, podemos ler que é “processo clínico” *qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação de saúde sobre os doentes ou seus familiares (...)*, o qual encontra-se protegido ao abrigo do princípio do respeito pelo direito à privacidade dos doentes (artigo 4.º, n.º 2, da supracitada lei). Compete, outrossim, aos prestadores dos cuidados de saúde transfronteiriços, prestar ao doente informação variada, que directamente lhe concerne, de modo electrónico, visto que o doente tem o direito fundamental a conhecer o teor da informação médica registada no seu processo clínico, bem como, a aceder-lhe à distância e a dispor de, pelo menos, uma cópia daquele (artigo 6.º, n.º 2 e n.º 4, respectivamente²⁰⁴).

O procedimento para tratamento transfronteiriço depende do pedido de autorização prévia por parte do beneficiário através do portal do utente junto da unidade hospitalar da área de residência do beneficiário ou da unidade competente de cada região autónoma (artigo 12.º, n.º 1²⁰⁵). Este requerimento contém informação pessoal e médica privilegiada. Por conseguinte, o dever de sigilo médico abrange este momento procedimental vinculando as autoridades públicas, uma vez que este requerimento de pedido de informação contém informação clínica, a concreta necessidade de realização da prestação de cuidados de saúde, bem como outros dados pessoais do doente, como a sua identidade, número de identificação de cidadão, número de utente, número de identificação fiscal, número de

identificação de segurança social, a residência fiscal, a idade, o sexo, etc.²⁰⁶.

O requerimento consta de um formulário, cujo modelo é uniforme para todos os doentes e são aprovados pela ACSS,I.P. e pelos serviços competentes das regiões autónomas, encontrando-se previamente sujeitos a aprovação por parte da autoridade da Comissão Nacional de Protecção de Dados²⁰⁷⁻²⁰⁸.

Em termos procedimentais, a iniciativa em receber cuidados médicos transfronteiriços deverá partir do interessado, ou seja, do doente mediante o mencionado requerimento. A informação clínica constante do requerimento do pedido de autorização prévia encontra-se sujeita a uma avaliação clínica hospitalar sobre a necessidade de diagnóstico ou de tratamento ou cirurgia. Em caso de urgência clínica, após 20 dias úteis contados do momento em que o doente formula o seu pedido de autorização prévia, terá de ser emitida aquela avaliação médica contendo uma proposta de deferimento ou indeferimento do pedido de autorização prévia²⁰⁹.

O requerimento do pedido de autorização prévia e o relatório de avaliação clínica são enviados pela unidade hospitalar que acompanhou o doente e que emitiu o relatório à ACSS, I.P., para aprovação ou indeferimento, tendo esta entidade ou os serviços competentes das regiões autónomas de decidir dentro de 15 dias úteis a contar do momento em que recebem o relatório da avaliação clínica. Este prazo pode ser encurtado se a condição clínica do doente revelar urgência²¹⁰.

Se aqueles serviços e entidade tiverem dúvidas sobre a decisão a ser adoptada, poderão solicitar parecer da Direcção-Geral de Saúde (DGS) a ser emitido no prazo de 5 dias úteis²¹¹.

A Lei n.º 52/2014 manifesta o seu cuidado com a necessidade de acautelar os dados médicos do doente, ao prever no n.º 5, do artigo 14.º, que a ACSS, I.P. e a DGS restrinjam o acesso da informação clínica do doente somente a *profissionais de saúde, vinculados ao dever de sigilo médico* nos termos legalmente preceituados²¹².

Do mesmo modo que o relatório de avaliação clínica e todos os dados pessoais se encontram submetidos à obrigatoriedade do sigilo, também as receitas médicas se encontram vinculadas ao dever de segredo, porquanto dela constam os dados de identificação do doente²¹³, do próprio profissional de saúde responsável pela sua prescrição²¹⁴, desvelando-se, muitas vezes, a concreta doença do paciente em virtude do medicamento ou tratamento recomendado.

3. Exceções ao dever de sigilo médico.

Em termos penais, é sancionado como crime de violação de segredo, da previsão do artigo 195.º do Código Penal “*Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte*”. Existem, no entanto, causas de exclusão de ilicitude, as quais estão consagradas no artigo 31.º n.º 1 do Código Penal, plasmando, no seu n.º 2, as seguintes situações: a) “*Em legítima defesa*”; b) “*No exercício de um direito*”; c) “*No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade*”; d) “*Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado*”. Nos termos do artigo 36.º, n.º 1 do Código Penal “*Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar*”. Por sua vez, o Código de Processo Penal admite a dispensa do segredo profissional, com base no princípio da prevalência do interesse preponderante, ao estabelecer no artigo 135.º, n.º 3 do Código de Processo Penal que a quebra desse sigilo apenas terá lugar quando se “*mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante, nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de protecção de bens jurídicos*”.

Existem exceções ao dever de sigilo médico, desde logo, o *consentimento* do doente²¹⁵. A forma como este consentimento deverá ser

prestado é outra questão pertinente, sendo que a doutrina dominante considera que deverá ser expresso e prestado por escrito, até para efeitos de prova em sede judicial.

Perante a autorização do paciente em que sejam revelados alguns factos ou informações relativos à sua condição clínica ou outros dados transmitidos ao seu médico no âmbito da sua relação médica, estará afastada a ilicitude dessa revelação.

A quebra do sigilo médico deverá ocorrer quando se trate de risco para a *saúde pública*, pois a prioridade deverá ser a preservação da saúde e bem-estar de toda a comunidade. O interesse particular do doente cede perante a saúde da população, encontrando-se o doente desvinculado da sua obrigação de guardar reserva e segredo. Não obstante, deverá ser preservada a identidade do doente *na medida do possível*²¹⁶, apenas podendo ser revelada quando tal seja imperativo para a preservação da saúde pública²¹⁷. Para além destas duas excepções, surge aquela outra relacionada com razões científicas, de investigação ou ensino²¹⁸.

O médico pode revelar informações obtidas através do exercício da sua actividade, quando o conhecimento sobre a doença ou circunstâncias concretas em que esta foi contraída ou transmitida, se mostra decisivo para o avanço da *legis artis ad hoc medicinae*, ou seja, quando o conhecimento da doença possa conduzir ao avanço da ciência, do estado da arte, ao tratamento, eventual cura ou prevenção dessa mesma doença.

Outra excepção é a decisão judicial, ou seja, no âmbito de um processo a decorrer em tribunal, o médico poderá vir a ser impelido ou habilitado a divulgar as informações de que dispõe sobre o seu doente. O médico é chamado a testemunhar perante os tribunais ou a facultar documentação ou o processo clínico²¹⁹.

Outra excepção ao dever de sigilo reconhecida ao médico, apoiada pela Ordem dos Médicos, permitida pela deontologia da profissão, reporta-se às situações em que o doente contraiu o vírus HIV, é casado ou vive em união de facto e não pretende revelar a sua doença à sua cónjuge ou parceira.

Nestes casos, o médico deverá tentar persuadir o doente a informar a sua cōnjuge de que se encontra infectado com o vírus e, apenas na circunstância de este se recusar, é que o médico deverá informar os respectivos familiares que coabitam com o doente. Contudo, previamente o médico deverá fazer uma exposição à Ordem dos Médicos com vista a obter a referida autorização de quebra de sigilo.

4. A violação de sigilo médico no “ciberespaço”. Principais perigos.

O “processo clínico” do doente é “*todo o conjunto de documentos com todo o tipo de dados, avaliações e informações sobre a situação e a evolução clínica de um doente ao longo do processo de cuidados de saúde*”²²⁰, sendo importante realçar que são havidos como “cuidados de saúde” transfronteiriços, não apenas os *cuidados médicos stricto sensu* como as *cirurgias* ou *exames*, mas também a prescrição de fármacos, fornecimento de medicamentos e de dispositivos médicos²²¹.

Da combinação destas duas concepções, é particularmente relevante salientar os seguintes aspectos.

Em primeiro lugar, é considerado “processo clínico” não apenas os relatórios de avaliação de saúde e os registos médicos propriamente ditos, mas todas as informações sobre aquela pessoa, incluindo todos os dados pessoais, como a filiação, idade, sexo, residência, profissão, etc. Quer dizer, encontram-se ao abrigo do sigilo médico todas as informações que tenham sido fornecidas por aquele indivíduo, sejam *médicas* ou *não médicas*. Portanto, qualquer informação fornecida pelo paciente, independentemente de estar relacionada ou não, com o seu estado de saúde encontra-se protegida ao abrigo do dever de sigilo médico. Por outro lado, importa ter presente que o processo de avaliação, manutenção, reabilitação e acompanhamento clínico do doente pode durar meses e por vezes anos, passando pelas “mãos” de vários profissionais de saúde ou equipas médicas, de diferentes especialidades e com múltiplas funções.

Esta realidade permite compreender a dificuldade em manter absolutamente sob reserva a confidencialidade dos doentes e existindo uma “fuga” de informações sobre um determinado doente, mais complicado se torna descobrir de que serviço e de quem ela partiu.

O doente tem direito a, pelo menos, uma cópia do seu processo clínico ou a aceder à distância, através da internet, aos relatórios médicos e a todos os outros documentos que lhe dizem directamente respeito. Ora, é neste momento que poderão surgir perigos no ciberespaço, sendo os principais riscos²²² o “*phishing*”, o “*pharming*” e o “*roubo de identidade*”.

O “*phishing*” consiste no tipo de fraude pelo qual o *hacker* tenta usurpar dados pessoais e financeiros do usuário da *internet*, através da utilização de formulários ou *páginas web* de serviços falsos, a necessidade de clicar em *links* que levam a um reencaminhamento para *páginas web* nos quais são pedidas informações à vítima²²³.

A partir do momento em que a vítima clica em “enviar”, o *hacker* recebe as informações de que necessita para proceder ao roubo do dinheiro da conta bancária ou fazer acções em nome do usuário, como fazer compras *online* a debitar na conta do usuário.

Por seu turno, o “*pharming*” consiste numa modalidade específica de *phishing* que funciona mediante o “redireccionamento da navegação do usuário para *sites* falsos mediante alterações no serviço do “*Domain Name System*”, o usuário tenta aceder a um *site* legítimo, mas o navegador da *web* é redireccionado para uma página falsa”²²⁴.

No caso do “*roubo de identidade*”, o autor da fraude, após obter os dados pessoais principais do usuário, por um daqueles meios supracitados, faz-se passar por ele, podendo abrir uma “empresa fantoche” ou conta bancária, comprar viagens ou outro tipo de serviço e de bens de consumo ou mesmo aceder ao *email* do próprio usuário, comportando-se como se tivesse a identidade deste²²⁵.

Em segundo lugar, da consideração das duas concepções supracitadas, salientamos o facto de o acto de prescrição farmacológica ser realizado

electronicamente, envolvendo os dois Estados membros, o de tratamento e o de filiação, o que aumenta o risco de violação da protecção de dados pessoais no ciberespaço.

A prescrição electrónica de medicamentos, apesar de ser assinada digitalmente pelo médico que as prescreve e pelo próprio farmacêutico, corre o perigo de ser aproveitada por redes *hackers* e de contrafacção de medicamentos, adulterando os nomes dos verdadeiros doentes, colocando outros nomes fictícios de “clientes”.

Poderá surgir no ciberespaço europeu, um mercado negro de medicamentos e de fornecimento de receitas médicas, as quais são “roubadas” neste novo e intenso “trânsito” transfronteiriço de cuidados de saúde, as quais associados aos roubos de identidade dos doentes poderá facilitar a prática do crime de burla aos sistemas de saúde e de segurança social.

Os cuidados de saúde transfronteiriços nos Estados membros proporcionados pela Directiva 2011/24/UE vêm, deste modo, potenciar o surgimento de novos “cibercrimes”, mais desafiantes para as autoridades de saúde, colocando a saúde pública em perigo, em virtude de medicamentos contrafeitos ou posologia de medicamentos falsificados.

5. Conclusão: a vulnerabilidade do sigilo médico no ciberespaço.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem protege o direito à privacidade e consagra a protecção dos dados pessoais, no artigo 12.º: *“Ninguém sofrerá intromissões arbitrarias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei”*.

No âmbito europeu, existe a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual consagra o direito à privacidade da vida privada e familiar²²⁶, bem como, o direito à protecção de dados pessoais²²⁷, nos seus artigos 7.º e 8.º, respectivamente.

Na CRP, o artigo 26.º, n.º 1 (“(...) reserva da intimidade da vida privada e familiar (...)), n.º 2 (“A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas (...) de informações relativas às pessoas e famílias”).

O direito à privacidade consiste no direito fundamental de reserva no tratamento e dos dados pessoais do paciente, impondo a obrigação de não divulgação dos mesmos. A União Europeia preocupa-se com a salvaguarda de informações pessoais mediante a consagração de regras sobre a protecção de dados pessoais (Directivas 95/46/CE e 2002/58/CE²²⁸⁻²²⁹). Ora, nos cuidados de saúde transfronteiriços, tanto a prescrição dos medicamentos é electrónica, como o acompanhamento clínico do doente far-se-á, em muitas ocasiões, por via electrónica, o que significa que aplicar-se-ão as mesmas regras e cautelas legais e procedimentais constantes daquela directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002 relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, a qual impõe o dever de confidencialidade das comunicações (artigo 5.º), sejam via telefónica, seja via “correspondência virtual” através de *emails*.

Pese embora, haja toda uma diversidade de legislação a tutelar o segredo de dados pessoais, onde se incluem as informações médicas de uma determinada pessoa, é curial considerar que o sigilo médico é protegido por um “delicado véu”, porquanto as medidas efectivas de protecção e de execução das políticas de confidencialidade revelam-se ineficientes perante os avanços tecnológicos e os “novos” crimes relacionados com a *internet*.

Na verdade, verificando-se “fuga de informação clínica” sobre um determinado doente, sendo violado o sigilo médico, surge a questão de saber como deverá o doente proceder, ou seja, contra quem deverá exigir judicialmente uma indemnização por desrespeito pelos seus direitos de reserva à intimidade da vida privada e familiar, reputação e honra (v.g. cidadão político que vê ser publicitada uma doença do foro sexual como uma doença sexualmente transmissível, etc.).

Como foi referido, existem várias entidades e pessoal clínico, desde enfermeiras, médicos e outro “*staff*” médico que contacta com um doente, tanto do Estado membro de filiação, como do Estado membro de tratamento, sendo muito difícil determinar de onde surgiu a divulgação dos dados pessoais ou clínicos.

Qualificamos juridicamente a violação do sigilo médico como “erro médico” em sentido lato, devendo de ser introduzido um regime mais favorável ao lesado, mormente ao nível probatório.

Nestas circunstâncias em que seja praticamente “diabólica” a origem da “fuga de informação”, sugerimos a *inversão do ónus da prova* por parte dos estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde que com o doente contactaram, tendo a indemnização de ser ressarcida a título de danos morais ou patrimoniais, quando a divulgação dos dados pessoais do doente conduza à perda de emprego ou outra espécie de desvantagem patrimonial. Terão as entidades e equipas médicas de demonstrar que o sigilo médico foi por si preservado, sendo o foco de origem da divulgação médica e pessoal, noutras entidades.

Deste modo, uma ideia interessante seria criar um “fundo de garantia”, para efeitos de ressarcimento dos doentes lesados, em virtude de violação do sigilo médico, bem como, por ocorrência de outras lesões, como a ofensa à integridade física resultantes de erro médico.

Bibliografia:

Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Conselho da Europa (2014). Manual da Legislação Europeia sobre Protecção de Dados, Bruxelas. (coe.int/dataprotection)

Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação (2014). *O Tratamento de Dados Pessoais em Portugal. Breve Guia Prático.*

Vaz, A. (2007, Verão). Segurança da Informação, Protecção da Privacidade e dos Dados Pessoais. *Nação e Defesa*, n.º117-3.ª série, 35-63. *Cartilha de*

Segurança para Internet, versão 4.0 / CERT.br – São Paulo: Comité Gestor da Internet no Brasil, 2012. (ISBN: 978-85-60062-54-6)

Coloma, A. (2002). *La Medicina ante los Derechos del Paciente*. Madrid: Editorial Montecorvo.

Gomes, M. (2006). *O Código da Privacidade e da protecção de dados pessoais na lei e na jurisprudência (nacional e internacional)*. Coleção Direito das Novas Tecnologias. Famalicão: Centro Atlântico.

Estorninho, M. J. & Macieirinha, T. (2014). *Direito da Saúde. Lições*. Lisboa: Editora Universidade Católica Portuguesa.

Moniz, H. (1997, Abril-Junho). *Notas sobre a protecção de dados pessoais perante a informática*. RPCC, ano 7.º, II, 231-298, 245/261.

Morais, I. (2012). *O segredo profissional do médico no âmbito dos testes de HIV*. Dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa do Porto, Portugal.

Pereira, G. (2009). O dever de sigilo médico: um roteiro da lei portuguesa. *Revista Portuguesa do Dano corporal*, 19, 9 - 50.

Rueff, M. (2010). Violação de segredo em medicina. *Acta Med Port.*, 23(1), 141-147.

Legislação:

Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes (<http://dgsaude.pt>).

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Carta Europeia de Ética Médica: adoptada em Kos, Grécia, no dia 10 de Junho de 2011 numa reunião do Conselho Europeu das Ordens dos Médicos (CEOM).

Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento Europeu, Comité Económico e Social e Comité das Regiões, Bruxelas, 28.05.2002, COM(2002) 263 final.

Constituição da República Portuguesa.

Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho, relativa à protecção dos dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal, veio regular a matéria no espaço de liberdade, segurança e justiça. _ Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, alterada pela Directiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações e pela Directiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

Directiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009. Altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/19/CE relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos e a Directiva 2002/20/CE relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas.

Grupo de Trabalho de protecção de dados pessoais. Documento de trabalho sobre biometria. Adoptado em 1 de agosto de 2003. www.europa.eu.int/comm/privacy

JO L 281 de 23/11/1995, p. 31, disponível em:

Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto).

Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto. Transpõe a directiva n.º 2009/136/CE, na parte que altera a directiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de julho relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, procedendo à primeira alteração à Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, e à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 janeiro.

Lei n.º 52/2014, de 25 de agosto. Estabelece normas de acesso a cuidados de saúde transfronteiriços e promove a cooperação em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços, transpondo a directiva n.º 2011/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março, e a directiva de execução n.º 2012/52/UE da Comissão, de 20 de dezembro de 2012.

Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados.

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Sites:

http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/dataprot/index.htm

<http://im.med.up.pt/seguranca/>

<http://www.cgtp.pt/images/images/2015/03/Direitospersonalidade2015.pdf>

Jurisprudência:

Tribunal da Relação do Porto: Acórdão 13-03-2013, relator (Álvaro Melo), Processo n.º 605/10.1T3AVR-A.P1

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: Acórdão da Câmara II - VARAPNICKAITE-MAZYLIENE c. LITUÂNIA (queixa no. 20376/05, acórdão de 17 Janeiro 2012) (revelação pública de dados médicos)

-

¹⁸⁹ Este Regulamento europeu cria um terceiro Programa de acção da União no domínio da saúde (2014-2020) e revoga a Decisão n.º 1350/2007/CE.

¹⁹⁰ Cfr. Pontos 10 e 11 do Regulamento (UE) n.º 282/2014 do PE e do Conselho de 11 de março de 2014.

¹⁹¹ Ver o anexo I do Regulamento (UE) n.º 282/2014 do PE e do Conselho de 11 de março de 2014, do qual constam os quatro grandes grupos de objetivos das políticas de saúde da União Europeia: a) promover a saúde e prevenir as doenças, incentivar a criação de ambientes propícios a estilos de vida saudáveis, atendendo ao princípio de integração da saúde em todas as políticas; b) proteger os cidadãos de graves ameaças sanitárias transfronteiriças; c) contribuir para sistemas de saúde inovadores, eficientes e sustentáveis; d) facilitar o acesso dos cidadãos da União a cuidados de saúde de melhor qualidade e mais seguros.

¹⁹² Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA. *Direito da Saúde. Lições*. Lisboa: Editora Universidade Católica Portuguesa, 2014, p. 282.

- 193 Assim, cfr. ponto 10 da directiva n.º 2011/24/UE, do PE e do Conselho, de 9 de março de 2011.
- 194 Assim, MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA. *Direito da Saúde. Lições*. Lisboa: Editora Universidade Católica Portuguesa, 2014, p. 283.
- 195 Nos termos do artigo 3.º, alínea b), da directiva, é “pessoa segurada” a pessoa, incluindo os membros da sua família e os seus sobreviventes abrangidas pelo artigo 2.º, do Regulamento CE n.º 833/2004 e os nacionais de um terceiro país abrangidos pelo Regulamento CE n.º 859/2003 ou que reúnam as condições fixadas na legislação do Estado membro de afiliação relativa ao direito às prestações.
- 196 Neste sentido, *vide* com detalhe o Parecer da Entidade Reguladora da Saúde sobre a Directiva n.º 2011/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2011.
- 197 *Vide* o artigo 3.º, alínea d), da directiva.
- 198 “Juramento de Hipócrates”, sob a Fórmula de Genebra, adoptado pela Associação Médica Mundial, em 1983.
- 199 “En cuanto al principio ético del secreto médico, va inherente a la naturaleza de su profesión. Y no sólo los Médicos, sino también sus colaboradores, como enfermeras, ayudantes, etc., tienen este deber u obligación moral de guardar secreto. Igualmente, están obligados a guardarlo los farmacéuticos, así como cualquier persona que, en el desempeño de su profesión, tuviese actividades conexas con las del Médico, porque, en definitiva, lo que se pretende es que no quede lesionada la intimidad personal y familiar del enfermo o la de aquéllos que entran, por su relación con él, en su esfera privada. Por eso, las personas que reciben las observaciones y consejos del Médico están, a su vez, obligadas a guardar secreto, y ello debido a un deber profesional o más bien familiar de discreción”. Neste sentido, *vide* Coloma, A. (2002). *La Medicina ante los Derechos del Paciente*. Madrid: Editorial Montecorvo, pp. 24 e 25.
- 200 “El secreto profesional comprende hechos, datos, circunstancias, actos y situaciones que el paciente desvela al Médico y que, generalmente, están ocultos a otras personas. Puede afirmarse, en este sentido, que son secretos que reconocen en la profesión que ejerce el depositario de los mismos la causa o el motivo de su transmisión”. Assim, *vide* Coloma, A. (2002). *La Medicina ante los Derechos del Paciente*. Madrid: Editorial Montecorvo, p. 23.
- 201 Neste sentido, *vide* Coloma, A. (2002). *La Medicina ante los Derechos del Paciente*. Madrid: Editorial Montecorvo, p. 21 e seguintes.
- 202 Assim, Coloma, A. (2002). *La Medicina ante los Derechos del Paciente*. Madrid: Editorial Montecorvo, pp.33.
- 203 Lei n.º 52/2014, de 25 de agosto. Estabelece normas de acesso a cuidados de saúde transfronteiriços e promove a cooperação em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços, transpondo a directiva n.º 2011/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março, e a directiva de execução n.º 2012/52/UE da Comissão, de 20 de dezembro de 2012.

²⁰⁴ Lei n.º 52/2014 de 25 de agosto.

²⁰⁵ Lei n.º 52/2014 de 25 de agosto.

²⁰⁶ Cfr. artigo 12.º, n.º 2, da Lei n.º 52/2014 de 25 de agosto.

²⁰⁷ Cfr. artigo 12.º, n.º 3, da Lei n.º 52/2014 de 25 de agosto.

²⁰⁸ A CNPD é uma entidade administrativa independente com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República. Tem como atribuição genérica controlar e fiscalizar o processamento de dados pessoais, em rigoroso respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades e garantias consagradas na Constituição e na lei. A Comissão é a Autoridade Nacional de Controlo de Dados Pessoais. A CNPD coopera com as autoridades de controlo de proteção de dados de outros Estados, nomeadamente na defesa e no exercício dos direitos de pessoas residentes no estrangeiro. As suas atribuições são as seguintes: 1) Controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de proteção de dados pessoais; 2) Emitir parecer prévio sobre quaisquer disposições legais, bem como sobre instrumentos jurídicos comunitários ou internacionais relativos ao tratamento de dados pessoais; 3) Exercer poderes de investigação e inquérito, podendo para tal aceder aos dados objeto de tratamento; 4) Exercer poderes de autoridade, designadamente o de ordenar o bloqueio, apagamento ou destruição dos dados, assim como o de proibir temporária ou definitivamente o tratamento de dados pessoais; 5) Advertir ou censurar publicamente o responsável do tratamento dos dados, pelo não cumprimento das disposições legais nesta matéria; 6) Intervir em processos judiciais no caso de violação da lei de proteção de dados; 7) Denunciar ao Ministério Público as infrações penais nesta matéria, bem como praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de provas. De entre as competências, podemos enunciar as seguintes: a) Emitir pareceres sobre disposições legais e instrumentos jurídicos nacionais, comunitários e internacionais, relativos ao tratamento de dados pessoais; b) Autorizar ou registar, consoante os casos, os tratamentos de dados pessoais; c) Autorizar, em casos excecionais, a utilização de dados pessoais para finalidades não determinantes da recolha; d) Autorizar, em casos excecionais, a interconexão de tratamentos de dados pessoais; e) Autorizar a transferência internacional de dados pessoais; f) Fixar o prazo de conservação dos dados, em função da finalidade; Assegurar o direito de acesso, retificação e actualização; g) Autorizar a fixação de custos ou de periodicidade para o exercício do direito de acesso; h) Fixar prazos máximos de cumprimento do exercício do direito de acesso em cada sector de actividade; i) Dar seguimento ao pedido efetuado por qualquer pessoa, ou por associação que a represente, para proteção dos seus direitos e liberdades, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e informá-la do seu resultado; j) Verificar, a pedido de qualquer pessoa, a licitude de um tratamento de dados, no caso de acesso indireto, e informá-la da realização da verificação; k) Apreciar reclamações, queixas ou petições dos particulares; l) Assegurar a representação junto de instâncias comuns de controlo de proteção de dados pessoais e exercer funções de representação e fiscalização no âmbito dos sistemas de Schengen e Europol; m) Deliberar sobre a aplicação de coimas; n) Promover e apreciar códigos de conduta; o) Promover a divulgação e esclarecimento dos direitos relativos à proteção de dados; p) Dar publicidade periódica à sua actividade; q) Emitir diretivas para sectores de atividade, relativas ao prazo de conservação dos dados, às medidas de segurança e aos códigos de conduta. cfr. <https://www.cnpd.pt/bin/cnpd/acnpd.htm> acedido em 20/2/2016.

- ²⁰⁹ Cfr. artigo 13.º, n.º 1 e n.º 2, da Lei n.º 52/2014 de 25 de agosto.
- ²¹⁰ Cfr. artigo 14.º, n.º 1 e n.º 2, da Lei n.º 52/2014 de 25 de agosto.
- ²¹¹ Cfr. artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 52/2014 de 25 de agosto.
- ²¹² Cfr. artigo 14.º, n.º 5, da Lei n.º 52/2014 de 25 de agosto.
- ²¹³ Cfr. artigo 15.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 52/2014 de 25 de agosto.
- ²¹⁴ Cfr. artigo 15.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 52/2014 de 25 de agosto.
- ²¹⁵ Assim, Coloma, A. (2002). *La Medicina ante los Derechos del Paciente*. Madrid: Editorial Montecorvo, p. 37 a 40.
- ²¹⁶ Assim, Coloma, A. (2002). *La Medicina ante los Derechos del Paciente*. Madrid: Editorial Montecorvo, p. 40 e seguintes.
- ²¹⁷ Importante é a análise casuística, perante as circunstâncias do caso concreto, traduzida nesta afirmação do Supremo Tribunal de Justiça: “*pela avaliação da diferente natureza e relevância dos bens jurídicos tutelados por aqueles deveres, segundo um critério de proporcionalidade na restrição, na medida do necessário, de direitos e interesses constitucionalmente protegidos, como impõe o n.º 2 do art. 18.º, da Constituição, e tendo em consideração do caso concreto*”, conferindo-se prioridade a um dos valores conflituantes” (Acórdão STJ, 21-4-2004).
- ²¹⁸ Assim, Coloma, A. (2002). *La Medicina ante los Derechos del Paciente*. Madrid: Editorial Montecorvo, pp. 41 e seguintes.
- ²¹⁹ Neste sentido, vide Tribunal da Relação do Porto: Acórdão 13-03-2013, relator (Álvaro Melo), Processo n.º 605/10.1T3AVR-A.P1.
- ²²⁰ Cfr. Directiva 2011/24/UE, Cap. I, artigo 3.º, al. m) contém a noção de “processo clínico”.
- ²²¹ Cfr. Directiva 2011/24/UE, Cap. I, artigo 3.º, al. a) prevê a noção de “cuidados de saúde”.
- ²²² Vide, com maior detalhe, *Cartilha de Segurança para Internet*, versão 4.0 / CERT.br – São Paulo: Comité Gestor da Internet no Brasil, 2012, pp. 6 e seguintes.
- ²²³ *Cartilha de Segurança para Internet*, versão 4.0 / CERT.br – São Paulo: Comité Gestor da Internet no Brasil, 2012, pp. 9 a 11.
- ²²⁴ Citando a *Cartilha de Segurança para Internet*, versão 4.0 / CERT.br – São Paulo: Comité Gestor da Internet no Brasil, 2012, pp. 11 e 12.
- ²²⁵ Cfr. *Cartilha de Segurança para Internet*, versão 4.0 / CERT.br – São Paulo: Comité Gestor da Internet no Brasil, 2012, p. 6.

226 “Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações”.

227 “1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.

2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente”.

228 Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002 relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, também denominada “Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas”.

229 Cfr. Directiva 2011/24/UE, Cap. II, artigo 4.º, n.º 2, al.e) estabelece a obrigação de o Estado-membro de tratamento assegurar a preservação da privacidade dos dados pessoais transmitidos no âmbito da prestação de cuidados de saúde transfronteiriços.

A PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NO ÂMBITO PARLAMENTAR: ANÁLISE DOS CASOS ESPANHOL E PORTUGUÊS

Paloma Paes Rodrigues

Resumo

Ao refletir sobre os desafios contemporâneos na Europa deve-se ter em conta a relevância da representatividade das mulheres na esfera política e suas repercussões. Isso porque a questão relativa a desigualdade de gêneros no âmbito político é um tema controvertido e que ainda gera muitas discussões, principalmente na sociedade ocidental e no ambiente acadêmico. No entanto, apesar dos avanços e conquistas dos direitos das mulheres, na atualidade, ainda faz-se necessário criar mecanismos para inserção da mulher no seio da sociedade, retirando-a da marginalização e do silêncio reprimido.

Na década de 70 foi implementada em Suécia a primeira política de quotas da Europa para combater a subrepresentação feminina, sendo necessários mais de vinte anos para que tais medidas alcançassem maior adesão em outros países europeus, como Portugal, Espanha, Itália e França.

Esse foi o caso de Espanha que, na década de 2000 teve uma produção legislativa realizada por algumas Comunidades Autônomas, relativa as candidaturas eleitorais, cuja previsão era garantir uma presença equilibrada entre os sexos nas listas eleitorais. Como cada região instituiu a sua norma, gerou-se um clima de incertezas acerca de sua competência e legalidade, o

que culminou na edição da Lei Orgânica para a Igualdade efetiva entre Mulheres e Homens n.º 3/2007.

Por outro lado, em Portugal havia resistência a respeito da implantação de uma política de quotas com o escopo de asseverar uma maior participação das mulheres no âmbito político, ante a possibilidade da lei ser declarada inconstitucional. No entanto, somente após a alteração do texto constitucional, foi concebida a Lei Orgânica n.º 3/2006, de 21 de agosto, cuja previsão principal foi fixar um percentual mínimo de 33,3% para cada um dos sexos nas listas eleitorais.

Todavia, embora estes Estados tenham passado por processos históricos e emancipatórios distintos, ainda não alcançaram nos órgãos de poder uma efetiva participação equilibrada entre os sexos, refletindo, principalmente, na esfera legislativa uma homogeneidade cravada pelo sexo masculino, mesmo após quase quarenta anos da edição de suas Constituições democráticas.

Assim, essa amostragem nos revela que mesmo nas sociedades democráticas européias, ainda encontramos uma desigualdade entre os sexos, não sendo este um tema superado. Portanto, num momento de questionamento sobre a identidade européia, é de suma relevância debater sobre o lugar e espaço ocupados pelas mulheres, eis que esta desigualdade impede o pleno desenvolvimento da sociedade em todas as suas esferas e atuações.

Palavras-chave: mulheres, representação, quotas, Parlamento.

ABSTRACT

In reflecting on contemporary challenges in Europe should take into account the importance of women's representation in the political sphere and its repercussions. This is because the issue of gender inequality in the political arena is a controversial issue and still generates many discussions, especially in Western society and in the academic environment. However, despite the advances and achievements of women's rights, at present, still it is necessary to create mechanisms for women's inclusion in society, removing the marginalization and silence repressed.

In the 70's it was implemented in Sweden the first European quota policy to combat women underrepresentation, requiring more than twenty years for such reached greater compliance measures in other European countries such as Portugal, Spain, Italy and France.

This was the case in Spain which in the 2000's had a legislative production by some autonomous communities on the electoral candidates, whose forecast was to ensure a balanced representation of the sexes on electoral lists. As each region has established its rule, it was generated a climate of uncertainty about their competence and legality, which culminated in the issue of the Organic Law for Effective Equality between Women and Men n.º 3/2007.

On the other hand, in Portugal there was resistance regarding the implementation of a quota policy with the aim of asserting greater participation of women in the political sphere, at the possibility of the law be declared unconstitutional. However, only after the amendment of the Constitution, the Organic Law was conceived n.º 3/2006 of 21 August, whose main prediction was set a minimum percentage of 33.3% for each gender on the electoral lists.

However, while these countries have gone through different historical and emancipatory processes, not yet reached the authorities an effective balanced participation between the sexes, reflecting mainly in the legislative sphere homogeneous spiked by males, even after nearly forty years of editing their democratic Constitutions.

Thus, this sample reveals that even in European democratic societies, we still find an inequality between the sexes, which is not an outdated theme. So in a moment of questioning about the European identity, it is extremely important debate on the place and space occupied by women, behold, this inequality prevents the full development of society in all its spheres and activities.

Keywords: women representation, quotas, Parliament.

Introdução

A partir da metade do século XX passou-se a reconhecer a importância do papel das mulheres como sujeitos de direito, abandonando-se de forma paulatina a visão de mero objeto, para uma posição central ativa da cidadania. Sem embargo, embora tenha ocorrido uma mudança significativa do conceito de igualdade na última quadra deste século, tal fato não foi suficiente para equiparar a participação das mulheres na vida pública e política.

Em novembro de 2015, foi realizado ato de apresentação do novo Governo Federal canadense, sendo nomeados pelo Primeiro Ministro Justin Trudeau a mesma quantidade de homens e mulheres. Pela primeira vez na história daquele país os ministérios possuíam uma composição paritária entre os sexos. O Chefe de Governo ao ser indagado pela escolha invulgar de cinquenta por cento de mulheres nos gabinetes do governo, simplesmente respondeu: "*Porque é 2015*".

Como se vê, confrontar a questão da representação feminina nos órgãos de poder com os desafios atuais a ser enfrentados pela Europa é instigante, pois na atualidade questiona-se a sobrevivência do próprio sistema europeu na forma como foi concebido, principalmente mediante o desgaste das concepções relacionadas a democracia e representação.

Neste trabalho serão abordados sob o viés constitucional, o embasamento jurídico para a introdução da lei de quotas, suas repercussões

em Espanha e Portugal e a importância desta temática na atual conjuntura europeia.

Portanto, analisar o desequilíbrio existente entre a efetivação da igualdade e uma pequena participação da mulher na vida política e sua integração na *polis*, é de extrema importância para percebermos quais são os mecanismos utilizados para alterar essa situação de disparidade que implica a representação política masculina e feminina no processo de tomada de decisões e seus reflexos para o desenvolvimento e melhora nas condições de vida na sociedade.

Breves comentários acerca da igualdade material

A concepção de igualdade não é um tema contemporâneo, no entanto, ganhou maior relevo após as Revoluções Liberais do século XVIII, obtendo destaque no artigo 1.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, onde constou expressamente: «*Os homens nascem e são livres e iguais em direitos*»²³⁰.

Todavia, apesar de sua integração e importância na esfera jurídica preconizado na máxima «*todos são iguais perante a lei*», constatou-se com o passar dos anos que tal premissa não era suficiente para desempenhar os ideais de igualdade, e, tampouco oferecia respostas para a resolução dos conflitos que iam surgindo.

Logo, com o passar dos anos verificou-se que existia uma expectativa irreal envolvendo a igualdade como lei geral e uma incidência de justiça, percebendo-se os abusos praticados pelo próprio legislador em nome da igualdade formal. Diante deste cenário, o constituinte derivado sentiu-se "obrigado" a observar as diferenças reais existentes entre as pessoas, com o intuito de promover a justiça e a igualdade²³¹.

Em Portugal, somente a partir da metade do século XX o princípio da igualdade foi erigido a um princípio estruturante²³², ou, conformador do ordenamento jurídico, embora estivesse presente no texto constitucional português desde o século XIX²³³. Já em Espanha, a previsão expressa da

igualdade «*todos los españoles son iguales ante la ley*» foi cunhada pela primeira vez no artigo 2.º na Constituição de 9 de dezembro de 1931²³⁴.

Esta mudança de compreensão da igualdade buscou atender as reais necessidades do indivíduo, evoluindo a percepção da igualdade perante a lei para a consagração da igualdade fática ou substancial²³⁵, admitindo-se inclusive o uso de políticas discriminatórias com o escopo de tornar realizável o gozo e exercício das liberdades fundamentais²³⁶.

Por outro lado, traçou-se como panorama da igualdade a denotação de intenção de racionalidade, tendo este último conteúdo a acepção de justiça. Não obstante, diz-se que a igualdade não pode ser vista e tampouco interpretada de forma isolada, apesar de ser um princípio estruturante da Constituição, eis que ela dialoga com outros direitos e garantias que visam da mesma forma cumprir os objetivos delineados pelo constituinte²³⁷.

Deste modo, com a solidificação do Estado de Direito Democrático tanto em Portugal como em Espanha, houve uma evolução no entendimento firmado acerca do princípio da igualdade²³⁸, sendo admitidas práticas discriminatórias para invocar a igualdade material.

Atualmente, constata-se que, para a configuração da igualdade em seu sentido pleno, deverão ser observados dois pontos: i) promoção da igualdade através do combate à discriminação; ii) além da promoção propriamente dita, o Estado deverá fomentar políticas para coibir a discriminação.

Da mesma forma, o princípio da igualdade manteve a sua conexão com a idéia de combate aos privilégios²³⁹ e de justiça, tendo como consequência ter se tornado uma norma aberta, discutida e de compreensão não tão linear²⁴⁰.

Não obstante tais assertivas, a concepção de igualdade perante a lei (igualdade formal)²⁴¹ não teve o seu sentido esvaziado, sendo esta considerada como uma conduta basilar no Estado de Direito²⁴², principalmente, o seu respeito e cumprimento no momento de confecção da norma²⁴³.

Nesta linha de raciocínio, caberá ao legislador utilizar a igualdade como um "filtro" no momento do nascimento da lei, uma vez que a própria norma poderá ser geradora de injustiças face a sua incidência indistinta, posto que ao não diferenciar as situações fáticas diferentes, há a possibilidade de torna-se a própria fonte das desigualdades²⁴⁴.

Portanto, embora se compreenda que a lei não poderá criar situações que deturpem o significado da igualdade material, em contrapartida, é incompatível com o Estado de Direito Democrático social que ela seja a origem de privilégios ou perseguições²⁴⁵.

De toda sorte, não há que se falar em aplicar tais premissas de forma extremada, ou seja, tratar todos de forma indistintamente desigual, aplicando um tratamento jurídico específico para cada indivíduo, face o risco de esvaziar a *ratio* do próprio princípio²⁴⁶.

Por conseguinte, ao Estado é imposto/permitido o atendimento às diferenças²⁴⁷ entre as pessoas, objetivando cumprir de maneira efetiva o brocardo da igualdade material²⁴⁸, desde que tal medida possua uma justificação para esta diferenciação²⁴⁹.

A justificativa para o tratamento discriminatório está fundada na Constituição, posto que na concepção do Estado de Direito deverão ser criados regimes diferenciados para resguardar a liberdade dos indivíduos²⁵⁰.

Examinando o teor do artigo 13.º, n.º2 da Constituição da República Portuguesa, extrai-se que é vedada a discriminação infundada, sendo a proibição da discriminação uma norma de carácter geral que cederá perante a norma especial. Outrossim, seu mecanismo é de presunção, afastado pela «*adequada justificação constitucional*», sendo este o critério usado pelo Tribunal Constitucional, o qual avaliará se essa discriminação está assentada em fundamento suficiente ou nos valores constitucionais²⁵¹.

No mesmo sentido, a Constituição espanhola de 27 de setembro de 1978 consagra em seu artigo 14, o princípio da igualdade sendo proibida a discriminação em razão do sexo, garantindo-se a mulheres e homens a igualdade de direitos e obrigações²⁵².

Não obstante, com o rompimento dos regimes ditatoriais e após anos na obscuridade fascista, os Estados espanhol e português perceberam a importância da igual participação democrática na produção de resultados de igualdade. Deste modo, a evolução para a busca de uma representatividade mais igualitária nos assentos Parlamentares representa um dos fundamentos da igualdade no Estado de Direito Democrático²⁵³.

Nota-se que a igualdade jurídica por si só não é suficiente para cumprir os mandamentos do Estado de Direito Democrático social, devendo também observar-se a igualdade fática, no plano da disponibilização das condições materiais para o seu exercício e da igualdade de oportunidades²⁵⁴.

Todavia, a norma poderá atribuir qualquer elemento como fator discriminatório, seja o residente nas pessoas, nas coisas ou situações. Sendo assim, não é na escolha da diferenciação que deverá recair a violação ao princípio da igualdade, e sim, se a correlação entre esse elemento é compatível com os ditames fixados pelos textos constitucionais²⁵⁵.

Com efeito, deverá ser avaliada a relação entre o fator diferencial escolhido como ponto de apoio da desigualação que será instaurada, bem como a desigualdade causada em função de uma característica ou traço²⁵⁶. Sendo assim, a discriminação será possível desde que haja relação direta com a distinção em causa, eis que não é qualquer diferença capaz de ensejar a efetividade da igualdade. Logo, o que é proibido pelo ordenamento é a diferenciação ilegítima²⁵⁷.

Nesta linha de raciocínio, a criação de percentuais mínimos e/ou quotas no âmbito das Assembléias Parlamentares, não representa uma ofensa ao princípio da igualdade da forma como é concebido atualmente, tendo em vista que as mulheres integram os grupos minoritários²⁵⁸, sendo a própria igualdade a justificação para a implementação destas medidas.

A Discriminação Positiva

O dicionário apresenta a seguinte definição para a palavra discriminar: « 1. Estabelecer diferenças; (...) 3. Tratar de modo desigual ou injusto, com base em preconceitos de alguma ordem, notadamente sexual, religioso, étnico, etc»²⁵⁹.

Ao longo dos anos, tanto em Portugal quanto em Espanha, as mulheres foram impedidas de exercer plenamente os seus direitos, seja na esfera social, política ou econômica²⁶⁰.

Assim, apesar da Carta Internacional dos Direitos Humanos prever direitos garantidos a todos indistintamente, verificou-se que tal instrumento não era suficiente para proporcionar uma proteção na ordem jurídica às mulheres, eis que elas ainda não beneficiavam dos mesmos direitos que os homens²⁶¹.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher representou um marco para o Direito ao reconhecer essa desigualdade histórica e atribuir o conceito de discriminação contra a mulher. Em seu artigo 1.º consta a definição de «*discriminação contra a mulher*» como sendo toda a distinção, exclusão ou restrição, que tenha como fundamento o sexo, com o fim de prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, dos direitos e liberdades fundamentais, seja nas esferas política, social, civil, econômica, entre outros²⁶².

Como visto no tópico anterior, a igualdade numa vertente formal afasta a discriminação e na material, dependendo da situação fática, a reconhece. Desta feita, tratar de forma diferenciada será considerado desigual, portanto, violador da igualdade, quando as situações forem iguais, ao passo que nas ocorrências distintas, não será repreendida tal conduta²⁶³.

No entanto, embora o sentido inicial associado à igualdade seja o negativo, ou seja, aquele consubstanciado na vedação aos privilégios e discriminações, este entendimento sozinho já não subsiste, conforme

apontado anteriormente. Destarte, a igualdade em seu sentido amplo, dinâmico, substancial, permite que sejam criadas situações diferenciadas com o fim de desigualar os grupos e indivíduos.

Neste raciocínio, é salutar discernir o privilégio da discriminação positiva, posto que aquele é classificado como um direito atribuído à alguém sem qualquer fundamento, ao passo que este é definido como uma situação atribuída pelo direito, possuindo uma justificação²⁶⁴, ou seja, está presente neste último a «*correlação entre o tratamento desequiparador e os dados diferenciais radicados nas coisas*»²⁶⁵.

Insta salientar que a discriminação positiva tem como escopo o combate aos resultados produzidos pela discriminação negativa. Todavia, critica-se a utilização desta expressão, denominando-a ação positiva, eis que a própria palavra já carrega em seu significado uma atribuição negativa e pejorativa, indo de encontro ao fim que se destina²⁶⁶.

Adiciona-se que a discriminação positiva corresponde a um critério de concessão de uma vantagem com fundamento, «*desigualdades de direito em consequência de desigualdades de fato*», propensa a ultrapassar a desigualdade fática, com o intuito de superá-la, possuindo assim um caráter transitório²⁶⁷.

Outrossim, a discriminação positiva armazena em seu bojo um conjunto de atuações normativas, de caráter transitório, com o intuito de suprimir a discriminação sofrida por determinado grupo cuja história está relacionada a subordinação a outros grupos, acarretando na ausência de expressão na vida social, política e econômica, fornecendo-lhe um tratamento mais benéfico do que aquele endereçado aos outros indivíduos²⁶⁸.

Não obstante, muitos críticos asseveram que ao englobar um conjunto de normas de natureza transitória com o intuito de extirpar a discriminação propriamente dita sofrida pelos grupos vulneráveis, a discriminação positiva geraria fim diverso do pretendido, ou seja, produziria uma situação de discriminação reversa²⁶⁹.

Verifica-se que a discriminação positiva apesar de gerar um tratamento desigual durante determinado período de tempo, busca produzir a igualdade material e os imperativos de justiça.

Consoante tais premissas considera-se legítima a implementação de quotas para as mulheres com o fim de consolidar a sua inclusão política, eis que busca-se corrigir a discriminação histórica sofrida por elas nas atividades sociais e políticas, fortalecendo a aplicação do princípio da igualdade e da democracia²⁷⁰.

As Ações Positivas

O conceito de ação positiva deverá ser analisado sob dois prismas, quais sejam, «*o reconhecimento dum princípio geral de igualdade de tratamento e de oportunidades entre os homens e as mulheres e o princípio da não discriminação*»²⁷¹.

De acordo com a Professora Eliane Vogel-Polski compreende-se ao mesmo tempo como uma estratégia e técnica jurídica, posto que no primeiro caso possui um objetivo e busca um fim, cuja finalidade é a utilização de medidas discriminatórias para beneficiar determinado grupo que por razões históricas foi alvo de discriminação²⁷².

De toda sorte, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres²⁷³, celebrada na Organização das Nações Unidas, determina em seu artigo 4.º que caberá aos Estados-partes tomar as medidas adequadas, de caráter transitório, visando tornar mais efetiva a igualdade entre homens e mulheres, excluindo-se esta hipótese uma discriminação nos contornos destacados na própria Convenção.

Por outro lado, os que defendem a promoção das ações positivas asseveram que a repercussão de tais medidas não só tornaria a sociedade mais diversificada, plúrima, bem como seria um importante instrumento de inclusão social e divisão da riqueza²⁷⁴.

Além da previsão legal, faz-se mister salientar que a ação positiva deverá ter o caráter transitório, a fim de se evitar uma situação de desigualdade para os demais indivíduos não integrados no grupo suspeito que se buscou desequiparar. Isso porque alcançada a igualdade material e superada a característica da vulnerabilidade, a norma cumpriu o seu objetivo, não havendo mais razão para subsistir. Caso tenha atingido tal patamar e a mesma continue surtindo os seus efeitos, será criada uma situação de desigualdade, ferindo o princípio da igualdade.

Sem embargo, se determinado grupo tem sido tolhido dessa concessão por fatores diversos (social, econômico ou histórico), caberá ao Estado tomar medidas que visem a modificação desta situação²⁷⁵.

A implementação da ação positiva²⁷⁶ acarreta em novas modalidades de repartições de tarefas na sociedade, seja na esfera política, social, laboral, entre outros. Portanto, ela busca modificar as relações sociais com o fim de promover a igualdade, mesmo que não vise a incidência da justiça de forma particularizada²⁷⁷.

Justiça Distributiva

Após a exposição acerca do princípio da igualdade material e da discriminação positiva, é de salutar importância analisar alguns dos argumentos que permitem a diferenciação entre grupos, exteriorizado pela via da ação positiva²⁷⁸.

Assim, por exemplo, há desequiparações que não afrontam os ditames fixados pela Constituição, tais como o exercício de cargos por determinados agentes, as condições de elegibilidade, entre outros.

Logo, a criação de mecanismos legais de promoção da igualdade por meio das ações positivas, deverá ter em conta a diferenciação em substância dos grupos vulneráveis/suspeitos, consubstanciando-se em motivos justificados, com o escopo da promoção da igualdade e não do fomento de uma desequiparação injustificada.

Deste modo, mencionam-se alguns fundamentos para embasar a ação positiva, tais como: a justiça compensatória, a justiça distributiva, a promoção do pluralismo e o fortalecimento da identidade e auto-estima do grupo favorecido. Nos limitaremos aos dois primeiros fatores, com o intuito de limitar o objeto do presente trabalho.

O argumento relacionado a justiça compensatória está baseada na situação terrível aos quais foram/estão submetidos os grupos suspeitos, principalmente em razão de fatores históricos. Desta feita, considera-se que cabe à sociedade atual compensar esta categoria, seja em razão das injustiças sofridas pelas gerações anteriores, bem como pelos impactos ainda suportados por esse grupo em virtude desse quadro discriminatório que o antecedeu²⁷⁹.

Já a justiça distributiva²⁸⁰ é conceituada como a constatação real da posição de desvantagem do grupo vulnerável, razão pela qual é justificável a escolha de determinadas medidas que visam o seu favorecimento. Ainda, a adoção destas medidas de redução das desigualdades entre os grupos suspeitos acarreta em benefícios para toda a sociedade, uma vez que enfraquece a sensação de injustiça na distribuição dos ônus e vantagens.

Destaca-se que neste conceito há a idéia de igualdade de oportunidades, cabendo ao Estado assegurar de forma igualitária as oportunidades relacionadas à educação, cultura, livre escolha de ofício ou profissão e acesso a inserção nas atividades econômicas²⁸¹.

Sem embargo, na linha de raciocínio traçada por Nancy Fraser e Boaventura de Sousa Santos²⁸², a justiça distributiva possui um caráter dúplice, baseado no reconhecimento e na redistribuição, com o intuito de promover a concretização da igualdade. Por conseqüência, aliando esse conceito bidimensional da justiça distributiva com a igualdade material, é autorizado ao legislador criar situações que extirpem a desigualdade fática, mesmo por meio de um tratamento privilegiado, a fim de descaracterizá-la e cumprir com o preceito constitucional.

A Implementação da Lei da Paridade em Portugal

Desde o seu nascedouro, a Constituição Portuguesa de 1976 possui em seu arcabouço normas que ratificavam a idéia da igualdade jurídica e não discriminação, pelo exame do artigo 36.º, n.ºs 1, 2 e 4, artigo 59.º, n.º 3, alínea *b*, artigo 60.º, n.º 1 alínea *a*, entre outros²⁸³.

Todavia, embora os comandos normativos constitucionais tenham atenuado as desigualdades existentes para as mulheres, ainda não eram suficientes para fortalecer e concretizar a participação delas no seio da política. Neste turno, tal situação foi modificada após a quarta revisão constitucional, com a introdução do artigo 9.º (das tarefas fundamentais do Estado, entre elas promover a igualdade entre homens e mulheres) e a alteração da redação do artigo 109.º da Constituição²⁸⁴.

Considera-se que esta revisão foi um marco para a promoção de medidas que objetivavam fomentar a igualdade na participação política entre ambos os sexos, uma vez que o Direito Constitucional legitimou as ações positivas²⁸⁵.

No entanto, apesar da norma prever uma imposição ao legislador em relação a criação de políticas de acesso a cargos públicos como forma de promoção da igualdade²⁸⁶, somente depois de onze anos foi apresentado pelo Partido Socialista o Projeto de Lei n.º 224/X, cuja proposta era a fixação do percentual mínimo de representação de 33% de cada um dos sexos nas listas para a Assembléia da República, para o Parlamento Europeu e Autarquias Locais²⁸⁷.

É de suma relevância destacar que originariamente o Projeto de Lei n.º 224/X era composto por três artigos, constando expressamente no artigo 3.º a hipótese de rejeição da lista: «*No caso de uma lista não observar o disposto na presente lei, o mandatário é notificado, nos termos fixados na lei eleitoral, aplicável, para proceder à sua correcção no prazo estabelecido na lei, sob pena de rejeição da lista em causa*»²⁸⁸.

No entanto, em 02 de Junho de 2006, este artigo foi vetado pelo Presidente da República Aníbal Cavaco Silva, sob o argumento de violação ao princípio da proporcionalidade, eis que a rejeição da lista seria uma medida não adequada aos fins que se dispôs a alcançar. Além disso, destaca que não foram esgotadas outras soluções menos prejudiciais ao eleitorado, devendo ser aplicada uma solução mais concernente à liberdade política.

Outrossim, de acordo com a Presidência, esta previsão estabelece uma restrição à liberdade e ao pluralismo, princípios intrínsecos ligados à democracia representativa, uma vez que esta rejeição impediria os partidos políticos ou listas de candidaturas eleitorais, de concorrer às eleições.

Em apertada síntese, o Chefe de Estado considerou que não caberia ao Estado português se imiscuir na liberdade e identidade ideológica de cada partido, sobretudo no tocante a sua autodeterminação interna sobre dispor acerca de suas listas de candidatos. Asseverou ainda que não haveria uma fundamentação razoável para limitar a liberdade de escolha do eleitorado, ante a inserção «*artificial e forçada em lugares elegíveis de candidaturas desconhecidas ou não desejadas*»²⁸⁹.

De toda sorte, embora tenha ocorrido o veto presidencial, a lei foi promulgada com oito artigos em agosto de 2009, prevendo que, em caso de notificação para correção da lista, o mandatário que não cumprir com o disposto da norma, terá a redução do montante das subvenções para as campanhas eleitorais, sendo o percentual fixado no artigo 7.º da própria lei.

Assim, nasceu a Lei Orgânica n.º 03/2006, denominada Lei da Paridade, que fixou em seu artigo 2.º a representação mínima de 33,3% de ambos os sexos nas listas eleitorais, sendo que nas listas plurinominais deverão observar em sua ordem de colocação dois candidatos de cada sexo²⁹⁰.

Verifica-se que o artigo supramencionado buscou evitar o esvaziamento da política em questão, eis que impede a inserção das candidaturas das mulheres no patamar inferior da lista, proporcionando através da intercalação dos sexos, uma maior pluralidade e heterogeneidade nas listas plurinominais²⁹¹.

Registre-se que no ano de 1976 a participação feminina na Assembleia da República era de 5,7% do número total de Deputados, ocorrendo um pequeno aumento progressivo de 6,8% e 7,2%, respectivamente em 1980 e 1983. Já no ano de 1985 houve um recuo para 6,4%, havendo um aumento paulatino em 1987 para 7,6%, em 1991 de 8,7%, em 12,2% em 1995, em 17,4% em 1999, em 19,6% em 2002, em 21,3% em 2005. Após o advento da Lei da Paridade constatou-se um aumento significativo para 27,4% em 2009, mas nas eleições de 2011 o percentual apresentou uma queda para 26,5%. No entanto, nas eleições de 2015, pela primeira vez na história política portuguesa mais de um terço do Parlamento (33,3%) foi ocupado por mulheres²⁹².

A lei tem como propósito expurgar o fenómeno da subrepresentação feminina na esfera parlamentar, tornando a sociedade portuguesa mais justa e igualitária²⁹³.

De acordo com as informações da União Interparlamentar, após analisar os dados fornecidos pelos parlamentos (seja unicameral ou bicameral) de mais de 190 países, em dezembro de 2015, Portugal, ocupou a 25.^a posição, na classificação por ordem decrescente do percentual de mulheres eleitas, atingindo o importe de 34,8%²⁹⁴.

Ainda que gradualmente, alguns partidos políticos registraram um aumento de Deputadas nos mandatos nas eleições para o Parlamento, fazendo com que as mulheres possam não só exercer o direito ao voto como o direito a ser votadas, mecanismo este que solidifica a democracia representativa.

Os críticos da Lei de Paridade apontam que esta seria uma medida de atribuição de quotas e não uma política de paridade²⁹⁵. Isso porque compreende-se a paridade como uma partilha igual do poder entre homens e mulheres, estando implícito nesta divisão o interesse pela coisa pública e as responsabilidades advindas dela²⁹⁶.

Não obstante, as falas que censuram a adoção desta política da maneira concebida pela lei orgânica estão também baseadas na iniciativa protagonizadas pelas euro deputadas Margarida Salema e Maria Belo, em

31 de janeiro e 1 de fevereiro de 1994, denominado «Parlamento Paritário», cujo objetivo era trazer à lume a discussão sobre a desigualdade de gênero no âmbito da política²⁹⁷.

Além disso, registram que ela não foi suficiente para alcançar o objetivo a que se propôs, tendo em vista que nas eleições de 2009 somente 27,4% (vinte e sete ponto quatro por cento) dos Deputados eleitos eram mulheres, ocorrendo uma queda para 26,5% nas eleições de 2011. Contudo, as eleições parlamentares de 2015 demonstraram a importância desta ação positiva para a inclusão da mulher no seio da política, eis que criou condições para que ocorra uma modificação do *status quo* político, a fim de que sejam ordenadas medidas mais favoráveis aos interesses das mulheres e, conseqüentemente, de toda a sociedade²⁹⁸.

Outros analisam que a implementação desta política não observa o critério de mérito, considerando-se esta via uma medida extremada e desproporcional, podendo ser utilizada uma forma menos drástica para se atingir o fim pretendido²⁹⁹.

Com efeito, apesar das críticas desfavoráveis, ultrapassados quase dez anos desde a promulgação da Lei da Paridade, verificamos uma mudança no rosto da política portuguesa, pois embora ainda seja caracterizada pela predominância de candidatos do sexo masculino, assistimos no ano de 2015 a candidatura de duas mulheres à Presidência da República (Maria de Belém e Marisa Matias) e a ocupação de mais de um terço dos assentos do Parlamento, fortalecendo o sistema representativo por intermédio de um Parlamento mais igualitário.

A implementação das quotas em Espanha

Não há dúvidas de que o século XX foi testemunha de grandes transformações experimentadas pelas mulheres, principalmente devido a progressão dos seus direitos e o reconhecimento da igualdade para o exercício pleno de sua cidadania. Assim, embora tenham sido "orientadas" ao longo dos anos a permanecerem restritas ao ambiente privado, voltado ao lar e aos cuidados com a família, a força exercida pelo *establishment* não foi suficiente para obstar o seu acesso à esfera pública e ter uma participação mais ativa na vida política.

Tal qual como aconteceu em Portugal, a Espanha passou por um período de ditadura militar cujo declínio ocorreu no final da década de 70. Assim, no período de transição democrática foi redigida a Constituição espanhola de 1978, sendo inserido no texto constitucional o princípio da igualdade ou da não-discriminação em razão do sexo, conforme a leitura dos artigos 1.1, 14 e 35.1³⁰⁰.

Não obstante, mesmo sendo produzidas normas que estabeleceram condições de igualdade entre os sexos, assim como em Portugal, verificou-se, com o passar dos anos, que as disposições normativas não eram suficientes para reduzir a disparidade sexual existente na política espanhola.

De maneira pioneira, a partir de 2000 as Comunidades Autônomas criaram normas que visavam efetivar a igualdade entre mulheres e homens no âmbito político. A região precursora foi Baleares que por intermédio da Lei n.º 6/2002, de 21 de junho, modificou o texto do artigo 16.4 da Lei n.º 8/1986, cujo teor está centrado na presença equilibrada entre os sexos, ou seja, as listas dos candidatos deverão ser ordenadas de forma alternativa para que conste um e o outro sexo, sendo efetiva a participação de 50% de cada sexo³⁰¹.

Posteriormente, outras Comunidades Autônomas seguiram a mesma direção de Baleares, tais como Castilla-La Mancha, El País Vasco, Andalucia, entre outros³⁰². Note-se que naquela altura havia uma intensa

produção legislativa nas regiões autônomas concernente a presença equilibrada entre os sexos. Porém, havia uma grande incerteza envolvendo a constitucionalidade destas leis, ante o questionamento relacionado a competência para legislar sobre a matéria e o conteúdo propriamente dito da norma.

Desta maneira, com o intuito de equilibrar a presença de homens e mulheres e diminuir o déficit de representação feminina, foi desenvolvida a Lei Orgânica n.º 3/2007, de 22 de março, para a Igualdade efetiva entre Mulheres e Homens, que alterou o teor constante na Lei Orgânica n.º 5/1985, de 19 de junho, do Regime Eleitoral Geral (LOREG). Consoante os termos fixados naquela norma, as listas apresentadas pelos partidos políticos deverão respeitar o percentual mínimo de 40% para cada um dos sexos a fim de garantir uma composição equilibrada entre mulheres e homens. A lei prevê ainda que quando o número de postos a cobrir for inferior a cinco, a proporção entre os sexos será a mais próxima possível para que haja um equilíbrio numérico³⁰³. Para as eleições das Assembleias Legislativas das Comunidades Autônomas a lei determina que serão criadas normas regulamentadoras específicas que poderão estabelecer políticas de igualdade que garantam uma maior participação das mulheres nas candidaturas³⁰⁴.

Interessante destacar que a Lei Orgânica n.º 3/2007 consagrou inúmeros direitos às mulheres espanholas, atingindo outros âmbitos de atuação como o educacional, cultural, laboral, o ingresso equitativo à Administração Pública, entre outros. Em sua exposição de motivos há menção que esta norma tem a pretensão de ser uma «leicódigo» para regular o tema da igualdade entre mulheres e homens. Assim, em seu artigo 14.4 estabelece o princípio da presença ou composição equilibrada entre homens e mulheres, com o escopo de assegurar uma representação significativa nos órgãos e cargos de responsabilidade, o que inclui os assentos no Parlamento Europeu, no Parlamento espanhol, nas Regiões Autônomas e nos órgãos locais³⁰⁵.

Todavia, foi questionada a constitucionalidade da norma, sendo decidida esta questão pelo Tribunal Constitucional em 29 de janeiro de 2008 (STC, 12/2008, BOE n.º 52). De maneira sucinta, o Tribunal Constitucional reuniu dois processos que provocaram dúvidas acerca da validade de alguns dispositivos da Lei Orgânica n.º 3/2007, sendo que a primeira questão de inconstitucionalidade foi aludida pelo Julgado do Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, ao indagar a Corte sobre a constitucionalidade do artigo 44 bis Lei Orgânica n.º 5/1985, de 19 de junho³⁰⁶, do regime eleitoral geral, introduzido pela disposição adicional segunda da Lei Orgânica n.º 3/2007. Neste caso, a lista eleitoral foi impugnada por não cumprir com o percentual mínimo de 40% para cada sexo, tendo em vista que a lista de candidaturas apresentada era composta majoritariamente por mulheres. Ademais, foi interposto um recurso de inconstitucionalidade por mais de cinquenta Deputados do Grupo Parlamentar Popular do Congresso, sendo atacadas as disposições do artigo 44 bis da LOREG³⁰⁷, especialmente suscitando a violação ao princípio da igualdade e no princípio da unidade do povo soberano.

Em sua decisão, o Tribunal Constitucional afastou ambas as alegações de violação à Constituição espanhola, referindo que o artigo 9.2 da Constituição atribui como obrigação estatal promover as condições para a igualdade e facilitação da participação na seara política, indo a norma ao encontro dos valores constitucionais. Outrossim, afastou a hipótese da medida com caráter compensatório e incidência de discriminação inversa alegadas pelos interessados, uma vez que a norma possui caráter bidirecional, isto é, garante igualmente aos sexos uma participação nas listas eleitorais não inferior a 40%³⁰⁸.

Adiciona a Corte que a lei orgânica não atribui um tratamento diferenciado de um sexo em detrimento do outro, pois não é utilizado em critério de maioria x minoria, e sim, alude a um requisito universal (sexo), bem com observa o princípio democrático que reclama uma maior identidade entre os representantes e representados.

Por outro lado, qualifica como legítima a delimitação para o exercício das funções dos partidos políticos uma composição equilibrada entre os sexos nas listas eleitorais, eis que a formação das candidaturas pelas agremiações não é um direito absoluto³⁰⁹, podendo citar como exemplo o caso das condições para elegibilidade dos candidatos (idade, exigência de residência, etc).

O princípio da presença equilibrada entre os sexos abrange tanto a lista de candidatos dos partidos políticos, como dos grupos independentes de cidadãos, eis que em ambos os casos não há de se falar em titularidade do direito do sufrágio passivo, cabendo a eles cumprir ao preceito da lei. Tais composições não são sujeitos do direito fundamental ao sufrágio passivo, só os cidadãos espanhóis.

Ainda, não há de se falar em afronta a unidade da soberania popular, tendo em vista que o corpo eleitoral não se confunde com o titular da soberania (o povo espanhol)³¹⁰.

Curiosa a abordagem realizada pelo voto vencido, onde deixa clara que a norma viola a unidade soberana ao dividi-la em dois pólos, o feminino e masculino, indo de encontro a vontade geral estabelecida no pacto social e interpondo-se entre a soberania e a condição de cidadão. Além disso, aponta que este princípio não respeita a liberdade ideológica e auto-organização dos partidos políticos, cabendo aos candidatos representarem todo o povo espanhol e não ficarem adstritos as causas de determinado sexo³¹¹.

No entanto, apesar da forte censura de algumas vozes dissidentes, esta decisão foi crucial para a consolidação da legislação envolvendo a política de ação positiva no âmbito político, tendo como resultado no ano de 2015 a maior representação feminina no Congresso espanhol desde 1979, correspondendo a 138 Deputadas do total de 350 assentos.

As Principais Discussões envolvendo as Quotas Os Críticos das Ações Positivas na Esfera Política

A censura inicial acerca da implementação de medidas de cunho discriminatório no âmbito político mencionadas acima, está relacionada a desconformidade desta com o princípio da igualdade.

Isso porque para os detratores das ações positivas, há violação a igualdade de todas perante a lei, tendo em vista que esta prática cria diferenciações entre as pessoas de sexos distintos, dividindo a sociedade em dois pólos, devendo prevalecer a fórmula clássica da igualdade formal.

Consoante esta linha de raciocínio, o Tribunal Constitucional italiano afirmou que a Constituição prevê a igualdade de todos perante a lei, e nem mesmo a justificação da igualdade material é legítima para se prever uma norma que discrimine em razão do sexo. No julgamento de setembro de 1995, o Tribunal posicionou-se no sentido de que o sexo não é atributo legítimo para o acesso aos cargos públicos eletivos.

Neste sentido, a Corte asseverou que o texto constitucional permite a utilização das ações positivas para a implementação da igualdade substancial, desde que estas estejam relacionadas à concretização da igualdade à partida (oportunidades) e não à chegada (efetivação dos resultados)³¹².

Para o Tribunal Constitucional é irrelevante o sexo da pessoa quando se leva em consideração a perspectiva da igualdade, sendo inconstitucional qualquer prática que crie diferenciações na capacidade eleitoral ativa e passiva.

Por outro lado, além do descumprimento ao princípio da igualdade, as ações positivas com o intuito de corrigir distorções passadas, geram uma deturpação no presente, posto que ao estipular um percentual nas listas de candidaturas acarreta numa restrição ao direito de candidatura dos candidatos do sexo masculino.

Ou seja, ao fixar um percentual mínimo para o sexo minoritário da lista, a norma elimina outros candidatos que concorreriam a esta lista pelo fato de não pertencerem ao sexo correto.

Destarte, a fixação de um percentual ou de quotas revela-se uma afronta ao direito de candidatura, posto que alguns candidatos seriam liminarmente desconsiderados a concorrer as eleições, por não pertencerem a determinado sexo.

Neste sentido, o Conselho Constitucional francês em 1982 declarou inconstitucional a proposta de Gisèle Halimi obrigando a observância do percentual de 25% de mulheres nas listas eleitorais para as eleições municipais nas zonas contendo mais de 3500 habitantes. Outrossim, para o Conselho, a lei, ao criar distinções artificiais classificando os cidadãos em categorias (homens e mulheres), atentou contra a unidade do corpo político, o conceito de Nação e a soberania popular³¹³.

Embora seja facultado a esses candidatos se apresentarem em outra lista, algumas falas apontam que eles seriam tolhidos de disputar numa lista que poderia oferecer-lhes maiores oportunidades de serem eleitos.

Os críticos mencionam ainda que esta modalidade de discriminação positiva viola o direito ao voto livre, uma vez que os eleitores sofrem uma diminuição no seu rol de escolhas de candidatos. Desta feita, as pessoas seriam obstadas ao exercício de sua opção política, porquanto haveria uma limitação de acesso aos demais candidatos.

Não obstante tais alegações, os refratários à política das quotas consideram que a escolha de uma pessoa em razão do sexo é inconcebível em nossa sociedade, ferindo a própria noção de democracia representativa e de soberania popular.

Por conseguinte, um Parlamento composto por membros eleitos através de quotas tenderá a atuar em nome de interesses do grupo representado, e não de todo o povo, entrando em colisão com a idéia de representação – atuar em nome de terceiro (povo) para defender os seus interesses³¹⁴.

Este discurso foi utilizado pelo Conselho Constitucional francês em 1982, argumentando que a soberania deverá ser exercida por todos os cidadãos, independentemente do sexo, não devendo o seu exercício ser utilizado de forma isolada³¹⁵.

Não se admite a utilização de quotas para o exercício da capacidade eleitoral passiva, uma vez que tal medida poderia acarretar na diluição da soberania popular e acarretando numa divisão da democracia³¹⁶.

Os Defensores das Ações Positivas

Em contrapartida, os que advogam favoravelmente a implementação das quotas atestam que ao contrário dos críticos que suscitam a violação ao princípio da igualdade, esta modalidade reafirma e maximiza a atuação igualitária.

As mulheres pertencem ao grupo que durante muitos anos ficou em situação de desvantagem na sociedade, sendo historicamente tolhidas de exercer plenamente a sua cidadania.

Desta forma, a ação positiva na esfera política só corrobora com a igualdade na sua concepção substancial, material, devendo a desigualdade ser conferida «*a favor da extensão dos direitos ou vantagens aos que delas foram excluídos e da eliminação dos deveres ou encargos para quem com eles foi discriminatoriamente onerado*»³¹⁷.

Sem embargo, sustenta-se que estas ações revalidam e realizam a democracia representativa, uma vez que a participação de pessoas que representam efetivamente a sociedade torna o Parlamento um ambiente profícuo, múltiplo e diverso³¹⁸.

Por outro lado, ao rebaterem os críticos das quotas no tocante a violação dos direitos dos candidatos preteridos, destacam que esta modalidade não restringe a capacidade passiva dos cidadãos, uma vez que a elegibilidade é condicionada a diversos requisitos legais e constitucionais (como idade, residência no círculo de candidatos, a filiação partidária dependendo do

caso, entre outros), mas não pela observância do percentual fixado na norma.

De toda sorte, a norma apenas define um limite máximo de candidatos de cada sexo e não o estabelecimento taxativo em favor das mulheres. Há uma condição para a liberdade de escolha dos candidatos por parte das agremiações, porém não a liberdade de candidatura propriamente dita.

Neste turno, há uma limitação à liberdade de escolha dos partidos políticos, que deverão observar os limites máximos determinados pela lei, mas uma restrição à liberdade de candidatura. Embora ocorra uma redução ao número de vagas que poderia ser ocupada por cada sexo, tal fato poderia ocorrer por outros motivos, não havendo que se falar em violação aos direitos dos candidatos preteridos³¹⁹.

Acrescente-se ainda que os eleitores não estão vinculados a votarem em conformidade com o princípio da igualdade. O critério de escolha é pessoal, livre, com base nas suas preferências e predileções, podendo exercer a sua liberdade de voto como queiram.

Com efeito, a liberdade de escolha do voto é limitada pelas opções dos candidatos apresentados pelo partido, sendo livre a opção dentro do rol fixado pelos partidos políticos no âmbito Parlamentar³²⁰.

Ainda, além do fortalecimento democrático fala-se que a política de quotas representa um conceito de democracia paritária, isto é, um paradigma que garante a idéia de paridade e a inclusão dos indivíduos excluídos historicamente da seara política³²¹.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se descortinar algumas nuances acerca das políticas de ações positivas implementadas em Espanha e Portugal para a inserção das mulheres no âmbito da política. Como brevemente abordado neste trabalho, o tema ainda gera discussões nos Tribunais e no meio acadêmico.

Neste contexto, constata-se que a viabilidade e concretização das medidas de ação positiva só foram possíveis em decorrência da existência das normas de Direito Internacional, especialmente a Convenção para a eliminação da discriminação contra as mulheres, que tiveram uma forte influência nos textos constitucionais concebidos a partir da década de 70, bem como a evolução do conceito de igualdade material.

Neste diapasão, embora em Portugal a Lei da Paridade tenha alcançado de forma significativa a sua finalidade, ainda há muito o que ser feito para que a mulher seja retirada da condição de subrepresentada para um ser humano que goze plenamente das suas faculdades, liberdades e garantias no espaço público e político.

Em Espanha, acompanhamos com alegria no ano de 2015, as eleições do percentual mais elevado de Deputadas a ocupar os assentos no Congresso, equivalente a 39,4% (138 deputadas). Embora ocupe o 12.º lugar de 190 países no ranking da União Interparlamentar envolvendo a representação feminina parlamentar, ainda as espanholas não alcançaram a igualdade plena, recebendo salários inferiores pelo desempenho do mesmo trabalho, sendo numericamente superior entre os trabalhadores desempregados e trabalhando um maior número de horas nas atividades não remuneradas.

De toda sorte, é incontestável que assistimos a uma mudança de mentalidade em relação ao protagonismo das mulheres, principalmente na Europa. Outros países europeus acompanham este movimento, sendo editada pela Noruega, Alemanha e França, lei que obriga aos conselhos de administração das empresas a ter um percentual mínimo para as mulheres, com o intuito de romper o teto de cristal ainda existente no âmbito laboral.

De toda sorte, apesar de as mulheres não terem alcançado a igualdade tão almejada, posto que a realidade ainda convive com as circunstâncias descritas por George Orwell na sua obra "*A Revolução dos Bichos*", no qual uns são mais iguais do que os outros, diminuiu-se a distância dando mais um passo rumo a extirpação da desigualdade.

Nas palavras de Hannah Arendt, "*a igualdade não é um dado, mas um construído*", para que a Europa possa superar a sua crise de identidade e fortalecer os laços democráticos indo ao encontro do desenvolvimento humano, deve perseguir incessantemente a igualdade, alcançando-se assim uma sociedade mais livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGACINSKI, Sylviane. *Política dos Sexos*. (trad. Miguel Serras Pereira). Oeiras: Celta Editora, 1999.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Estoril: Príncípia Editora, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Maria Lúcia. "Igualdade entre homens e mulheres e participação política feminina A identificação de um problema", *Democracia com mais cidadania: a questão da igualdade na participação política*. Lisboa, Presidência do Conselho de Ministros, Imprensa-Nacional Casa da Moeda, 1998.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Mário a Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. *Mulheres, Direito e Crime ou A Perplexidade de Cassandra*. Lisboa: AAFDL, 1993.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional - 3ªed. rev. e atual.*- São Paulo: Saraiva, 2009.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ªed., Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 4ª. ed. rev., vol. I, 2007.
- CONCHEIRO, Elisa de Fuente (2014). *Igualdad de género y poder político: Cuotas electorales y presencia de las mujeres en los parlamentos autonómicos*. Disertación de graduación, Universidad de Coruña, Coruña, España.
- DIZ, Isabel e LOIS, Marta. *Han conquistado las mujeres el poder político? Un análisis de su representación política en las instituciones autonómicas* - Madrid: Libros de la Catarata, 2012.
- DWOKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Néelson Boeira - São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERREIRA, Mary. in *Estudos Feministas*, Florianópolis, 20 (3), setembro-dezembro/2012, pp. 961-962.
- GARCÍA, Carmen Castro. *Introducción al enfoque integrado o mainstreaming de género. Guía Básica*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer - Likadi, 2003.
- MARTINS, Eneida Valarini. *A política de cotas e a representação feminina na Câmara dos Deputados* [manuscrito] / Eneida Valarini Martins, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ªed. 23ªtiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- MIRANDA, Jorge. *Constituição e Cidadania*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. vol. II tomo IV. 1ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MONTEIRO, Rosa. "A política de quotas em Portugal: O papel dos partidos políticos e do feminismo de Estado", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n.92(Mar.2011), pp. 31-50.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *O Poder de Eva - O Princípio da Igualdade no Âmbito dos Direitos Políticos: Problemas Suscitados pela Discriminação Positiva*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves - São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SALEMA, Margarida. "Acções Positivas e o Direito Português", in *Cadernos da Condição Feminina*, nº 28, Lisboa, 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

TEIXEIRA, Conceição Pequito e MARTINS, Manuel Meirinho. *O Funcionamento dos Partidos e a Participação das Mulheres na Vida Política e Partidária em Portugal*. Lisboa: Comissão para Igualdade e para os Direitos das Mulheres, 2005.

VOGEL-POLSKY, Eliane. "Acções positivas in *Cadernos da Condição Feminina*, nº28, Lisboa, 1989.

_____, As mulheres e os órgãos de poder político, in *A vida exige nós reclamamos, igualdade de direitos! participação das mulheres!* : IV Congresso Nacional do Movimento Democrático de Mulheres / [organizado pelo] Movimento Democrático de Mulheres. - [S.l.] : LEDA, [1992].

_____, "Discriminação contra as Mulheres: A Convenção e o Comité" in *Ficha Informativa Sobre Direitos Humanos*, nº. 22, Rev. I.

_____, "Mulheres e poder" diálogos com outras intervenientes in *Faces de Eva*, Estudos sobre a Mulher, Indexada na Latindex, Cesnova - Centro de Estudos de Sociologia da Universidade Nova de Lisboa, nº 27, Ano 2012, pp. 115-123.

_____, "Os Direitos das Minorias" in *Ficha Informativa Sobre Direitos Humanos*, nº. 18.

INTERNET:

CANAS, Vitalino. "Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao "corte" de pensões)", in *Revista Eletrônica de Direito Público*, nº. 1, 2014, p. 08. Disponível em: <<http://e-publica.pt/constituicaoprimafacie.html>>. Acessado em 27 de ago. de 2015.

Constituições espanholas de 1812 a 1931. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm>>. Acessado em 26 de fev. de 2016.

Constituição espanhola. Disponível em: <[http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Documents/ConstitucionCASTEL LANO.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Documents/ConstitucionCASTEL%20LANO.pdf)>. Acessado em 28 de fev. de 2016.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão - Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf>. Acessado em 26 de ago. de 2015.

Dicionário - Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/discriminar>>. Acessado em 29 de jul. de 2015.

Exposição de motivos da Lei 224/X apresentada pelo Partido Socialista à Assembléia da República. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=21197>>. Acessado em 01 de set. de 2015.

Exposição de Motivos da Lei Orgânica n.º 3/2007. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2007/03/23/pdfs/A12611-12645.pdf>>. Acessado em 17 de fev. de 2016.

Fonte: Por Data. Disponível em: <<http://www.por-data.com/pt/estatisticas/indicadores/indicador/indicador-2261>>. Acessado em 28 de fev. de 2015.

Instrumento de Ratificação, sendo publicada em 21 de março de 1984. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-6749>>. Acessado em 28 de fev. de 2016.

Lei Orgânica n.º 3/2006 - Disponível em:

<[http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/Legislacao_Anotada/Lei Paridade_Simples.pdf](http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/Legislacao_Anotada/Lei_Paridade_Simples.pdf)>. Acessado em 10 de abr. de 2015.

<<http://www.pordata.pt/Portugal/Mandatos+nas+eleiembleia+da+Rep>

LOREG - em < http://www.congreso.es/jelect/normativa/LOREG_08-09-2011.pdf>. Acessado em 16 de fev. de 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Ações Afirmativas e Direitos Humanos*. In Revista da USP, edição nº69 de 69 de flavia.pdf>. Acessado em 02 de jul. de 2015.

Projeto de Lei n.º 224/X. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=21197>>. Acessado em 05 de ago. de 2015.

Ratificação da Convenção para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher em Espanha: Disponível em: < <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-6749>>. Acessado em 28 de fev. de 2016.

SANTOS, Maria Helena e AMÂNCIO, Lígia. Género e Política Análise sobre as resistências nos discursos e nas práticas sociais face à Lei da Paridade in *Sociologia, Problemas e Práticas*, nº 68, 2012, pp. (80) 79-101. Disponível em:

<<http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/pdf/spp/n68/n68a04.pdf>>. Acessado em 08 de abr. de 2015.

STC n.º 12/2008, BOE n.º 52, de 29 de janeiro de 2008. Disponível em:

<<http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=15691>>. Acessado em 23 de fev. de 2016.

STC n.º 216/1991, BOE n.º 302, de 17 de dezembro. Disponível em: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1855>>. Acessado em 28 de fev. de 2016.

União Interparlamentar - Disponível em: < <http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm>>. Acessado em 28 de fev. de 2016.

Veto presidencial - Disponível em: em: <<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/10/01/120/2006-06-14/2?pgs=23&org=PLC>>. Acessado em 05 de ago. de 2015.

-

230 Disponível em: < http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf>. Acessado em 26 de ago. de 2015.

231 A Professora Vera Lúcia Carapeto Raposo menciona a progressão do conceito da igualdade em três etapas: 1ª) num primeiro momento os diferentes eram tratados de forma inferior ou superior, mediante a valoração desta diferença; 2ª) as pessoas eram tratadas de forma igual se cumprissem o critério de identidade; 3ª) na última etapa considera-se que todos devem ser tratados de forma igualitária, levando-se em consideração as distinções, similaridades, necessidades, vontades, entre outros. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *O Poder de Eva - O Princípio da Igualdade no Âmbito dos Direitos Políticos: Problemas Suscitados pela Discriminação Positiva*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp. 244-245.

232 Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 426 e NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 101.

233 Cf. MIRANDA, Jorge. *Constituição e Cidadania*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 289.

234 V. as Constituições espanholas de 1812 a 1931. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/otras/historicas/index.htm>>. Acessado em 26 de fev. de 2016.

235 "A consciência de que nada é absoluta ou integralmente igual, ou diferente, encoraja fórmulas aperfeiçoadas ou enriquecidas pela consideração da substancialidade da igualdade ou da desigualdade." CANAS, Vitalino. "Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao "corte" de pensões)", in *Revista Eletrônica de Direito Público*, n.º 1, 2014, p. 08. Disponível em: <<http://e-publica.pt/constituicaoprimafacie.html>>. Acessado em 27 de ago. de 2015.

236 Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis. Ob. cit., p. 101. Aponta-se ainda que a busca pela igualdade formal e material entre mulheres e homens "*constitui em pedra angular do Direito Internacional*". STC, 12/2008, BOE n.º 52, de 29 de janeiro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=15691>>. Acessado em 23 de fev. de 2016.

237 Nos dizeres do Professor Jorge Miranda, a igualdade em seu teor negativo ou de vedação aos privilégios e discriminações não é suficiente para a consagração deste princípio, cabendo a sua observância numa esfera mais positiva. O fundamento da igualdade está relacionado com algumas questões, como: "a) *Tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes)*; b) *tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objetivamente desiguais, e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador*; c) *Tratamento desigual que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação*; d) *Tratamento igual ou semelhante, em moldes de proporcionalidade, das situações desiguais relativamente iguais ou semelhantes*; e) *Tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentado-se, assim, uma componente ativa ao princípio e fazendo da igualdade perante lei uma verdadeira igualdade através da lei)*; f) *se necessário, admissibilidade de discriminações positivas (ou situações*

de vantagem fundadas, desigualdades de direito em consequência de desigualdades dos fatos e tendentes à superação destas)." MIRANDA, Jorge. Ob. cit., p. 290.

238 A fórmula " todos são iguais perante a lei" poderá ser entendida pela vertente da "igualdade na aplicação do Direito", ou seja, não haverá qualquer diferença entre os indivíduos na interpretação e aplicação da norma, e, "igualdade na criação do Direito", eis que a norma protegerá a todos indistintamente. Neste diapasão, a compreensão sob o enfoque da igualdade é de uma norma geral e abstrata, dirigida aos sujeitos e situações indeterminados (ou indetermináveis). ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Estoril: Príncipia Editora, 2007, p. 73. Ver também NOVAIS, Jorge Reis. Ob. cit., p. 102 e ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 393-400.

239 Atribuição do sentido negativo da igualdade. Acerca do sentido negativo e positivo da igualdade: RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., pp. 243-244.

240 NOVAIS, Jorge Reis. Ob. cit., p. 101.

241 Atribuem à Platão a primeira distinção entre a igualdade formal e material, sendo a primeira denominada de quantitativa, relacionada à igualdade em número e dimensão, ao passo que a última foi apontada como igualdade proporcional, sendo este seguido por Aristóteles. Assim: "*Embora haja acordo quando se diz que o absolutamente justo é o justo segundo o mérito, há desacordo, como já dissemos antes, quando alguns dizem que, se eles são iguais sob certo aspecto, se consideram absolutamente iguais, e outros dizem que, se eles são desiguais sob certo aspecto, se consideram desiguais em tudo*". ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Mário a Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 1302a.

242 NOVAIS, Jorge Reis. Ob. cit., p. 103.

243 Acrescenta-se que o princípio da igualdade possui uma função dúplice: é uma norma direcionada ao legislador no momento do nascedouro da lei, bem como ao aplicador da lei, quando já concebida no mundo jurídico. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. 23ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 9.

244 Segundo o Professor José de Melo Alexandrino: "(...) é a diferenciação que tem que ser justa (devendo passar pelas malhas do critério de valoração), sob pena de ser inconstitucional (é a presunção geral). Sendo postulada para cumprir uma determinada função sistémica (Luhmann), a igualdade não tem de ser justa - presume-se justa; pelo contrário, a diferenciação presume-se injusta - precisamente para exigir e permitir a operação de um critério de justificação e o seu posterior controlo jurisdicional ". Prossegue asseverando que a igualdade é primeiro um dever do Estado e depois um direito. Cf. ALEXANDRINO, José de Melo. Ob. cit., pp. 74-75.

245 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit., p. 10.

246 Cfr. ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 397. O Professor Ualdi Bullos menciona o caráter dúplice da igualdade: perante a lei (voltado ao aplicador do direito) e a igualdade na lei (alcança o legislador e o julgador). BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional - 3ª ed. rev. e atual.*- São Paulo:

Saraiva, 2009, pp. 422-423. Ainda sobre a igualdade na criação e aplicação do direito: CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., pp. 426-428 e RAPOSO, Vera Lúcia. Ob. cit., pp. 257-258.

²⁴⁷ Curioso raciocínio desenvolvido pela Professora Vera Lúcia Carapeto Raposo ao traçar a distinção entre o conceito de diferença (não semelhança entre as pessoas) e desigualdade. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., pp. 260-261.

²⁴⁸ Na acepção do Professor Jorge Reis Novais, há três aspectos envolvendo a igualdade: 1) a concepção da igualdade formal; 2) a concepção da igualdade material relacionada a busca do ideário de justiça distributiva e social; e, 3) a concepção da igualdade material ligada ao ideário de justiça no tocante ao reconhecimento de identidades. NOVAIS, Jorge Reis. Ob. cit., pp. 101-120.

²⁴⁹ Para estar revestida de legitimidade a diferenciação será analisada de forma casuística, observando-se o caráter e extensão dos privilégios, os meios e as suas repercussões jurídicas. Cfr. SALEMA, Margarida. "Acções Positivas e o Direito Português", in *Cadernos da Condição Feminina*, n.º 28, Lisboa, 1989, pp. 27-36.

²⁵⁰ Assim RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., p. 254.

²⁵¹ ALEXANDRINO, José de Melo. Ob. cit., p. 76. A doutrina portuguesa expressa três dimensões relacionadas a este artigo: i) proibição do arbítrio; ii) proibição da discriminação; iii) obrigação de diferenciação. V. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., p. 263 e CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 4.^a ed. rev., vol. I, 2007, pp. 340-341.

²⁵² O texto constitucional espanhol prevê também em seu artigo 9.2 a obrigação dos poderes públicos em promover condições reais e efetivas de igualdade.

Interesse mencionar que ao analisar a constitucionalidade do dispositivo que previa um percentual mínimo para cada sexo na apresentação de candidaturas das listas eleitorais, o Tribunal Constitucional espanhol posicionou-se pela constitucionalidade da ação positiva de fomento a participação paritária entre os sexos nos órgãos de representação, ante a observância dos valores constitucionais expressos na Constituição. V. STC n.º 12/2008, de 29 de janeiro de 2008. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=15691>>. Acessado em 23 de fev. de 2016.

²⁵³ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. Ob. cit., p. 104. No caso vertente, a igualdade aparece na sua dimensão positiva, exteriorizada na igualdade de oportunidades para as mulheres acederem a representação parlamentar. Ainda: "(...) *pressupondo assim a introdução de compensações que atenuem as desigualdades de partida: daí, ainda que se situem em planos distintos, as idéias de igualdade de oportunidades, de igualdade fáctica (articulada com a justiça social e solidariedade) ou de discriminações positivas (de que constituem versões relativamente recentes as designadas políticas de quotas)*". V. ALEXANDRINO, José de Melo. Ob. cit., p. 77.

²⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Ob. cit., p. 104. Ainda: CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria ...*, p. 430. A igualdade de oportunidades representa o marco de partida, ao passo que a igualdade de resultados é a concretização da igualdade. Enquanto que o primeiro refere-se a melhores

condições do sistema educativo, na distribuição de rendimentos, conscientização da sociedade, o último "garante à chegada". Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., p. 259.

255 Ainda, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit., p. 17. O Tribunal Constitucional espanhol posicionou-se no mesmo sentido no julgamento do STC n.º 216/1991, de 14 de novembro (BOE n.º 302, de 17 de dezembro): "*a igualdade que o artigo 1.1 da Constituição proclama como um dos valores superiores de nosso ordenamento jurídico - inerente junto com o valor da justiça, a forma do Estado social que esse ordenamento reveste, mas também, a do Estado de Direito, não só traduz o caráter formal contemplado no artigo 14 e que, em princípio, parece implicar unicamente em dever de abstenção na geração de diferenciações arbitrárias, mas também na índole substancial constante no artigo 9.2, que obriga aos poderes públicos a promover condições reais e efetivas para os indivíduos e grupos.*" Tradução livre disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1855>>. Acessado em 28 de fev. de 2016.

256 Consoante o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, para serem reconhecidas tais diferenças sem ferir a isonomia, observar-se-ão três hipóteses: "*a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.*

(...) *Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação conseqüente. Exige-se, ainda, que haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional*". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit., p. 21-22.

257 Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., p. 264.

258 As mulheres integram o grupo minoritário, não estando este termo ligado a aspectos quantitativos e numéricos, tendo em vista que tanto em Espanha como em Portugal, elas representam mais de cinquenta por cento da população. Apesar de existir uma proteção as minorias, há dificuldade em encontrar uma definição que seja suficiente e que alcance uma universalidade. Há quem aponte como integrante do grupo minoritário aqueles indivíduos que obtiveram menor acesso a oportunidade social e política, tendo minorada a possibilidade de defender os seus interesses de forma mais eficaz. "Os Direitos das Minorias" in *Ficha Informativa Sobre Direitos Humanos*, n.º 18, Rev. I, pp. 17-19 e MARTINS, Eneida Valarini. *A política de cotas e a representação feminina na Câmara dos Deputados* [manuscrito] / Eneida Valarini Martins: 2007, p. 12. Acrescente-se ainda que o sexo e a raça guardam um padrão comum, tendo em vista que ambos passaram por "*processos históricos de discriminação baseados num discurso científico-político de alteridade, da segregação discursiva autoritária do OUTRO, do diferente, daquilo não-é.*" BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. *Mulheres, Direito e Crime ou A Perplexidade de Cassandra*. Lisboa: AAFDL, 1993, pp. 135-136.

259 Definição constante em Priberam Dicionário. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/discriminar>>. Acessado em 29 de jul. de 2015.

²⁶⁰ Em Portugal, a lei concebia a diferença entre homens e mulheres reconhecendo que elas possuíam uma menor aptidão para gozar plenamente a sua autonomia individual, não sendo capaz de se governar sozinhas e tampouco a participar ativamente na vida política do seu país. AMARAL, Maria Lúcia "Igualdade entre homens e mulheres e participação política feminina - A identificação de um problema", *Democracia com mais cidadania: a questão da igualdade na participação política*. Lisboa, Presidência do Conselho de Ministros, Imprensa-Nacional Casa da Moeda, 1998, p. 23. No mesmo sentido, na Exposição de Motivos da Lei Orgânica n.º3/2007 o legislador reconhece de forma patente o desequilíbrio existente entre mulheres e homens e aponta a criação de ações positivas como forma de combater as discriminações diretas e indiretas. Assim: "*Resulta necessária, com efeito, uma ação normativa dirigida a combater todas as manifestações ainda subsistentes de discriminação, direta ou indireta, em razão do sexo e a promover a igualdade real entre mulheres e homens, com remoção dos obstáculos e estereótipos sociais que impedem alcançá-la*". Tradução livre em Exposição de Motivos da Lei Orgânica n.º 3/2007. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2007/03/23/pdfs/A12611-12645.pdf>>. Acessado em 17 de fev. de 2016.

²⁶¹ O objetivo do trabalho não é fazer um apanhado da legislação internacional e comunitária, apenas demonstrar a importância do reconhecimento internacional para o fortalecimento da igualdade entre mulheres e homens. "Discriminação contra as Mulheres: A Convenção e o Comitê" *in Ficha Informativa Sobre Direitos Humanos*, n.º 22, Rev. I, pp. 09-10.

²⁶² SALEMA, Margarida. Ob. cit., p. 34 e RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., p. 298.

²⁶³ Este é o conceito de discriminação positiva. Assim, SALEMA, Margarida. Ob. cit., p. 28.

²⁶⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. vol. II tomo IV. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 280-281.

²⁶⁵ MELLO, Celso Antônio de. Ob. cit., p. 34.

²⁶⁶ Neste sentido, discute-se sobre a identidade semântica das terminologias discriminação e ação positivas, optando-se pela equivalência das expressões. Cf. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., p. 303-304. Em sentido diverso: SALEMA, Margarida. Ob. cit., p. 31 e VOGEL-POLSKY, Eliane. "Ações positivas *in* Cadernos da Condição Feminina, n.º 28, Lisboa, 1989, pp. 17-26. Há quem utilize o termo discriminação legítima, esclarecendo: "*Toda vez que a discriminação é consumada em virtude de uma situação de fato que a determina, está-se diante da discriminação legítima*". SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 617.

²⁶⁷ MIRANDA, Jorge. Ob. cit., pp. 280-281.

²⁶⁸ Cfr. SALEMA, Margarida. Ob. cit., p. 29 e RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., p. 306.

²⁶⁹ Assim: SILVA NETO, Manoel Jorge e. Ob. cit., p. 620. Ainda, RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., p. 307: "*(...) acaba por prejudicar indivíduos não pertencentes ao referido grupo, os quais freqüentemente iniciam um movimento de protesto, visto se considerarem lesados, já que não sentem*

o dever moral ou jurídico de "pagar" individualmente a discriminação sofrida por outros indivíduos".

²⁷⁰ AGACINSKI, Sylviane. *Política dos Sexos*. (trad. Miguel Serras Pereira). Oeiras: Celta Editora, 1999, pp. 106-107.

²⁷¹ VOGEL-POLSKY, Eliane Ob. cit., p. 18.

²⁷² *Idem*, pp. 18-21.

²⁷³ Ratificada por Portugal, sem reserva, em 1980 através da Lei n.º 23/89, de 26 de Julho. SALEMA, Margarida. Ob. cit., p. 33. No estado espanhol a ratificação da Convenção foi por meio do Instrumento de Ratificação, sendo publicada em 21 de março de 1984. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-6749>>. Acessado em 28 de fev. de 2016.

²⁷⁴ Denomina-se ação afirmativa as medidas que lutam contra a discriminação através da compensação da desigualdade de oportunidade. São providências que buscam extirpar desigualdades historicamente acumuladas, bem como contrabalancear as perdas advindas do processo de discriminação, a fim de proporcionar igualdade de oportunidades e tratamento. MARTINS, Eneida Valarini. *A política de cotas e a representação feminina na Câmara dos Deputados* [manuscrito], 2007, p. 10.

²⁷⁵ "O direito do indivíduo de ser tratado como igual significa que sua perda potencial deve ser tratada como uma questão que merece consideração. Mas essa perda pode, não obstante isso, ser compensada pelo ganho da comunidade como um todo." DWOKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira - São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 351-352.

²⁷⁶ Não obstante, alguns autores classificam as ações positivas na modalidade de quotas, *plus-factor*, *goals* e tratamento preferencial. As quotas representam um percentual fixo visando assegurar a presença de determinados grupos minoritários. Ainda: "*Fala-se em quotas quando se reserva certo número ou percentagem de lugares a pessoas pertencentes a determinado grupo, independentemente dos seus méritos pessoais, classificando-as acima daqueles que acederiam mediante os mecanismos normais de acesso ao lugar.*" Para um aprofundamento das demais diferenciações: RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., pp. 316-321.

²⁷⁷ VOGEL-POLSKI, Eliane. Ob. cit., p. 20. A Professora analisa ainda que são necessárias três condições para levar a efeito a ação positiva: 1) "*vontade de agir para obter a mudança*"; 2) escolher o método para proporcionar as transformações que se busca atingir; 3) delimitar além do objetivo, o tempo que será delimitada a ação.

²⁷⁸ O Professor Daniel Sarmento apresenta uma definição abrangente sobre as ações afirmativas: "*(...) são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam a promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social.*". SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 154.

279 Muitas críticas são elaboradas contra esse argumento, tendo em vista que os indivíduos de hoje sofrem limitações dos seus direitos, por atos cometidos por outras pessoas, as quais não tiveram qualquer influência.

280 Nancy Fraser menciona que a justiça distributiva cumulativamente exige a presença do reconhecimento das identidades e redistribuição. FRASER, Nancy *apud* PIOVESAN, Flávia. *Ações Afirmativas e Direitos Humanos*. In Revista da USP, edição n.º 69 de mar/abr/mai. de 2006. Disponível em: < <http://www.usp.br/revistausp/69/04-flavia.pdf>>. Acessado em 02 de jul. de 2015.

281 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves - São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp. 303-304.

282 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

283 SALEMA, Margarida. Ob. cit., pp. 30-31.

284 O texto constitucional passou a dispor: "*a participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício de direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos públicos*". Nas palavras do Professor Jorge Miranda somente após esta revisão foi possível uma norma prescrever uma discriminação positiva em favor das mulheres na esfera política, pois antes tal medida seria declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional português, como ocorreu em Itália e na França. MIRANDA, Jorge. *Constituição e Cidadania*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 298. Para maiores informações sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de não discriminação entre sexos antes da quarta revisão constitucional: BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. Ob. cit., pp. 237-254.

285 Atribuem ainda esta progressão após a Plataforma da Ação de Pequim, onde sugeria-se aos Estados-membros a atribuição de providências para a inserção das mulheres na política. MONTEIRO, Rosa - "A política de quotas em Portugal: O papel dos partidos políticos e do feminismo de Estado", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n.92 (Mar.2011), p. 37.

286 Menciona-se que o legislador não só ficou com esta incumbência, mas também credenciou-se a apresentar medidas de efetivação ao comando constitucional, sob pena de caracterizar uma inconstitucionalidade por omissão. TEIXEIRA, Conceição Pequito e MARTINS, Manuel Meirinho. *O Funcionamento dos Partidos e a Participação das Mulheres na Vida Política e Partidária em Portugal*. Lisboa: Comissão para Igualdade e para os Direitos das Mulheres, 2005, p. 83.

287 Em 1999 o governo socialista apresentou uma proposta fixando um regime de quotas de 25% para cada sexo, endereçada à Assembleia da República e ao Parlamento Europeu, sendo a mesma rejeitada naquela ocasião. Cfr. TEIXEIRA, Conceição Pequito e MARTINS, Manuel Meirinho. Ob. cit., p. 83. *Vide* ainda a Exposição de motivos apresentada pelo Partido Socialista à Assembleia da República. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=21197>>. Acessado em 01 de set. de 2015.

288 V. Projeto de Lei n.º 224/X. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=21197>>. Acessado em 05 de ago. de 2015.

289 Disponível em: <<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/10/01/120/2006-06-14/2?pgs=2-3&org=PLC>>. Acessado em 05 de ago. de 2015.

290 Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/Legislacao_Anotada/LeiParidade_Simples.pdf>. Acessado em 10 de abr. de 2015. Foi adotado pela lei o denominado sistema do “fecho *éclair*”, isto é, o terceiro candidato da lista deverá ser de sexo diferente dos anteriores, com exceção nos órgãos das freguesias com 750 ou menos eleitores e para os municípios com 7500 ou menos eleitores. SANTOS, Maria Helena e AMÂNCIO, Lígia. Género e Política Análise sobre as resistências nos discursos e nas práticas sociais face à Lei da Paridade in *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 68, 2012, pp. (80) 79-101. Disponível em: <<http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/pdf/spp/n68/n68a04.pdf>>. Acessado em 08 de abr. de 2015.

291 Em Portugal convivem duas modalidades relacionadas a política de quotas, conforme a tipologia Krook: 1) as quotas fixadas internamente pelo próprio partido político através do seu estatuto e 2) as quotas fixadas pela lei, imposta a todos os partidos. Neste último caso, verifica-se uma maior repercussão no sistema eleitoral de representação proporcional com listas fechadas. MONTEIRO, Rosa. Ob. cit., p. 37.

292 Fonte: Por Data. Disponível em: <<http://www.pordata.pt/Portugal/Mandatos+nas+elei%C3%A7%C3%B5es+para+a+Assembleia+da+Rep%C3%BAblica+deputados+do+sexo+feminino+em+percentagem+do+total++por+partido+pol%C3%ADtico-2261>>. Acessado em 28 de fev. de 2015. Ver também: As mulheres e os órgãos de poder político, in *A vida exige nós reclamamos, igualdade de direitos! participação das mulheres!* : IV Congresso Nacional do Movimento Democrático de Mulheres / [organizado pelo] Movimento Democrático de Mulheres. - [S.l.] : LEDA, [1992]. - p. 33

293 Cfr. consta na Exposição de Motivos: "A sub-representação das mulheres corresponde a um *défice participativo, susceptível de inquinar o universalismo republicano e a igualdade que o fundamenta. A paridade é o único meio de o suprimir, permanecendo fiel ao princípio da igualdade. Porque recusando a desigualdade que caracteriza a situação actual e que é profundamente injusta e antidemocrática, ela aceita e valoriza a diferença, que reconhece a especificidade das pessoas*" Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=21197>>. Acessado em 01 de set. de 2015.

294 Curioso notar que de acordo com a União Interparlamentar o continente americano detém a maior média de mulheres no Parlamento (27%), seguido da Europa (25,7%). No entanto, o estudo alerta sobre a diminuição do crescimento (0,3%) comparado ao ano de 2013 que atingiu o patamar de 1,5%, podendo ser um efeito da estabilização da política de quotas. Disponível em: <<http://www.ipu.org/wmne/classif.htm>>. Acessado em 28 de fev. de 2016.

²⁹⁵ MONTEIRO, Rosa. Ob. cit., p. 38. No mesmo sentido: SANTOS, Maria Helena e AMÂNCIO, Lígia. Ob. cit., p. 80. Disponível em: <<http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/pdf/spp/n68/n68a04.pdf>>. Acessado em 08 de abr. de 2015. Há outro entendimento que consignou a quota como uma modalidade mais branda da paridade, com o intuito de minorar a discrepância entre os sexos. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., p. 335.

²⁹⁶ Registre-se ainda que a paridade pode ser aplicada de duas formas: 1) pela organização e reestruturação do escrutínio, alcançando o número igual de homens e mulheres eleitos; 2) apresentação do mesmo número de candidatos. Para maiores considerações sobre a paridade: AGACINSKI, Sylviane. Ob. cit., pp. 109-121 e RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., pp. 333-339.

²⁹⁷ "Mulheres e poder" diálogos com outras intervenientes in *Faces de Eva*, Estudos sobre a Mulher, Indexada na Latindex, Cesnova - Centro de Estudos de Sociologia da Universidade Nova de Lisboa, n.º 27, Ano 2012, pp. 115-123.

²⁹⁸ A importância de um percentual maior de mulheres nos órgãos de representação, além de cumprir com os ideais constitucionais de igualdade, justiça, democracia, liberdade, etc, está relacionada a sua influência nos grupos de decisão, formando uma massa crítica capaz de produzir mudanças na cultura e agenda políticas e ser agentes de mudança. Neste sentido: "*De acordo com a denominada teoria da massa crítica, o comportamento político se forma segundo o contexto estrutural, assim, os políticos e políticas respondem estrategicamente as oportunidades presentes ao seu redor. Desta maneira, se as mulheres se mantêm em minoria, se plasmarão poucas diferenças de gênero nos órgãos de representação. Não obstante, se as mulheres conseguem converter-se em massa crítica, a situação mudará, já que, a partir de um certo limiar, produzirão mudanças na cultura política, no discurso dominante e na agenda política.*" DIZ, Isabel e LOIS, Marta. *Han conquistado las mujeres el poder político? Un análisis de su representación política en las instituciones autonómicas*. Madrid: Libros de la Catarata, 2012, p. 31.

²⁹⁹ SANTOS, Maria Helena e AMÂNCIO, Lígia. Resistência à Igualdade de Género na Política in *Ex Aequo*, n.º 25, 2012, pp. 45-58. Disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602012000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em 08 de abr. de 2015. Ainda destacam que a lei é omissa quanto à possibilidade das mulheres renunciarem depois de eleitas e serem substituídas por homens, remetendo-se ao episódio denunciado na Madeira e Famalicão. MONTEIRO, Rosa. Ob. cit., p. 39.

³⁰⁰ GARCÍA, Carmen Castro. *Introducción al enfoque integrado o mainstreaming de género. Guía Básica*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer - Likadi, 2003, p. 14. O artigo 1.1 menciona: "A Espanha se constitui em um Estado social e democrático de Direito, que defende como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político". Já o artigo 14: "Os espanhóis são iguais perante a lei, não podendo prevalecer discriminação alguma em razão do nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social". Por fim, o artigo 35.1: "Todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, a livre escolha da profissão ou ofício, a promoção através do trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer suas necessidades e as de sua família, mas que em nenhum caso possa ocorrer discriminação em razão do sexo". Tradução livre dos artigos da

Constituição espanhola. Disponível em: <
<http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Documents/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>.
Acessado em 28 de fev. de 2016.

³⁰¹ CONCHEIRO, Elisa de Fuente (2014). *Igualdad de género y poder político: Cuotas electorales y presencia de las mujeres en los parlamentos autonómicos*. Disertación de graduación, Universidad de Coruña, Coruña, España, p. 19. O artigo 16.4 dispõe: "*Com a finalidade de efetivar o princípio da igualdade na participação política, as candidaturas eleitorais deverão conter uma presença equilibrada de homens e mulheres. As listas se integrarão por candidatos de um e outro sexo ordenados de forma alternativa.*" Tradução livre. Disponível em: <
http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-14192>. Acessado em 28 de fev. de 2016.

³⁰² CONCHEIRO, Elisa de Fuente (2014). *Igualdad de género y poder político: Cuotas electorales y presencia de las mujeres en los parlamentos autonómicos*. Disertación de graduación, Universidad de Coruña, Coruña, España, pp. 19-20.

³⁰³ CONCHEIRO, Elisa de Fuente (2014). *Igualdad de género y poder político: Cuotas electorales y presencia de las mujeres en los parlamentos autonómicos*. Disertación de graduación, Universidad de Coruña, Coruña, España, p. 18. Coruña, Coruña, España, p. 18.

³⁰⁴ V. artigo 44 bis da LOREG. Disponível em <
http://www.congreso.es/jelect/normativa/LOREG_08-09-2011.pdf>. Acessado em 16 de fev. de 2016.

³⁰⁵ Exposição de Motivos da Lei Orgânica n.º 3/2007, de 22 de março, publicada no Boletim Oficial do Estado (BOE) núm. 71, pp. 12.611-12.645 em 23 de março de 2007 - <
<https://www.boe.es/boe/dias/2007/03/23/pdfs/A12611-12645.pdf>> Acessado em 17 de fev. de 2016.

³⁰⁶ Aduz o artigo 44 bis: " 1. *Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico. En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas. 2. También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista. 3. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en los anteriores apartados. 4. Cuando las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de esta Ley, tales listas deberán tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas*

y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico. " Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A1985-11672>>. Acessado em 17 de fev. de 2016.

307 STC, 12/2008, BOE n.º 52, de 29 de janeiro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=15691>>. Acessado em 23 de fev. de 2016.

308 STC, 12/2008, BOE n.º 52, de 29 de janeiro, p. 23. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=15691>>. Acessado em 23 de fev. de 2016.

309 A Corte Constitucional menciona que a confecção e apresentação das listas eleitorais pelos partidos políticos e agrupamentos de eleitores não é um direito fundamental, mas uma atribuição conferida pela Constituição. V. STC, 12/2008, BOE n.º 52, de 29 de janeiro, p. 23. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=15691>>. Acessado em 23 de fev. de 2016.

310 Interessante distinção elaborada pelo Tribunal Constitucional: " *O corpo eleitoral está submetido a Constituição e a todo o Ordenamento jurídico (art. 9.1 CE), entretanto, o povo soberano é a unidade ideal de imputação do poder constituinte e como tal, fundamento da Constituição e de todo o ordenamento. As causas determinantes da condição do eleitor não afetam, portanto, a esta unidade ideal, mas o conjunto de pessoas, como cidadãos, estão submetidos ao Ordenamento espanhol e não têm, enquanto tais, mais direitos que os que a Constituição lhe garante*". V. STC, 12/2008, BOE n.º 52, de 29 de janeiro, p. 23. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=15691>>. Acessado em 23 de fev. de 2016.

311 V. STC, 12/2008, BOE n.º 52, de 29 de janeiro, pp. 33-36. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=15691>>. Acessado em 23 de fev. de 2016.

312 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., pp. 387-393. Ainda: " *Todavia, no entendimento da Corte, tais medidas não podem incidir directamente sobre o conteúdo dos referidos direitos, porquanto a Constituição os garante em termos iguais a todos os cidadãos. Nem mesmo a igualdade substancial constitui motivo bastante para derogar esta tese. (...) Mas em todas essas decisões nunca a Corte se imiscuiu no próprio conteúdo dos direitos em questão, ao invés do que sucederia no caso em apreço.*"

313 Em sua decisão asseverou que a fixação de quotas seria um atentado ao direito de candidatura, uma vez que os candidatos seriam retirados da lista por "*não pertencerem ao sexo correcto*", bem como dividir os eleitores conforme o seu sexo atingiu a coesão da Nação. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., pp. 383-385 e 397. Vide AGACINSKI, Sylviane. Ob. cit., p. 108.

314 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., p. 403.

315 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., pp. 383-385.

316 *Idem*, p. 412. Outros argumentos desfavoráveis a discriminação positiva: RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., pp. 405-412.

317 CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. Constituição da República ..., p. 344.

318 Neste sentido: "*O facto de permitir que pessoas de um sexo específico - no caso, as mulheres alcancem o poder mediante vias pouco ortodoxas segundo os cânones tradicionais, não implica que essas pessoas detenham o exercício privilegiado do poder.*" RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., p. 404. Ainda: As mulheres e os órgãos de poder político, in *A vida exige nós reclamamos, igualdade de direitos! participação das mulheres!* : IV Congresso Nacional do Movimento Democrático de Mulheres / [organizado pelo] Movimento Democrático de Mulheres. - [S.l.] : LEDA, [1992]. - p. 34.

319 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., p. 398.

320 A autora ainda apresenta os argumentos de índole política, filosófica e sociológica, sendo que não serão aqui esboçados por não integrarem o objeto deste estudo. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. Ob. cit., pp. 373-380 e 402. Ainda salientou-se a importância das quotas no sentido de proporcionar uma mudança de mentalidades, bem como a igualdade de oportunidades em todas as esferas da vida. As mulheres e os órgãos de poder político, Ob. cit., pp. 34-35.

321 FERREIRA, Mary. in *Estudos Feministas*, Florianópolis, 20 (3), setembro-dezembro/2012, pp. 961-962

“AS CRIANÇAS DEVEM SEMPRE SER OUVIDAS” OU DA NECESSIDADE DE UM PROVIDOR DA CRIANÇA

Dora Resende Alves*

Resumo: O Provedor de Justiça, à semelhança dos Estados-Membros, é um órgão que resulta do quadro institucional da União Europeia. Tal acontece sob eleição do Parlamento Europeu. Existe para receber as queixas dos cidadãos contra as ilegalidades, abusos ou arbitrariedades dos poderes públicos, demonstrando-se essencial para a defesa dos direitos fundamentais. Por outro lado, o direito da União Europeia não deu uma especial atenção aos direitos das crianças. Contudo, por força da adopção da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seguimento de outros documentos internacionais, os direitos da criança ganham visibilidade e eficácia. Nesse sentido, julga-se que a criação de um especial Provedor das Crianças a nível do direito da União Europeia seria um meio privilegiado para garantir o relevo às violações de direitos fundamentais desta categoria de seres humanos naturalmente mais frágeis e, com esse exemplo, promover a nível nacional a mesma importância.

PALAVRAS CHAVE: Provedor de Justiça; direitos fundamentais; Provedor da criança; União Europeia.

ABSTRACT: The Ombudsman, like the Member States, is an organ that results from the institutional framework of the European Union. This happens by European Parliament election. Stands to receive citizens' complaints against the illegalities, abuse or arbitrariness of the authorities, proving to be essential for the defense of fundamental rights. On the other hand, EU law did not give special attention to children's rights. However, by virtue of the adoption of the EU Charter of Fundamental Rights, following other international documents, children's rights gain visibility and effectiveness. In this sense, it is considered that the creation of a special Ombudsman for Children at the level of European Union law would be an ideal way to ensure relief to violations of fundamental rights of this category of naturally weaker human beings, and with this example, promoting nationally the same importance.

KEYWORDS: Ombudsman; fundamental rights; Ombudsman for Children; European Union.

Sumário: Introdução; 1. A garantia dos direitos fundamentais; 2. O Provedor de Justiça; 3. As declarações de direitos das crianças; 4. A possível criação de um provedor da criança; Comentário.

O texto teve por ponto de partida a comunicação a apresentar no Congresso Internacional de Estudos Europeus comemorativo dos 30 anos da Associação de Direito e Economia Europeia da Universidade de Coimbra (ADEE) *Desafios Contemporâneos na Europa*, 5, 6 e 7 de Maio de 2016, Coimbra.

A redacção do artigo segue a norma antiga anterior à prevista pelo Acordo Ortográfico de 1990.

Introdução

O Provedor de Justiça é, no direito interno de cada Estado-Membro, um órgão constitucional, unipessoal, inamovível, imparcial e independente dos poderes do Estado, que recebe queixas dos cidadãos contra as ilegalidades, abusos ou arbitrariedades dos poderes públicos, demonstrando-se essencial para a defesa dos direitos fundamentais.

Na União Europeia, um espaço de marcada proximidade geográfica e afinidade histórico-cultural, unido por políticas harmonizadas e uma zona livre de circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais, é também, hoje, necessária e essencial a presença de um Provedor de Justiça Europeu.

Actualmente, a complexidade e a diversidade de questões que se colocam ao Provedor de Justiça, em matéria de infância e juventude, reclamam a intervenção de um provedor próativo que controle o respeito pelos direitos fundamentais deste grupo etário.

Em Portugal, ao contrário de outros países, não existe um Provedor de Justiça específico e exclusivo para a defesa dos direitos fundamentais das crianças. Apesar das vozes a favor e de já se encontrarem algumas preocupações atinentes nos documentos oficiais. Entre nós, existe uma linha telefónica gratuita para qual crianças, jovens e seus familiares podem apresentar queixas.

Contudo, numa sociedade moderna, deve-se desencadear todos os mecanismos para protecção dos direitos das crianças, pelo que se defende a criação de um Provedor da criança, como um órgão flexível e adaptável às necessidades dos seus destinatários.

Assim se diga no direito da União Europeia, onde os direitos da criança se distinguem já como meta estabelecida pelo Conselho nas directrizes em matéria de direitos humanos.

1. A garantia dos direitos fundamentais

No ordenamento jurídico português existem meios de reacção, jurisdicional e não jurisdicional, previstos na própria Constituição. Contudo, o nosso sistema interno apresenta, no domínio da defesa dos direitos fundamentais, debilidades, pois são poucos os mecanismos formais de protecção específica dos direitos, que habilitem os cidadãos que se sintam vítimas de actuações que ponham em causa bens jurídicos fundamentais, a uma reacção célere e eficaz.

Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, e, nessa função, cabe-lhes assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados (artigos 205.º e 206.º da Constituição da República Portuguesa – CRP, que prescrevem, assim, a reserva da função jurisdicional aos tribunais)³²².

Os direitos fundamentais serão sempre insuficientemente protegidos enquanto estiverem desprovidos de tutela jurisdicional. Daí ser significativa a colocação do artigo 20.º da CRP, entre os princípios gerais dos direitos fundamentais. Quer os direitos, liberdades e garantias, quer os direitos sociais, se bem que em termos mais fortes os primeiros do que os segundos, são por ele abrangidos.

Os meios gratuitos de garantia definem-se, negativamente, por se contraporem aos meios contenciosos e por se dirigirem a uma actividade por parte dos próprios órgãos competentes para praticar os actos relativos aos direitos em causa³²³. O mais antigo e o mais genérico desses meios é o direito de petição (artigo 52.º, n.º 1, da CRP), tomado como direito de defesa dos direitos dos cidadãos ou da Constituição e das leis - direito de petição *stricto sensu*, de reclamação ou de queixa. Servindo para a defesa de qualquer direito, o direito de petição serve, antes de mais, para a defesa dos direitos fundamentais.

A figura do Provedor de Justiça permite uma defesa não jurisdicional dos direitos fundamentais dos cidadãos. Pelo que as suas funções específicas devem ser sempre enaltecidas como figura especialmente atenta e vocacionada para a defesa e promoção dos direitos fundamentais, com uma estrutura preparada para acolher queixas e dar-lhes seguimento³²⁴.

Aqui, importa-nos esta contextualização para a promoção dos direitos das crianças. *“As crianças beneficiam de todos os direitos humanos. Todavia, é fundamental que os direitos da criança sejam objecto de reconhecimento distinto, dado constituírem um conjunto de preocupações específicas, não devendo ser assim meramente inseridos nos esforços mais latos de defesa sistemática dos direitos humanos em geral”*.³²⁵ Por essa razão, a União Europeia especificou claramente que a promoção dos direitos da criança deve ser tratada como uma questão que exige acções específicas.

Ao abrigo dos Tratados institutivos e da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias³²⁶, a Comunidade Europeia não dispunha de uma competência geral no domínio dos direitos fundamentais, incluindo os direitos da criança. Apesar disso, era possível adoptar, a nível comunitário, acções positivas destinadas a salvaguardar e a promover os direitos da criança³²⁷. Tal situação foi alterada pelo Tratado de Lisboa³²⁸, contudo, apesar de progressos reais, ainda não se avançou o suficiente em actos eficazes.

2. O Provedor de Justiça

O verdadeiro teste sobre a efectivação dos direitos fundamentais num Estado de Direito não se faz, apenas, lendo a sua Constituição e apreciando o catálogo de direitos fundamentais consagrado. Os reais indicadores que demonstram a relação entre um Estado e os seus direitos fundamentais são os meios de defesa desses direitos, pois é necessário que existam mecanismos formais de protecção específica, que habilitem os cidadãos a uma reacção célere e eficaz, de forma a garantir uma apropriada boa administração por parte das entidades públicas. Aí surgem os meios de defesa dos direitos fundamentais, quer jurisdicionais, quer gratuitos, como é o caso do direito de petição ao Provedor de Justiça.

Aos poucos, foi-se verificando uma “ internacionalização” do *Ombudsman*, na União Europeia, sob a veste de Provedor de Justiça Europeu (artigos 20.º, n.º 2, alínea d), 24.º e 228.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e artigo 43.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

Assim, na União Europeia, para além dos Provedores de Justiça nacionais de cada Estado-Membro, também existe um Provedor Europeu, mantendo-se entre todos uma relação pautada pela cooperação, por via da Rede Europeia de Provedores de Justiça, o que permite um maior controlo dos direitos fundamentais, salvaguardando-se a aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, a Convenção dos Direitos do Homem.

Importa ainda salientar a cooperação entre Provedor de Justiça Europeu e os Provedores dos Estados-Membros e países candidatos, através da referida Rede Europeia de Provedores de Justiça.

A Rede Europeia de Provedores de Justiça foi criada em 1996, actualmente é constituída por mais de 95 provedorias em 36 países europeus. Incluindo os provedores de justiça nacionais e regionais e órgãos homólogos dos Estados-Membros, dos países candidatos à União Europeia

e de outros países do Espaço Económico Europeu, bem como a Provedora de Justiça Europeia e a Comissão das Petições do Parlamento Europeu.

A rede é um importante instrumento de colaboração entre os provedores de justiça, traduzindo-se num mecanismo de cooperação eficaz no tratamento dos processos. Dinamizando-se pela partilha de experiências e de práticas as quais têm lugar através de seminários e reuniões, de um boletim informativo periódico, de um fórum interactivo na *Internet*³²⁹ e de um serviço de noticioso electrónico diário.

A figura de Provedor de Justiça Europeu permite a um cidadão que não se encontrar satisfeito com uma instituição, órgão, serviço ou agência da União Europeia, o poder de apresentação de uma queixa ao Provedor e pode fazê-lo, através de um sítio na *Internet*³³⁰.

O cidadão possui um prazo de dois anos, a contar da data que tomou conhecimento do problema, para apresentar a queixa. A mesma deverá indicar a sua identidade, a instituição ou órgão objecto da queixa e descrever a situação. Se quiser, o cidadão pode solicitar que a queixa seja tratada confidencialmente.

Caso o Provedor não possa tratar da questão que o cidadão lhe colocou, informa-o sobre outras entidades que o poderão ajudar.

Na União Europeia, um espaço de marcada proximidade geográfica e afinidade histórico-cultural, unido por políticas harmonizadas e uma zona livre de circulação de pessoas, mercadorias e serviços e capitais, é de facto necessária a presença de um Provedor de Justiça. Pois que permite uma resposta mais eficaz e célere às dificuldades dos cidadãos que surgem no exercício da liberdade de circulação, permitindo, também, uma correcta implementação e aplicação do direito da União Europeia.

Neste contexto, importa salientar o papel do Provedor como garante dos direitos³³¹ consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Sendo também realista reconhecer que, sem reforço financeiro das suas funções, não surgem os resultados pretendidos e desejados.

Para o Provedor de Justiça uma boa administração³³² informa, escuta e responde e actua com transparência, estimulando a participação dos cidadãos.

Importa ainda salientar que o Provedor de Justiça português tem vindo a colaborar com a Agência dos Direitos Fundamentais, criada em 2007, com o objetivo de proporcionar às instituições e autoridades da União Europeia e aos seus Estados-Membros, no âmbito da aplicação do direito da União Europeia, assistência quanto à aplicação dos direitos fundamentais e apoio na adoção de medidas.

3. As declarações de direitos das crianças

A criança surge no século XXI como elemento específico de interesse, debate, estudo, objecto legislativo³³³. A “criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”³³⁴, segundo a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, acepção também utilizada pelas instituições da União Europeia³³⁵.

É certo que “[a]s crianças beneficiam de todos os direitos humanos. Todavia, é fundamental que os direitos da criança sejam objecto de reconhecimento distinto, dado constituírem um conjunto de preocupações específicas, não devendo ser assim meramente inseridos nos esforços mais latos de defesa sistemática dos direitos humanos em geral [e] (...) dado que certos direitos se aplicam de forma exclusiva ou específica às crianças”³³⁶.

As crianças não formam um grupo homogéneo, com necessidades que diferem, por exemplo, de acordo com a idade, as capacidades pessoais, o género, a etnia e a estrutura da família³³⁷. Mais do que isso, se é possível já, hoje, autonomizar os direitos das crianças (que representam um terço da população mundial e um quinto da população da União Europeia³³⁸), entre outras minorias, que exigem estratégias e medidas específicas, tais como identificados pela Comissão: crianças portadoras de deficiência, crianças em risco de pobreza, crianças vítimas de exploração sexual e de tráfico,

crianças de certas comunidades étnicas, crianças requerentes de asilo, crianças não acompanhadas ou separadas das famílias, crianças “invisíveis”³³⁹, o papel das crianças nos processos cíveis e penais a decorrer, as crianças em litígios familiares, o fornecimento adequado de informações às crianças, as crianças como testemunhas, os casos de crianças desaparecidas, ...³⁴⁰

Nem sequer o conceito de criança é homogéneo. Pode ir até aos 18 anos de idade, ou pode ir apenas aos 16 anos³⁴¹, ou, especificamente, pode reportar-se a uma determinada faixa etária³⁴².

Se pensarmos no surgir das declarações de direitos dos finais do século XVIII, então, só mais tarde surge a preocupação específica de distinguir os direitos da criança, bem como de outros grupos humanos que apresentem fragilidades próprias. Surgem textos paradigmáticos para a protecção da infância no plano internacional³⁴³.

E em 1989, a 20 de Novembro³⁴⁴, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adopta a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC)³⁴⁵, documento que enuncia um amplo conjunto (54 artigos) de direitos fundamentais de todas as crianças, bem como as respectivas disposições para que sejam aplicados. A CDC não é apenas uma declaração de princípios gerais, é o mais completo instrumento de direito internacional de consagração dos direitos da criança³⁴⁶. Quando ratificada, representa um vínculo jurídico para os Estados que a ela aderem, os quais devem adequar as normas de Direito interno às da Convenção, para a promoção e protecção eficaz dos direitos e liberdades nela consagrados. Este tratado internacional é um importante instrumento legal devido ao seu carácter universal e também pelo facto de ter sido ratificado pela quase totalidade dos Estados do mundo (192). Apenas dois países, os Estados Unidos da América e a Somália, ainda não ratificaram a Convenção sobre os Direitos da Criança. A entrada em vigor na ordem internacional aconteceu em 2 de Setembro de 1990³⁴⁷.

Mencione-se também a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, do Conselho da Europa³⁴⁸. Esta Convenção é de

natureza processual com o objectivo de permitir às crianças fazer valer os seus direitos.

A nível da União Europeia, a menção à criança não surgia nos tratados institutivos das Comunidades Europeias, em que o cidadão apenas era encarado enquanto factor produtivo e a criança não surge como agente económico³⁴⁹. De alguma forma, começam a surgir algumas menções na jurisprudência a propósito da efectivação do mercado comum com a livre circulação de pessoas e os problemas que daí decorrem com o agregado familiar do trabalhador beneficiário da liberdade de circulação. Aí, asseguram-se alguns direitos às mulheres, crianças e outros dependentes mas sempre relacionados com o trabalhador. Houve até a ideia que os direitos daqueles grupos estariam assegurados na medida em que decorriam de alguma legislação derivada sobre a circulação de pessoas. Os beneficiários directos do direito de circulação são os nacionais dos Estados membros (artigo 20.º do TFUE), os familiares e dependentes dos beneficiários directos do direito de circulação também surgem com determinadas regalias conexas com os direitos dos beneficiários directos. Beneficiam do direito de circulação, como beneficiários indirectos, não a título principal mas a título derivado, certos familiares do cidadão comunitário (cônjuge, descendentes e ascendentes do próprio ou do cônjuge a cargo do trabalhador)³⁵⁰.

A primeira menção expressa às crianças nos tratados surge então com a revisão pelo Tratado de Amesterdão, em 1997³⁵¹, mas apenas a propósito da Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal.

Encontramos, desde 2000, um artigo específico com direitos de que apenas a criança é titular, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³⁵², no artigo 24.º do Título III, relativo à *Igualdade*, em que se proclamam os *Direitos das Crianças* surgindo ela como “sujeito igual e privilegiado” de direito³⁵³.

É com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, pela primeira vez, após algumas tentativas, a União dispõe de um texto proclamatório de direitos, de vocação geral³⁵⁴⁻³⁵⁵. Sendo certo que a Carta

não proclama novos direitos, ela incorpora os direitos humanos clássicos da CEDH, em que se inspira, tal como desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mas com um âmbito de aplicação mais vasto, pois trata-se de um conjunto de direitos que são da competência da União Europeia, tal como estabelecido nos Tratados e desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu. Ela ainda reafirma os direitos e princípios que decorrem das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados membros, à luz da evolução da sociedade e tendo em conta progressos científicos e tecnológicos e reflectindo o modelo social europeu³⁵⁶. Com as alterações do Tratado de Lisboa³⁵⁷, a Carta de Direitos Fundamentais é juridicamente vinculativa³⁵⁸.

Desde a adopção inicial da Carta como texto ainda não juridicamente vinculativo, houve alguma movimentação das instituições comunitárias no sentido de dar conteúdo a esse reconhecimento. Por exemplo, a “*Comissão identificou os direitos da criança como uma das suas principais prioridades [nos] objectivos estratégicos para 2005-2009 (...) devendo a União ser fonte de inspiração para o resto do mundo*”³⁵⁹ e assume, “[a]obrigação da UE de respeitar os direitos fundamentais, incluindo os direitos da criança, implica não apenas uma obrigação geral no sentido de se abster de cometer actos que violem estes direitos, mas igualmente a necessidade de os tomar em consideração, sempre que relevante, na prossecução das suas próprias políticas ao abrigo das diversas bases jurídicas dos Tratados”³⁶⁰.

E, agora, com o Tratado de Lisboa, o artigo 3.º, n.ºs 3 e 5, do Tratado da União Europeia (TUE) referem expressamente a protecção dos direitos da criança como um novo objectivo³⁶¹. Tal não acontecia nos textos originários de criação das Comunidades Europeias e representa um avanço importantíssimo.

De alguma forma, “[o] respeito pelos direitos fundamentais sempre foi uma obrigação sujeita ao controlo do Tribunal de Justiça e um elemento essencial da construção da União. Não obstante, o novo estatuto da Carta

permite dar um novo impulso à acção da União neste domínio”, pelo que o Tratado de Lisboa representa um progresso essencial³⁶².

Há menções nos planos de acção da União Europeia que focam a protecção e a promoção dos direitos fundamentais como intenção prioritária³⁶³. Todavia, não encontramos (ainda) no direito da União Europeia muitos documentos mais específicos relativamente ao desenvolvimento da protecção dos direitos da criança, porém, o objectivo está presente e é mencionado de forma crescente no direito derivado³⁶⁴, em documentos das mais diversas matérias³⁶⁵ e com projectos que assumem esta vertente, como é o caso do “Programa “Justiça” para o período 2014 a 2020”, que *“deverá apoiar a protecção dos direitos da criança, incluindo o direito a julgamento equitativo, o direito à compreensão do processo, o direito ao respeito pela vida privada e familiar e o direito à integridade e dignidade. O Programa deverá visar, em especial, o reforço da protecção da criança nos sistemas de justiça e o acesso das crianças à justiça, e deverá integrar a promoção dos direitos da criança na execução de todas as suas acções”*.³⁶⁶

Assim, verificam-se progressos significativos na UE nesta área ao longo dos anos, com o desenvolvimento de políticas e programas concretos no domínio dos direitos das crianças, acompanhando as diferentes bases jurídicas existentes, embora se mantenha a preocupação de eficácia, numa Europa que sofre importantes transformações económicas, políticas, ambientais e sociais face às quais as crianças se encontram em maior grau de fragilidade comparativamente à população no seu conjunto³⁶⁷.

Os direitos da criança são hoje uma questão horizontal, transversal e multidimensional que deve ser integrada em todas as políticas europeias e nacionais³⁶⁸.

4. A possível criação de um provedor da criança

As queixas apresentadas por cidadãos ao Provedor de Justiça permitem uma importante fonte de conhecimento das possíveis infracções ao direito. Tal acontece comprovadamente a nível da União Europeia³⁶⁹ e, à semelhança, nos direitos nacionais.

Actualmente, a complexidade e a diversidade de questões que se colocam ao Provedor de Justiça, em matéria de infância e juventude, reclamam a intervenção de um organismo próativo que controle o respeito pelos direitos fundamentais deste grupo etário. Por outro lado, os documentos oficiais reconhecem que o impacto da crise económica³⁷⁰ se reflecte em violência contra as categorias mais vulneráveis. Se são identificáveis grupos sociais particularmente vulneráveis, aí inserimos as crianças. Até a UNICEF³⁷¹ define que os direitos das crianças se devem tornar um fim em si mesmo, encarados como um meios de progresso³⁷².

Deste modo, numa sociedade moderna, complexa e especializada, devem-se propiciar todos os mecanismos para uma protecção dos direitos das crianças, pelo que se justifica a criação de um Provedor da Criança, como um órgão flexível e adaptável às necessidades dos seus destinatários.

Tal Provedor poderá criar uma postura pautada pela proximidade e promover o diálogo permanente com todas as organizações, quer públicas, quer privadas. E, acima de tudo, através de linguagem e meios adequados, ser acessível a todas as crianças, incentivando a espaços de diálogo e de contacto directo com os jovens, estimulando a sua participação activa na sociedade, e promovendo a construção de uma cidadania social e responsável.

Este objectivo tem cabimento no direito da União Europeia, onde os direitos da criança se distinguem já hoje como meta estabelecida pelo Conselho nas directrizes em matéria de direitos humanos. Mais ainda, a própria Comissão afirma os direitos da criança como um domínio de grande relevância prática e para a qual a União europeia tem, por força dos

Tratados, competências para o tornar uma realidade, através da sua legislação³⁷³.

Em 1981, a Noruega foi o primeiro país do mundo a nomear um Provedor da Criança (*Barn Ombudsman*), figura específica apenas para a defesa e promoção do superior interesse da criança. Outros países seguiram a ideia, encontrando-se o cargo por exemplo, na Irlanda, desde 2004³⁷⁴, ou na Catalunha, em Espanha. Portugal tentou a ideia em 1995, mas não vingou. Nesse mesmo ano, foi criada a Comissão Nacional dos Direitos da Criança, que teria a seu cargo a elaboração do relatório previsto na Convenção de 1989 (artigo 44.º), dever de cada Estado-parte, mas o órgão não se manteve.

Apesar de, recentemente, já se encontrarem algumas preocupações nos documentos oficiais, curiosamente, veio, em 2015, a reaparecer na criação da Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Protecção das Crianças e Jovens³⁷⁵. E, até, expressamente com essa competência de agir no âmbito da Convenção dos Direitos da Criança³⁷⁶.

A este propósito refere-se a criação da Rede Europeia de Provedores da Criança, da qual faz parte o Provedor de Justiça Português, em 1997, em Trondheim, na Noruega, e actualmente integrada por 37 instituições independentes de direitos das crianças. O objectivo desta Rede consiste na promoção e protecção de direitos das crianças como previstos na Convenção sobre os Direitos das Crianças das Nações Unidas³⁷⁷, com vista à melhoria das condições de vida de todas as crianças no espaço europeu. Para realização deste objectivo, esta Rede permite a partilha de informação, abordagens e estratégias ao apoio da criação e fortalecimento de instituições de defesa dos direitos da criança junto dos órgãos europeus e internacionais. Na Conferência Anual de 2010³⁷⁸, a participação do Provedor de Justiça português focou este tema.

Importa ainda salientar que existe a linha da criança³⁷⁹ que consiste numa linha telefónica gratuita, vocacionada para problemas de crianças e jovens, tais como: maus-tratos, negligência, carências, abandono e questões sobre a regulação das responsabilidades parentais.

Para além desta linha da criança que permite efectuar queixas, no sítio da *Internet* do Provedor de Justiça português existe também uma página³⁸⁰ direccionada e com conteúdo para as próprias crianças, onde, de forma simples e interactiva, são explicados os seus direitos. Esta é, também, uma faceta importante, a utilização de linguagem acessível e adequada para cada faixa etária, com explicação de forma convivial para as crianças³⁸¹.

Comentário

As características dos *Ombudsman* enaltecem a estrutura do Estado de Direito mas, acima de tudo, importa que funcionem, para que os cidadãos saibam que se trata de uma instituição por recurso à qual podem exercer os seus direitos de participação, mediante a formulação de queixas e salvaguardando, assim, os seus direitos fundamentais e humanos. A actuação dos *Ombudsman* serve para recordar às administrações a sujeição da sua actividade à lei e ao direito.

Quarenta anos volvidos desde o seu aparecimento, o Provedor de Justiça continua a afirmar-se como um garante da justiça administrativa em Portugal, promovendo a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Actualmente e paulatinamente, ele assume-se como um órgão de direitos humanos, apoiando e incentivando no nosso país a acção das entidades internacionais dessa área.

Por tudo o exposto ao longo do presente estudo, conclui-se que a actividade de Provedor de Justiça implica um trabalho contínuo, multidisciplinaridade de conhecimentos e sensibilidade humana, pois as questões de origem nacional e internacional que se apresentam não têm cessado de crescer em extensão e diversidade.

Importante seria, até porque ainda vivemos sob efeitos de uma grave crise económica, que alguns mecanismos fossem criados especificamente para apoiar um grupo naturalmente mais vulnerável, as crianças.

Progressos jurídicos têm sido alcançados e a menção aos direitos das crianças é já possível de se encontrar nos documentos de direito da União

Europeia. Defendemos, porém, que há que ir mais longe e “ouvir as crianças”, o que seria alcançável através da criação de um Provedor de Justiça da Criança na União Europeia. Tal poderia, em seguida, servir de modelo para os Estados-Membros desenvolverem a mesma figura no quadro nacional e em cooperação.

A União Europeia tem já hoje, reconhecidamente, competências para tornar os direitos da criança uma realidade, através da sua legislação, e urge fazê-lo.

Referências bibliográficas

ALVES, Dora Resende. *Cronologia da Construção Europeia Comunitária*. Universidade Portucalense, 2015, apontamentos policopiados.

_____. *Notas sobre O TRATADO DE LISBOA de 13 de Dezembro de 2007*. In *Revista Jurídica*. N.º 13: (2008). Universidade Portucalense, pp. 27 a 40. ISSN 0874-2839.

_____. e CASTILHOS, Daniela. “Surgimento e afirmação dos textos europeus de defesa dos direitos das crianças” in *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenação: Jorge Miranda, Jose Luis Bolzan de Moraes, Saulo Tarso Rodrigues e Nuria Beloso Martín. Brasil: Editora Juruá, Curitiba, 2016, p. 441. ISBN 978-85-362-5566-8.

DUARTE, Maria Luísa. “A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais – a chancela do Tratado de Lisboa” in *Cadernos O Direito, n.º 5 - O Tratado de Lisboa*. Almedina, 2010. pp. 169 a 189.

LOPES, Manuela Baptista. “Enquadramento jurídico-normativo dos direitos da criança em Portugal”. In *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. XC, Tomo I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014, pp. 331 a 354. ISSN 0303-9773.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ensaio sobre o Tratado de Lisboa Ensaio sobre o Tratado de Lisboa 0*.

MESQUITA, Maria José Rangel de. *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Almedina, 2010. ISBN 978- 972-40-4322-7.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988. PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (coordenação). *Tratado de Lisboa - anotado e comentado*. Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4613-6.

SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana (coordenação). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada*. Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5120-8.

Documentação

Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 036/01, de 12 de março de 2013, sobre o Relatório Especial do Provedor de Justiça Europeu na sequência do seu inquérito à queixa 2591/2010/GG contra a Comissão Europeia (Aeroporto de Viena), JOUE C 36 de 29.01.2016, pp. 2 a 6.

Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 036/02, de 12 de março de 2013, sobre o impacto da crise económica na igualdade de géneros e nos direitos da mulher, JOUE C 36 de 29.01.2016, pp. 6 a 17. Resolução da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira n.º 8/2015/M de 19 de Agosto, com uma proposta de lei à Assembleia da República Criação do Observatório da Criança, DR 1.ª série n.º 161, pp. 6148 e 6149.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões com o Programa da UE para os direitos da criança de 15.02.2011, documento COM (2011) 60 final.

Parecer do Comité das Regiões, 2010/C 267/10, Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) C 267 de 01.10.2010, p. 47.

Comunicação da Comissão de 03.03.2010, documento COM (2010) 2020 final.

Comunicação da Comissão Rumo a uma estratégia da UE sobre os direitos da criança, documento COM(2006) 367 final, de 04.07.2006, Bruxelas.

-

* Doutora em Direito. Professora Auxiliar Convidada e Investigadora da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Correio eletrónico: dra@upt.pt.

³²² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 1988, pp. 254 a 259.

³²³ *Ibidem*, pp. 263 a 265.

³²⁴ *Ibidem*, pp. 379 a 383.

³²⁵ Comunicação da Comissão Rumo a uma estratégia da UE sobre os direitos da criança, documento COM(2006) 367 final, p. 11, 1.2.

³²⁶ Em 18 de Abril de 1951, foi criada a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C. E. C. A.) para colocar o conjunto da produção franco-alemã do carvão e do aço sob o controlo de uma alta autoridade comum, pelo Tratado de Paris, que entrou em vigor em 23 de Julho de 1952. Constituída para vigorar por 50 anos, cessou a sua vigência em 2002. Em 25 de Março de 1957, foram criadas a Comunidade Europeia da Energia Atómica (C. E. E. A. ou Euratom), para o desenvolvimento pacífico da energia atómica, e a Comunidade Económica Europeia (C. E. E.), organização europeia de integração geral, pelos Tratados de Roma, que entraram em vigor em 1 de Janeiro de 1958, todos os três tratados com os mesmos países fundadores: França, Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

³²⁷ *Ibidem*, pp. 3 e 4.

³²⁸ O Tratado de Lisboa provocou a liderança do Tratado da União Europeia (TUE) e a renomeação do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que correspondem ao TUE de 1992 e ao Tratado da Comunidade Europeia (TCE) de 1957, com todas as alterações pelas sete revisões efectuadas.

³²⁹ Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/pt/atyourservice/en/introduction.faces>.

³³⁰ <https://secure.ombudsman.europa.eu/pt/atyourservice/secured/complaintform.faces>.

³³¹ Avaliável nos seus relatórios anuais em <http://www.ombudsman.europa.eu/pt/activities/annualreports.faces>

³³² A delimitação deste conceito de boa administração deu lugar à criação de um Código de Boa Conduta Administrativas, aprovado pelo Parlamento Europeu, a 6 de Setembro de 2001, dirigido às instituições e aos órgãos da União Europeia, com o intuito de concretizar na prática, o direito à boa administração consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais, com base numa proposta redigida pelo Provedor Europeu, *Jacob Soderman*.

³³³ Muito curioso, porém, o estudo da historidadora *Ana Rodrigues Oliveira*, de Abril de 2015, que menciona que já na Idade Média haveria uma espécie de embrião de legislação a favor da criança. *Jornal de Notícias* de 08.04.2015, p. 33.

- ³³⁴ Os casos de emancipação (ver os artigos 130.º, 132.º e 1612.º do Código Civil português) ou os casos de alguns países no mundo em que a legislação fixa a maioria antes dos 18 anos.
- ³³⁵ Comunicação da Comissão de 04.07.2006, documento COM (2006) 367 final, p. 2.
- ³³⁶ *Ibidem*, p. 3.
- ³³⁷ Parecer do Comité das Regiões, 2007/C 146/08, JOUE C 146 de 30.06.2007, p. 58, § 1.10.
- ³³⁸ Refere-se 2,2 mil milhões em 2006, 86% das quais vivem em países em desenvolvimento. Há 19 milhões na União Europeia em risco de pobreza. Dados recolhidos em: Comunicação da Comissão de 04.07.2006, documento COM (2006) 367 final, p. 2; Parecer 2010/C 267/10, de 01.10.2010, p. 47, § 1, e Comunicação da Comissão de 03.03.2010, documento COM (2010) 2020 final.
- ³³⁹ As crianças de famílias sem autorização de residência e as crianças da rua. Parecer 2010/C 267/10, cit., p. 48, § 23.
- ³⁴⁰ Comunicação da Comissão de 15.02.2011, documento COM (2011) 60 final, pp. 9 e ss.
- ³⁴¹ LOPES, Manuela Baptista. “Enquadramento jurídico-normativo dos direitos da criança em Portugal”. 2014, p. 331.
- ³⁴² Para o contexto das Conclusões do Conselho 2015/C 417/09, a palavra “criança” refere-se a crianças entre os 0 e os 12 anos, por exemplo.
- ³⁴³ SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana (coordenação). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada*. 2013, p. 300. Também, da autora, “Surgimento e afirmação dos textos europeus de defesa dos direitos das crianças” in *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2016, p. 441.
- ³⁴⁴ Pela Resolução n.º 44/25, votada por unanimidade. Passados exactos 30 anos da Resolução 1386 (XIV), de 20 de Novembro de 1959, com a Declaração dos Direitos da Criança com apenas 10 princípios. Por isso, o dia é comemorado pela ONU como o Dia Universal da Criança. Porém, a data efectiva de comemoração do Dia Mundial da Criança varia de país para país. Em Portugal, acontece a 1 de Junho desde 1950. Ver em <http://nacoesunidas.org/calendario/>.
- ³⁴⁵ Em http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf.
- ³⁴⁶ SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana (coordenação). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada*. 2013, p. 302.
- ³⁴⁷ Portugal assinou a Convenção em 26 de Janeiro de 1990. A ratificação aconteceu pelos Decreto do Presidente da República n.º 49/1990 e Resolução da Assembleia da República n.º 20/1990, ambos de 12 de Setembro, publicados no Diário da República, I Série, n.º 211, pp. 3738(2) a (20). Entrou em vigor em 21 de Outubro de 1990.

³⁴⁸ Com entrada em vigor na ordem internacional a 1 de Julho de 2000. Portugal assinou em 6 de Março de 1997, para entrada em vigor em 1 de Julho de 2014, de acordo com o n.º 4 do artigo 21.º da Convenção. A ratificação aconteceu pelos Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27 de Janeiro, e Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 27 de Janeiro, publicados no Diário da República, I Série, n.º 18. O depósito do instrumento de ratificação junto do Secretário-Geral do Conselho da Europa foi efectuado em 31 de Março de 2014.

³⁴⁹ SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana (coordenação). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada*. 2013, p. 299.

³⁵⁰ O princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação obriga que os filhos dos trabalhadores migrantes sejam admitidos nos cursos escolares, no ensino, nas mesmas condições dos nacionais. Abrange o benefício de bolsas de estudo nas mesmas condições dos trabalhadores nacionais, bem como da concessão de reduções nos meios de transporte.

Publicada no JOCE L 180 de 13.07.1990, a Directiva n.º 90/366/CEE do Conselho de 28 de Junho de 1990 relativa ao direito de residência dos estudantes e seu agregado familiar, desde que provem ao Estado de acolhimento que dispõem de recursos económicos. Entretanto, a Directiva 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 membros das suas famílias no território dos Estados membros (JOUE L 158 de 30.04.2004, p. 77), que reuniu num texto único a legislação relativa à livre circulação dos cidadãos da União. Esta Directiva foi já transposta para a ordem jurídica portuguesa pela Lei n.º 37/2006 de 9 de Agosto, publicada no Diário da República I Série n.º 153.

³⁵¹ Assinado em 2 de Outubro de 1997, constituiu a terceira grande revisão dos Tratados que veio a entrar em vigor em 1 de Maio de 1999. Texto em JOCE C 340 de 10.11.1997. Acta de rectificação em JOUE C 111 de 06.05.2008 (2008/C 111/20, p. 64). e no JOUE C 111 de 06.05.2008 (2008/C 111/20, p. 64).

³⁵² Assinada em 7 de Dezembro de 2000 (2000/C 364/01 no JOCE C 364 de 18.12.2000, pp. 1 a 22), foi republicada em 2007, no JOUE C 303 de 14.12.2007, 2007/C 303/02, pp. 17 a 35. Última publicação no JOUE C 326 de 26.10.2012, 2012/C 326/02, pp. 391 a 407.

³⁵³ SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana (coordenação). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada*. 2013, p. 299, e MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ensaio sobre o Tratado de Lisboa*. 2011, p. 108.

³⁵⁴ DUARTE, Maria Luísa. “A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais...” in *Cadernos O Direito*. 2010. p. 170.

³⁵⁵ Conferência proferida pela Prof.ª Dr.ª Alessandra Silveira, com o título “A protecção jurisdicional dos direitos fundamentais na União Europeia”, em 10 de Dezembro de 2008, no Auditório da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

³⁵⁶ Resolução do Parlamento Europeu de 23 de Outubro de 2002, JOUE C 300 E de 11.12.2003, p. 434, § G.

- ³⁵⁷ A quinta grande revisão aos tratados, assinado em 13 de Dezembro de 2007. Ver sobre as alterações ALVES, Dora Resende. *Notas sobre O TRATADO DE LISBOA de 13 de Dezembro de 2007. In Revista Jurídica*. N.º 13: (2008). Universidade Portucalense, pp. 27 a 40. ISSN 0874-2839.
- ³⁵⁸ Nos termos do novo artigo 6.º, n.º 1, do TUE e da Declaração A. 1., adoptada pela Conferência dos Representantes dos Estados-membros e anexa ao TL, porém com ressalvas de alguns países em declarações anexas ao Tratado (JOUE C 306 de 17.12.2007, p. 12).
- ³⁵⁹ Comunicação da Comissão de 26.01.2005, documento COM (2005) 12 final, p. 11.
- ³⁶⁰ Comunicação da Comissão de 04.07.2006, documento COM (2006) 367 final, p. 4.
- ³⁶¹ PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (coordenação). *Tratado de Lisboa - anotado e comentado*. 2012, p. 31, e MESQUITA, Maria José Rangel de. *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*. 2010, p. 54.
- ³⁶² Comunicação da Comissão de 19.10.2010, documento COM (2010) 573 final, p. 2.
- ³⁶³ Programa de Estocolmo 2010/C 115/01, JOUE C 115 de 04.05.2010, pp. 1 a 38, e Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia (1997), A4-0468/1998, § 63.
- ³⁶⁴ Nomeadamente, e tal como reconhecido no artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, assume-se a necessidade da audição da criança no Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de Novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, JOUE L 338 de 23.12.2003, p. 1. Alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2116/2004 do Conselho de 2 de Dezembro de 2004 que altera o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, em relação aos tratados com a Santa Sé, JOUE L 367 de 14.12.2004. Já com a Proposta de Regulamento do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 no que diz respeito à competência e introduz regras relativas à lei aplicável em matéria matrimonial (apresentada pela Comissão), SEC(2006) 949 e 950, COM (2006) 399 final de 17.07.2006.
- ³⁶⁵ Veja-se a Comunicação da Comissão de 11.03.2014, documento COM (2014) 144 final, p. 6.
- ³⁶⁶ Regulamento (UE) n.º 1382/2013, JOUE L 354 de 28.12.2013, p. 74, § 12.
- ³⁶⁷ *Ibidem*, pp. 5 e 7.
- ³⁶⁸ Parecer do Comité das Regiões, 2010/C 267/10, JOUE C 267 de 01.10.2010, p. 47, § 2.
- ³⁶⁹ Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 036/01, JOUE C 36 de 29.01.2016, p. 2.
- ³⁷⁰ *Ibidem*, p. 6.
- ³⁷¹ UNICEF – sigla inglesa para Fundo das Nações Unidas para a Infância órgão das Nações Unidas que tem como objectivo promover a defesa dos direitos das crianças, ajudar a dar resposta às suas

necessidades e contribuir para o seu desenvolvimento. Foi criada em 11 de Dezembro de 1946 e tem a sua sede em Nova Iorque nos Estados Unidos. (www.unicef.pt)

³⁷² *Apud* Resolução da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira n.º 8/2015/M.

³⁷³ Comunicação da Comissão de 15.02.2011, documento COM (2011) 60 final, p. 6, 2.1.

³⁷⁴ Em Setembro de 2015, realizou-se na Fundação Calouste Gulbenkian, em Lisboa, um encontro para marcar precisamente os 25 anos da ratificação, por Portugal, da CDC e aí se deu conta deste modelo e se ouviram os principais oradores a defender a criação desta figura. No Jornal *Público* de 26.09.2015, p. 15.

³⁷⁵ Pelo muito recente Decreto-Lei n.º 159/2015 de 10 de agosto, no DR n.º 154, p. 5695, ainda de impacto prático desconhecido.

É curiosa a Resolução da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira n.º 8/2015/M de 19 de Agosto, com uma proposta de lei apresentada à Assembleia da República sobre a criação do Observatório da Criança.

³⁷⁶ Veja-se o seu artigo 3.º, n.º 2, alínea e).

³⁷⁷ Adoptada por unanimidade em 20 de Novembro de 1989, pela Resolução da Assembleia Geral n.º 44/25. Este tratado internacional é um importante instrumento legal devido ao seu carácter universal e também pelo facto de ter sido ratificado pela quase totalidade dos Estados do mundo (192). Apenas dois países, os Estados Unidos da América e a Somália, ainda não ratificaram a Convenção sobre os Direitos da Criança. A entrada em vigor na ordem internacional aconteceu em 2 de Setembro de 1990. Portugal assinou a Convenção em 26 de Janeiro de 1990. A ratificação aconteceu pelos Decreto do Presidente da República n.º 49/1990 e Resolução da Assembleia da República n.º 20/1990, ambos de 12 de Setembro, publicados no Diário da República, I Série, n.º 211, pp. 3738 (2) a (20). Entrou em vigor, para Portugal, foi em 21 de Outubro de 1990.

³⁷⁸ Dedicada ao tema “Ouvindo as crianças e envolvendo-as na promoção e implementação dos seus direitos”, realizada em Estrasburgo, nos dias 7 a 9 de Outubro de 2010.

³⁷⁹ Disponível em: <http://www.provedor-jus.pt/?idc=54>. Cada vez mais, aumentam os contactos para a linha da criança: em 2013 foram cerca de 598 contactos e em 2014 cerca de 701 contactos, sendo o assunto mais abordado a questão das responsabilidades parentais, seguindo-se abandono e negligência. Porém, apenas 19 destes 701 contactos foram feitos pelas próprias crianças, que provavelmente desconhecem este meio de defesa dos seus direitos, e, quanto a o assunto mais abordado ser a questão das responsabilidades parentais provavelmente deve-se aos reflexos da crise económica em Portugal, com os familiares sem meios para recorrer a advogados e aos tribunais.

³⁸⁰ Disponível em: <http://criancas.provedor-jus.pt/index.php>.

³⁸¹ Comunicação da Comissão Rumo a uma estratégia da UE sobre os direitos da criança, documento COM(2006) 367 final, p. 11, 6.

A CONSAGRAÇÃO DA HABITAÇÃO COMO DIREITO HUMANO ATRAVÉS DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL: UM REPTO À CONTEMPORANEIDADE EUROPEIA

Dulcilene Aparecida Mapelli Rodrigues*

Resumo: A problemática, ora enfrentada, inicia-se com a identificação constitucional da habitação como um bem jurídico insculpido na forma de um direito fundamental-social, e como tal, implicador de um dever estatal de garanti-lo e efetivá-lo, eis que se encontra dentre as necessidades mais basilares do cidadão, fundamento primeiro do Estado de Direito Democrático em que vivemos. Nesse passo, diversas são as diretrizes jurídicas a reger a Administração Pública, as quais são consubstanciadas tanto no Direito interno quanto no Direito Comunitário, e a sociedade, ao fim e ao cabo é pois o destinatário inaugural e final dos regramentos, a fim de que sejam assegurados, a todos os direitos à perpetração de sua condição humana digna, através da efetividade do sistema jurídico que promova a sustentabilidade social. Para tanto, serão analisados critérios consubstanciadores de uma normatização cravada de regramentos, a partir da qual garantir-se-á uma atuação estatal por meio da contratação pública que possui como norte os direitos humanos, sendo, assim, apta a propiciar a dignidade humana a partir da promoção de objetivos macroeconômicos e sociais.

Palavras-chave: Habitação. Europa. Contratação pública. *Social Public Procurement*. Sustentabilidade.

Introdução

O mundo atual vivencia uma época de proliferação de riscos e direitos, advinda da constitucionalização dos direitos sociais³⁸², fato que, por assim ser, exige a proteção positiva do Estado.

E sob este viés encontramos a sociedade atual, na qual a pessoa humana e seus direitos fundamentais são o móvel do sistema social e jurídico que se vê cada vez mais ameaçado ante os riscos e perigos que se desenvolvem diuturnamente.

O bem comum é o objetivo, porém não se deve conquistá-lo em desconsideração de condições mínimas de vida e ao alvitre e afronta à dignidade da pessoa humana e do meio ambiente, inclusive, urbano.

A Administração Pública em sua atuação diuturna perquire o bem comum, o interesse público como sua finalidade precípua, e dentre as diversas formas de efetivação e promoção deste bem maior, representado pela sociedade, estão os contratos públicos, através dos quais, se efetivarão serviços, obras e demais benesses necessárias e primordiais para os cidadãos.

A consciência deve ser pelo todo, pelo planeta, eis que a globalização oportuniza formas de os povos e culturas se encontrarem, o que demanda um “diálogo político, intercultural e ético,”³⁸³ para que haja efetivamente uma ligação uníssona entre os homens e a natureza, traduzidos num convívio social pautado pela responsabilidade, na busca incessante pela sustentabilidade e consecução de um mundo mais igualitário.

E neste cenário onde há necessidades, direitos e busca pelo bem comum coletivo, o desempenho estatal apresenta-se vincado à criterização e promoção social, através da contratação pública na contemporaneidade.

1. Habitação: Direito Humano Delimitado com vista à Dignidade da Pessoa Humana

Kant preleciona sobre a dignidade ainda no início do século XVIII, quando argumenta que havia em cada homem um mesmo valor por causa da sua razão, empregou a expressão “dignidade da natureza humana”, mais apropriada para indicar o que está em questão quando se busca uma compreensão ética – ou seja, da natureza – do ser humano.³⁸⁴

Neste sentido, é o tratamento internacional acerca da garantia de dignidade às pessoas, sendo certo que todas as constituições democráticas utilizam tal expressão, tornando-se, então, uma exigência essencial para a noção de cidadania. A inscrição da dignidade humana nos ordenamentos jurídicos é o resultado e consequência de uma reflexão filosófica acumulada nos séculos anteriores.³⁸⁵

Ademais, o ideal de dignidade é fruto da positivação dos ordenamentos jurídicos, eis que representa, inclusive, um processo de batalhas políticas, motivadas por ideais de liberdade, igualdade e exigências de organizações políticas econômicas e sociais do pós-guerra.³⁸⁶

A dignidade é incomensurável, insubstituível, inalienável, indispensável, eis que é considerada um fim em si mesma.³⁸⁷ Passa a ser decorrente da autonomia da vontade, isto é, da ação voluntária, responsável e garantida também no outro, que, por isso, não pode ser visto, independente de sua condição social, econômica e racial, com menos dignidade ou com uma dignidade que, se diferente, é reduzida, configurando um desrespeito.

Görg Haverkate adverte que é inelutável o fato de os direitos fundamentais serem “o ponto de Arquimedes do estado constitucional.”³⁸⁸ E a dignidade da pessoa humana, por sua vez, é a que atribui uma unidade de sentido ao sistema de direitos fundamentais, fazendo da pessoa humana “fundamento e fim da sociedade e do Estado”.³⁸⁹

No ensinamento de Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana é a que representa a doutrina constitucional contemporânea, a despeito de seu

caráter compromissário com a eficácia dos direitos fundamentais.³⁹⁰

Assim, a cada direito fundamental, se faz presente um conteúdo da dignidade da pessoa humana, na condição de valor e princípio fundamental, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, como uma garantia do desenvolvimento da personalidade humana, o que determina, de forma reflexa ou colateral, que a violação da dignidade ocorra em decorrência da violação dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões.³⁹¹

Logo, podemos dizer que a inclusão da habitação no rol dos direitos sociais como bem fundamentalmente consagrado implica na geração de significativos efeitos positivos, a demonstração de uma função impulsionadora dos Poderes Legislativo e o Executivo, e um efeito protetivo da dignidade de todos os cidadãos.

Numa ordem jurídica dessa natureza, que congrega várias ideologias dentro de um mesmo texto, e tutela tanto os valores clássicos do Estado Liberal (a propriedade, a liberdade, a autonomia da vontade e a segurança), como os do Estado Social (a igualdade substancial, o bem-estar de todos e a justiça social) e os valores da solidariedade, perpassados e assegurados na sistemática atual do Estado de Direito Europeu contemporâneo, demonstra ser preciso definir o que se acha no cerne da Constituição, ou seja, que valor lhe subjaz como elementar e fundamental. Em outros termos, o que lhe serve de essência.

No que tange ao direito à habitação, inexoravelmente cuida-se de um direito humano fundamental e universal, assim elencado desde 1948, com o reconhecimento pela Declaração Universal dos Direitos Humanos como direito humano. A partir de então, a habitação tornou-se um direito humano universal, aceito e aplicável em todas as partes do mundo como um dos direitos fundamentais para a vida das pessoas.

Notável diferença é traçada doutrinariamente acerca da terminologia das palavras moradia e habitação, à qual passamos a reportar.

Por habitar/habitação³⁹² entende-se o local onde se vive, onde se habita, o local em que se reside. Um estar. Sem ter o condão de conferir continuidade, permanência. Cujas finalidades primeira é conferir à pessoa a possibilidade de fixar-se em determinado local a fim de atender seus interesses naturais e cotidianos, sem que isso confira caráter duradouro, “tratando-se de uma relação de fato entre sujeito e coisa, sendo objeto de direito.”³⁹³

O direito a moradia, para Shelton³⁹⁴ é um direito humano referenciado, inclusive, na Agenda 21, do Rio de Janeiro, 1992. Neste sentido, a relatoria da ONU³⁹⁵ define moradia como algo muito mais além que um teto e quatro paredes, sendo que o direito à moradia implica no direito a um padrão de vida adequado, que insculpe o direito de todo ser humano a “ter acesso a um lar e a uma comunidade seguros para viver em paz, dignidade e com saúde física e mental”.

A moradia é entendida como um direito de personalidade em si, inerente à pessoa, “é também um direito natural porque se apoia na natureza das coisas (...) apoiando-se na ordem da necessidade, correspondendo primeiramente à natureza da sociedade (...), e ao homem, como elemento primário da sociedade”³⁹⁶, tendo sido, reconhecido como um direito humano, inclusive, com a aprovação da “Agenda Habitat II em 1996, em Istambul”³⁹⁷, bem como por ser um direito fundamental e social, além de condizer com a personalidade.

Nos ensinamentos de Sérgio Iglesias Nunes de Souza, o direito a moradia detém as características de “intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, inviolabilidade, interdependência” e o caráter de ser “extrapatrimonial, impenhorável, vitalício, necessário, essencial, oponível *erga omnes*, absoluto e imprescritível”.³⁹⁸

A moradia adequada, conforme delimitado pela Organização das Nações Unidas,³⁹⁹ deve incluir: 1) condição de ocupação estável, ou seja, um local onde não haja ameaça de remoção, nem tão pouco que existam ameaças indevidas ou inesperadas; 2) acesso a serviços, bens públicos e infra-

estruturas, como energia elétrica, sistema de água e esgoto, coleta de lixo; 3) acesso a bens ambientais, como terra, água e meio ambiente equilibrado; 4) moradia a um valor acessível ou com subsídios ou financiamentos que garantam custos compatíveis com os níveis de renda; 5) boas condições de habitação, respeitado um tamanho mínimo, com proteção contra frio, calor, chuva, vento ou outras ameaças à saúde, riscos estruturais e suscetibilidade a doenças; 6) acesso prioritário à moradia para grupos em situação de vulnerabilidade ou desvantagem; 7) localização adequada, com acesso a médicos e hospitais, escolas, creches e transporte, em áreas urbanas ou rurais; 8) adequação cultural, construída com materiais, estruturas e disposição espacial que viabilizem a expressão da identidade cultural e a diversidade dos vários indivíduos e grupos que a habitam.

A regulamentatividade internacional, ao tratar da moradia como representação da dignidade da pessoa humana, consubstancia princípios e diretrizes condizentes à mesma.

Cuida-se de princípios básicos e diretrizes sobre o direito à reparação para vítimas de grave violação de leis de direitos humanos e sérias violações de leis humanitárias internacionais; e de princípios das Nações Unidas para moradia e restituição de posses para refugiados e pessoas deslocadas, todas temáticas amplamente discutidas há tempos e atualmente no cenário acadêmico, político e judicial, principalmente europeu.

Tais princípios foram desenvolvidos para apoiar todos os atores relevantes, nacionais e internacionais, para tratar de assuntos jurídicos e técnicos relacionados à habitação, terra e propriedade em situações nas quais remoções levaram a pessoas serem arbitrariamente ou ilegalmente privadas de suas antigas casas, terras, propriedades ou locais de residência habitual.

A partir da Carta da ONU⁴⁰⁰, processou-se uma onda de transformações no Direito Internacional, inaugurando-se um novo modelo de relações internacionais. Trata-se de imprescindível documento secular no tocante à matéria do reconhecimento e preservação dos direitos fundamentais do indivíduo do mundo pós-guerra, momento em que era preciso evitar que

atrocidades ocorridas durante a guerra se repetissem, a fim de se garantir que as gerações vindouras não sofressem seus efeitos.

A Carta das Nações Unidas⁴⁰¹ assim prevê:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVEMOS: preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indivisíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

Neste sentido, deu-se o desenvolvimento de uma ampla normatividade internacional que corrobora a delimitação da dignidade humana.

Neste sentido, encontra-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 25, parágrafo 1º⁴⁰². O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁴⁰³ prevê em seu artigo 17, parágrafo 1º que “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”.

Por sua vez, a habitação vem estabelecida igualmente no Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais⁴⁰⁴, que especifica a moradia, em seu artigo 11, parágrafo 1º. A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial assinala o direito à habitação no artigo 5º, “e”, III⁴⁰⁵; a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher também o insculpe em seu artigo 14,2, “h”⁴⁰⁶.

Já a Convenção sobre os Direitos das Crianças⁴⁰⁷ prevê no artigo, 16,1 que: “Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais

em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação”.

É de igual senda a Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, em seu artigo 43, 1, ”d”⁴⁰⁸, ao delimitar o direito de acesso à habitação.

Não obstante tais normatizações, a ambiência europeia apresenta, inelutavelmente, diversos e magnânimos desafios sobre a temática da habitação, mormente, frente a “crise dos refugiados” existente há anos, mas que ganha vulto nos dias atuais, e vem somada à situação de moradores de rua, aos desvalidos economicamente, ao elevado déficit de habitação e de moradias inadequadas.

Impende referir que a efetivação do direito fundamental-social à habitação muitas vezes é exercido em confronto com o meio ambiente, à medida que, por vezes, o atinge diretamente, não o preservando, produzindo riscos e danosidade ao ecossistema.

Inexorável, pois, estruturar-se o Estado numa versão integrada para que assim se dê a instrumentalização de decisões e o gerenciamento dos riscos e perigos urbanos e ambientais, a fim de que haja a atuação conjunta entre Estado e sociedade com o foco, em última *ratio*, no ser humano.

Nesta toada, urge a efetivação de uma recíproca complementariedade de garantias individuais e tutela de interesses individuais,⁴⁰⁹ que são o norte e fundamento de um Estado de Direito fulcrado na democracia e na constitucionalidade como parâmetro para efetivação da dignidade da pessoa humana, através da habitação, visando, sobretudo, a conservação, a melhora e a efetivação de um meio ambiente saudável, que encarta valores sociais, políticos e jurídicos para a consecução e efetivação do bem comum.

2. Direito Fundamental à Habitação

Os direitos fundamentais e sua implementação através do prisma do pluralismo social são condições de validade da própria Constituição, concebidos como sendo a ligação de conteúdo entre política e direito.

Tonifica-se a ótica de ser a Constituição “uma ordem jurídica fundamental da comunidade”⁴¹⁰, donde é possível perceber que a relevância se dá através de sua permanente e contínua realidade, que é uma ordem integradora, em razão de seus valores materiais próprios, além de “se constituir como um estímulo, ou limitação, da dinâmica constitucional, estrutura o Estado como poder de dominação formal”.⁴¹¹

E assim considerando, verifica-se que a positivação dos direitos fundamentais e sociais, nas cartas constitucionais, corrobora a ordenação e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como fonte de concretude estatal, notadamente no que tange ao direito à habitação.

Logo, podemos dizer que a inclusão da habitação no rol dos direitos sociais como bem fundamentalmente consagrado implica na geração de significativos efeitos positivos, demonstrando, uma função impulsionadora dos poderes de legislar e administrar do Estado, e um efeito protetivo da dignidade de todos os cidadãos.

E neste exato aspecto, se dá a consagração da habitação no ordenamento jurídico, como por exemplo em Portugal, através da delimitação no artigo 65, n.1, o direito à habitação, na Constituição da República Portuguesa⁴¹², nos seguintes termos: “Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar”.

A Itália, por sua vez, elenca a habitação enquanto derivação dos direitos sociais da igualdade substancial, a partir do que se tem o direito social como "o conjunto de regras pelas quais o estado implementa a função de balanceamento e moderador das disparidades sociais, a fim de "assegurar a igualdade de situações, apesar a diferença de fortunas".⁴¹³ Fator que vem

delimitado na Constituição Italiana ao referir como dever Estatal a garantia de acesso à adequada habitação.⁴¹⁴

Já na Constituição Espanhola, a habitação encontra-se instituída no artigo 47⁴¹⁵, como direito a garantia para o desenvolvimento pessoal, ao qual somamos: como consubstanciador de dignidade.

E por habitação adequada entende-se a condição fundamental para o homem exercer plenamente a sua cidadania, estando inserido na concepção de um padrão de vida adequado.

Raquel Rolnik refere que não se trata de “ter quatro paredes e um teto em cima da cabeça, mas sim uma porta de entrada para uma qualidade de vida decente, uma forma de acesso a outros direitos, como educação, saúde, meio ambiente saudável, trabalho [...]”.⁴¹⁶

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴¹⁷ em seu artigo 25, parágrafo 1º, delimita:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

A Agenda Habitat⁴¹⁸ foi adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II, realizada em Istambul, em junho de 1996, cujos objetivos principais são: instituir padrões de habitação adequada para todos e o desenvolvimento sustentável em um mundo em urbanização. Ao mesmo tempo em que, em seu preâmbulo, reconhece o acesso à habitação sadia e segura, dotada dos serviços básicos, como condição essencial para uma vida digna e para o bem estar físico, psicológico, social e econômico das pessoas. Sendo que em seu capítulo II, parágrafo 13, a Agenda Habitat dispõe expressamente sobre a moradia como direito⁴¹⁹.

O empenho se dá para que haja uma fundamentação e conteúdo do direito humano e como seu consectário: o direito à habitação, sustentando sua importância na ordem jurídico-constitucional mundial, cuja concretização é diretamente atrelada a uma hierarquização dos valores e interesses em pauta, consubstanciados numa juridicidade social.

A par da inesgotável preocupação mundial sobre a efetivação da fundamental e digna habitação aos povos, é cada vez mais diuturna a situação mundial de crescimento populacional, com a expansão dos centros urbanos e da remodelação das cidades, por conta de migrações humanas maciças em busca de trabalho, estudos e de melhores condições de vida.

Tal situação culmina em desequilíbrio urbano, gerando uma insuficiência de recursos e acomodações, desembocando em circunstâncias de inquietude e inadequação habitacional, que perfazem na atualidade a busca pela erradicação do problema, apresentando-se como uma das soluções a efetivação de políticas públicas estatais, na construção e remodelação de moradias aos menos favorecidos, primordialmente, seja para abrigar os que não as possuem, ou para conferir aspecto digno aos que a possuem deficitariamente ou as tiveram assoladas, inclusive, por desastres naturais.

Aliado a referidos elementos, vivencia-se no cotidiano citadino, a devastação habitacional advinda de fontes naturais, tais como tufões, chuvas intensas, desmoronamentos, desastres ambientais que destroem parcial ou totalmente as moradias menos estruturadas, características próprias de onde (sobre)vivem os menos favorecidos.

E aqui se dá a real necessidade de interação cidadão-Estado, para a efetivação de um identidade com a habitação e a efetivação de tal direito, nomeadamente quando da construção da habitação.

Certo que é no ambiente habitacional (local em que por vezes sequer há ambiente ou habitação) onde se verifica a carência dos próprios moradores, bem como a localização, embora dentro do perímetro das cidades, acometida por diversos problemas e pela segregação, em razão da distância da localidade da zona central, da impossibilidade de coleta de lixo frequente, da falta de infraestrutura de esgoto, de energia, e de demais

serviços públicos, que muitas vezes assola as localidades onde se encontram as habitações sociais.

Neste sentido, aliado aos diversos programas habitacionais voltados à habitação⁴²⁰, e como tal consubstanciadores da real preocupação acerca do tema, infira-se perquirição estatal por uma sociedade mais equânime, o que pode ser visto, inclusive através da instituição da atuação administrativa e de legislação acerca das moradias sociais, voltada à concretização da habitação.

Sob este viés, denota-se a imprescindibilidade do Estado na percepção de riscos e perigos urbanos, seguida de forte atitude estatal, através de políticas públicas, a fim de perpetrar atividades voltadas ao gerenciamento urbano, de modo a garantir a efetivação do direito à fundamental à habitação, no sentido mais humano e fundamental da palavra, e com reais e seguras condições dignas para os cidadãos.

3. Políticas Públicas Sociais (e Habitacionais)

Os tempos atuais delineiam a existência de um Estado *gerente*, que deve implementar a legislação material, através de decretos-lei e regulamentos⁴²¹, numa atuação pontual através de políticas públicas, inclusive, quando da, e para a, efetivação dos direitos consagrados na esfera social do Estado.

A sociedade convive com a imprescindibilidade de evolução, eis que é característica do ser humano a busca pela melhoria e desenvolvimento próprios e do meio em que vive, não obstante advenham daí riscos/probabilidades de perigo à humanidade como um todo, ou em estes ocorrendo, haja um concreto desempenho estatal para sua prevenção e erradicação.

Pari passu, “cria-se para o Poder Público um dever constitucional, geral e positivo, representado por verdadeiras obrigações de fazer, isto é, de zelar pela defesa (defender) e preservação (preservar) do meio ambiente”⁴²², especialmente do urbano e da coletividade que nele vive.

Neste aspecto, as políticas públicas são mecanismos de ação estatal direcionadas ao desenvolvimento e consecução do bem estar e desenvolvimento espacial e social coletivos, ao mesmo tempo em que tais mecanismos representam e apresentam diretrizes e as estratégias de concretização de interesses públicos e de alteração de relações sociais estabelecidas.

Inelutável, pois, que a política pública é uma “atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos”⁴²³. Verdadeiros institutos de atuação governamental objetivando a coordenação de mecanismos postos à disposição do Estado e das atividades privadas, a fim de se alcançar a concretização de desígnios socialmente relevantes e politicamente determinados.⁴²⁴

Neste sentido, o papel desenvolvido na União Europeia no que tange às políticas públicas de caráter ambiental e social demonstra o empenho dos Estados-membros na abordagem e consecução da regulação social nestes setores.

E por assim ser, a Administração Pública, enquanto entidade contratante, cujo mote maior é o interesse público, deve se traduzir num Estado garantidor dos direitos de seus cidadãos, promovendo a busca e realização dos direitos sociais através da contratação pública, a fim de promover o desenvolvimento através da socialidade.

3.1 Sustentabilidade Social na Contratação Pública

A normatividade mundial vem avançando nos estudos e previsões acerca da ambientabilidade governamental, no sentido de a inclusão do tema sobre meio ambiente, natural e urbano, estar cada vez mais radicado e debatido nos meios legais, jurídicos e sociais.

O Direito Administrativo atual, “ganhou autonomia e identifica-se hoje com um conjunto de modificações assinaláveis às formas de actividade administrativa tradicional”.⁴²⁵

E como novo paradigma da contratação pública apresentam-se os *Green Public Procurement* que trazem íncultas as ideias de que as entidades adjudicantes públicas podem e devem reduzir os impactos ambientais de suas próprias atividades. A vertente é por uma contratação pública voltada à sustentabilidade, seja ecológica, social ou financeira⁴²⁶.

Verdadeiramente, a Convenção de Aarhus, celebrada na Dinamarca, em 1998, sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente, constitui um marco importante na definição (e no modo de definição) de um novo *status* procedimental e processual ativo dos cidadãos, que constitui importante avanço a um direito administrativo global na temática ambiental⁴²⁷.

Contudo, e não obstante a importância ambiental⁴²⁸, o apelo social não pode adquirir caráter despiciendo, embora ainda a socialidade seja relativamente tímida em normas acerca da contratação pública no Direito Europeu em comparação ao caráter ambiental. Paritariamente à contemplação do fator ambiental, a socialidade integra ramo fundamental do Direito, albergando situações carentes de análise, ponderações e urgentes soluções.

E o sentido social, como substrato da fundamentalidade do direito, verifica-se premente de elucidação cada vez maior quando da atuação do Estado, nesta época de riscos e perigos, notadamente, porque sua veiculação já vem sendo debatida e estudada mais diretamente desde as concepções das Diretivas Comunitárias.

A noção de desenvolvimento em suas delimitações ambientais e sociais contempla a ideia de sustentabilidade, enquanto utilização dos bens atuais pelas presentes gerações, mas com a preocupação de fazê-los perdurar para as gerações vindouras, devendo abarcar a equidade social e a qualidade de vida humana.

De fato, a “equidade intergeracional” é importante fator de destaque na medida em que prevê a efetivação dos direitos ambientais. O que vai ao encontro de uma necessária justiça transtemporal a ser formada e fundada em direitos e obrigações intergeracionais, na qual se concebe a

solidariedade assentada como um valor que suporta uma nova dimensão da cidadania nesta sociedade e neste tempo que nos é dado viver.⁴²⁹

Refiram-se as contingências percebidas pelo modelo de Estado Social quando confrontado pela exclusão social disseminada na modernidade, sendo que, em face de tal quadro, impôs-se uma reformulação do papel do Estado e a reconvocação da sociedade civil para assumir a parcela de responsabilidade que lhe incumbia pelo sucesso e coesão interindividuais.⁴³⁰

Apresentam-se, pois, como fenômenos que delineiam alterações na urbanidade, atuando pontualmente sobre os cidadãos e sua vida habitacional: escorregamentos de terras em locais geologicamente impróprios para ocupação e construção de casas, com os consequentes desmoronamentos de encostas sobre as casas; áreas de preservação permanentes aniquiladas em decorrência da ocupação ilegal/indevida; condensamento habitacional e acumulação de pessoas em pequenos espaços; favelização; metropolização; imobilidade urbana; exclusão e segregação, fatores que retundam em problemas sociais urbanos que urgem de solução, pública, pulsando pela vertente social estatal.

E nesta exata medida, a ruptura da dignidade humana, que se vê sobrepujada quando da falibilidade estatal frente aos desmandos naturais que imprimem riscos e perigos à vida, notadamente, quando do desmoronamento de casas ou submersão de cidades inteiras em épocas cada vez mais calamitosas frente às alterações do clima, é incutida de necessária atuação da ciência jurídica a enveredar pelo caminho de reconhecimento e veiculação de propostas tendentes a extirpar as diferenciações ocasionadas na contemporaneidade europeia e mundial.

Aliada à minoração com a progressiva erradicação de tais fatores, a sustentabilidade deve compor o rol de objetivação estatal quando da contratação pública, perfazendo-se, assim, uma sustentabilidade social na contratação pública. Eis que uma sociedade sustentável supõe que todos os cidadãos tenham o mínimo necessário para uma vida digna, o que implica na erradicação da pobreza e na definição de padrão de igualdade.

Há inolvidável textualização para a implementação das políticas públicas através dos contratos públicos, com razões e objetivos centrais, nomeadamente, sob a orientação de que, em devendo a política de contratos públicos ser reformada, é imperiosa a orientação para uma integração dos objetivos de política horizontal⁴³¹, perpetrada através de condições equitativas essenciais de participação, e aliadas à transparência e igualdade, com respeito aos princípios de Direito Interno e Comunitário, quando da contratação pública.

Nesse perfeito sentido, a consecução social através da contratação pública, tem seu início fixado pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia, quando em seu artigo 156, delimita que a Comissão incentivará a cooperação entre os Estados-Membros e facilitará a coordenação das suas ações nos domínios da política social⁴³².

Na mesma esteira de implementação, encontram-se as Diretivas de 2014 ao perquirirem, dentre vários aspectos, políticas de natureza social, no envólucro da contratação pública cunhada na integração de aspectos sociais nos instrumentos a serem realizados. Delimitações que ganham coro com as pontuações da professora Maria João Estorninho que leciona:

Lembram-se os princípios da igualdade e da não discriminação e salienta-se a necessidade de incentivar a prossecução de objetivos sociais através da imposição de condição da execução dos contratos públicos que passem, por exemplo, pela obrigação de garantir emprego a determinadas categorias de pessoas, favorecendo a reinserção social de pessoas desfavorecidas, o combate ao desemprego, a promoção da igualdade entre homens e mulheres ou a diversidade étnica.⁴³³

A Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 4/12/1986, estampa em seu artigo 10º que: “Os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e o fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional”.⁴³⁴

Impende demonstrar que desde a Diretiva 93/37/CE⁴³⁵ que tratava sobre a coordenação de processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, revogada pela Diretiva 2004/18/CE, esta revogada pela atual Diretiva 2014/24/UE; e através da Diretiva 1990/70/CE,⁴³⁶ trata-se sobre as relações dos trabalhadores e seu respectivo contrato e condições de trabalho, trilhando o caminho do caráter social na contratação pública.

Faz coro a tais delimitações em Direito Europeu a Comunicação Interpretativa da Comissão Europeia de 15 de outubro de 2001 (COM (2001) 566 final), que trata acerca do “direito comunitário aplicável aos contratos públicos e suas possibilidades de integrar aspectos sociais a estes contratos”.⁴³⁷

E sob este aspecto se dá a exposição da possibilidade de inclusão na contratação pública da obrigatoriedade de constar como exigência nos avisos de concurso públicos para contratos de empreitada de obras públicas⁴³⁸, especialmente, para a construção de moradias, o caráter social da inclusão dos futuros moradores, diretamente interessados no desenvolvimento do melhor, como fim público.

3.2 Social Public Procurement e a Contratação Pública: um Olhar a partir das Diretivas Comunitárias

“A natureza como uma responsabilidade humana é seguramente um *novum* sobre o qual uma nova teoria ética deve ser pensada”⁴³⁹. Porém que condições, deveres ou posições se exige há tanto?

O saber é um dever prioritário e o agir singular, deve ser moralmente responsável⁴⁴⁰, pois se trata de uma relação de reciprocidade entre homem-homem, homem-sociedade. A moral deve permear a ação humana, eis que a atuação se dá em bens comuns e aos nossos comuns.

A integração do Estado em comunidades jurídicas supranacionais e a sua vinculação a instituições internacionais de cariz inter-governamental (ex. Organização Mundial de Comércio, FMI, Banco Mundial), instituídas com o propósito de combater e dar resposta a alguns desafios da pós-

modernidade, seja em áreas como a protecção do ambiente, dos direitos humanos ou mesmo da regulação económica, permite que a esfera jurídica em que se move a Administração Pública deixe de se circunscrever à concretização das políticas nacionais e passe a coabitar com esferas sobrepostas de normatividade superestadual, disciplinadora das relações jurídicas no espaço nacional, criando um espaço administrativo multifacetado.⁴⁴¹

E é nesse sentido de responsabilidade que se dá o dever estatal de promoção de políticas públicas sociais, consubstanciado ao já até aqui expandido, a fim de que a habitação seja garantida em sua fundamentalidade e, no mesmo passo, o carácter social do agir estatal reste evidenciado mormente quanto aos próprios beneficiários das moradias.

Consubstanciando, a atual Administração Pública que passa a ter papel além do concretizador do interesse público previamente definido pelo legislador, confirmando-se como entidade que (absorve os *inputs* dos programas políticos fixados pelos Governos e pelo legislador) para efetivar políticas, segundos esquemas de composição de interesses na sociedade (cooperação, *governance* de interesses, negociação), dentro dos limites impostos pelos princípios materiais de justiça (entre os quais se inclui a eficiência e a sustentabilidade) e pelos princípios e regras legais de um procedimento justo (ex. transparência, igualdade de oportunidades), sendo a sua performance controlada em diversas fases de modo a garantir o alcance dos resultados (*accountability*, monitorização, responsividade), independentemente, claro está, da garantia de protecção jurídica efectiva dos direitos e interesses legítimos dos lesados pela sua actuação.⁴⁴²

O Estado quando da contratação para construção de moradias, bem como para a inclusão das regras ao procedimento, é o detentor do poder, desde o momento da decisão de contratar, perpassando pelo procedimento a ser escolhido, bem como pela inserção de condições de execução dos contratos, conforme delinea o artigo 70 da Diretiva 2014/24/UE⁴⁴³.

Inolvidável o carácter desenvolvimentista-social das novas Diretivas, publicadas em 2014, ao delinarem a contratação pública como instrumento

de expansão de políticas públicas, sob a alçada de regras e procedimentos de formação de contratos públicos que nortearão o implemento de políticas sociais e ambientais.

Em atuação conjunta, está a Estratégia Europa 2020 “para um crescimento inteligente sustentável e inclusivo [COM (2010)2020], que apresenta como uma de suas prioridades, o fomento a uma economia com elevados níveis de emprego e que assegure a coesão social e territorial”.⁴⁴⁴

Verifica-se na normatização do Direito Comunitário, a incentivada integração social, estabelecida no artigo 20, nº1, da Diretiva 2014/24/UE, que se refere à possibilidade de qualquer entidade pública adquirente reservar contratos para empresas cujo principal objetivo seja a integração de trabalhadores desfavorecidos no mercado de trabalho, desde que estes representem pelo menos 30% da força de trabalho da organização.⁴⁴⁵

Constata-se em corolário à normatização expandida, a possibilidade de realização de editais/avisos de concursos públicos, para realização de contratos de empreitada, quando da construção de moradias sociais, ou moradias que atendam a camada mais baixa da população, muitas vezes assolada por conta de destruição de suas casas, em razão de chuvas, desmoronamentos de terra, desastres ambientais, enfim, dos riscos e perigos urbanos.

E como instrumento e paradigma à representação da sustentabilidade social, descortina-se, à vista dos delineamentos jurídicos acerca da contratação pública, o *Social Public Procurement*, cujas balizas se apontam a seguir.

Como exigência precípua a constar nos editais, avisos e cadernos de encargo para o concurso afeto, trata-se da obrigatoriedade e respectiva comprovação, por parte das empresas, ainda quando da apresentação de proposta à concorrência no concurso, de que as exigências laborais, e todo o cumprimento da legislação trabalhista, principalmente, no que toca à segurança do trabalhador, pagamento de impostos e verbas trabalhistas e sociais, estejam rigorosamente em dia pela empresa candidata ao concurso;

bem como deverá se dar a comprovação de cumprimento de todas as obrigações atinentes à segurança social.

Nesta linha, a Diretiva 2014/24/UE⁴⁴⁶ incorpora a possibilidade de exclusão das propostas de preço anormalmente baixo por conta do não cumprimento da legislação social, ambiental, ou laboral, de âmbito nacional, europeu ou internacional, ou das convenções coletivas; bem como poderá se dar a exclusão da contratação pública, das empresas que não cumpram as obrigações legais, as que aqui incluímos, as trabalhistas e de segurança social, ambiental e social.

Somadas a tais exigência basilares, algumas demais determinações e exigências atinentes ao caráter social dos contratos públicos, cujo objeto seja a construção de moradias populares, apontam-se por necessárias.

O aparato legal advém da legislação específica de contratação estatal,⁴⁴⁷ e tais exigências deverão vir cunhadas na obrigatoriedade de que o pretenso contratante-prestador de serviço, seja obrigado a contar em seu quadro de funcionários, com pelo menos reserva de 30% (trinta por cento)⁴⁴⁸ das vagas para o pessoal a trabalhar nas obras objeto do contrato.

Tal percentual comporá as vagas que deverão ser preenchidas por moradores das áreas afetadas em caso de catástrofes ou desastres ambientais, ou por moradores residentes nas cercanias das áreas em que se dará a construção de moradias sociais. Na falta destas pessoas, as vagas deverão ser preenchidas por pessoas desempregadas, preferencialmente residentes na cidade em que se darão as obras.

No caso de ausência de candidatos, devidamente comprovada pela empresa, as vagas poderão ser livremente ocupadas por seleção da empresa a executar o contrato público.

Averbe-se que o requisito do desemprego deverá ser necessariamente comprovado pelo pretenso trabalhador, com apresentação de documento ou prova idônea⁴⁴⁹, que possa comprovar sua condição de morador e/ou desempregado, documentação esta que deverá compor necessariamente a historicidade documental atinente ao contrato público a ser executado pela

empresa obreira, para posterior conferência por parte da Administração, quando do início e consecução das obras.

Alguns requisitos apresentam-se como aporte necessário para a perfectibilização do *Social Public Procurement*, são eles: a necessidade de a empresa vencedora do concurso anunciar publicamente no município e na localidade da construção, as vagas disponíveis e os requisitos necessários para as vagas de contratação, sendo que o preenchimento ficaria a critério da empresa. E a recusa deverá ser devidamente motivada, justificada e documentada.

Em havendo a “contratação social”, nos termos delimitados, a mesma dar-se-á com contrato de prestação de serviços a termo/tempo determinado, eis que específico para a obra, sem que hajam demais encargos trabalhistas à empresa. Tal critério devidamente estabelecido, inclusive no caderno de encargos, apresenta-se como benesse e incentivo à empresa concorrente, a fim de que a escusa de concorrer por conta desta imposição social não seja levantada por receio de demais obrigações trabalhistas que possam advir.

Ressalvada, ainda, a possibilidade de efetiva contratação do trabalhador, pela empresa obreira, em sendo assim ajustado entre ambos, inclusive após a conclusão das obras em específico.

Tais determinações encontram permissivo normativo, ante a inexistência de disposição em contrário na legislação acerca da contratação pública de cada país.

E, a corroborar a defesa para a *Social Public Procurement*, encontra-se o elenco dos aspectos sociais a serem efetivados pelos Estados Membros, delimitados na Diretiva 2014/24/UE.⁴⁵⁰

Envolto no compromisso social ao qual fazemos coro com o presente trabalho, o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia manifestou-se no processo C-225/1998, elucidando que a busca pela efetivação do emprego, com o respeito dos princípios fundamentais do Direito Comunitário, inclusive o da igualdade e da não-discriminação, são mecanismos e critérios

válidos de utilização das entidades adjudicantes para a luta contra o desemprego.⁴⁵¹

O Direito Europeu vem delinear o cenário ora apresentado ao contemplar as possibilidades e necessidades de insculpimento de carácter social nos contratos públicos, prevendo e se manifestando nas mencionadas Diretivas europeias 93/37/CE, na Diretiva 1990/70/CE e na Diretiva 2014/24/UE, além de prever a sociedade contratual na Comunicação Interpretativa da Comissão Europeia de 15 de outubro de 2001 (COM (2001) 566 final).

Neste sentido, o *Social Public Procurement* norteia a sustentabilidade social, cujo intuito é certamente o de efetivar a equidade, ao lado da isonomia e legalidade, cumprindo o Estado seu dever de busca e concretização do interesse público por uma sociedade mais justa e solidária, garantindo emprego, favorecendo a reinserção social das pessoas menos favorecidas, combatendo o desemprego, concretizando e corporificando o direito fundamental e constitucionalmente consagrado da habitação, conjugando-se tais direitos e promovendo a igualdade e a diversidade⁴⁵², ao mesmo tempo em que assegura as “condições de desenvolvimento da personalidade, de participação e de integração comunitária”⁴⁵³ de todos os cidadãos.

E na mesma esteira de raciocínio devem se dar as preocupações sociais, a fim de que o Estado se desenvolva dentro dos melhores padrões sociais e ambientais, alçando-se, desta forma, uma sustentabilidade na Administração Pública, calcada na perquirição e promoção de um verdadeiro bem-estar e de uma sociedade mais plural.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetivação da dignidade da pessoa humana em consonância com a garantia do direito à habitação decorre necessariamente do dever do Estado em realizar direta ou indiretamente a melhoria das condições de vida daqueles cuja tutela detém o dever de salvaguarda.

Cabe referir, neste sentir, algumas especificidades constitucionais acerca dos direitos sociais, os quais, como bem explica José Afonso da Silva,⁴⁵⁴ enquanto dimensões dos direitos fundamentais do ser humano são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, estabelecidas no texto constitucional, que concretizadas possibilitam a melhoria das condições de vida àqueles colocados à margem da sociedade, buscando, assim, a equalização de situações sociais desiguais, o que se dá sob o recorte da contratação pública, inclusive.

A par de tais linearidades, elevar ao nível de uma sustentabilidade social à contratação pública europeia implica em instituir mecanismos jurídicos para a implementação de habitações a todas as pessoas, incluindo os menos favorecidos e diretamente interessados na execução de obras públicas para construção de moradias, como operadores e trabalhadores efetivos na execução de obras públicas atinentes às habitações sociais. Para que assim, conjugue-se a obtenção de estancamento de duas das mais gritantes necessidades sociais na sociedade hodierna: a ausência de moradia e de trabalho.

As determinações e decisões administrativas, aliadas ao comprometimento com as gerações presentes e futuras, como titulares de deveres e direitos acerca de um meio ambiente urbano sadio e desenvolvido sustentavelmente, são a base para a construção de uma nova sistemática jurídica – *Social Public Procurement* embasada constitucional e internacionalmente, a fim de obter-se a forma e atitude necessárias para realização do Direito como representativo de desenvolvimento, somado à evolução e ao bem comum para as presentes e futuras gerações.

Inexorável a construção do entorno social a partir de uma nova atuação em prol do ser humano, perpetrando-se uma ligação através do atendimento ao Direito Administrativo, Constitucional e Comunitário, como parâmetros balizados pelas responsabilidades das atitudes estatais, que efetivamente deverão tê-los como contorno e norte, a fim de se ultimar uma atitude constante e equânime para que se alce uma convivência social justa e se

garanta o acesso realmente igualitário aos direitos necessários ao melhor viver e ao desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

AGENDA HABITAT. Adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, Istambul. Relatório nacional brasileiro. Brasília, 1996.

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARROWSMITH, Sue. EU Public Procurement Law: An Introduction. Disponível em: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eu_publicprocurementlawintroduction.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016

BERCOVICI, GILBERTO. Constituição e Política: uma relação difícil. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>>. Acesso em 04 mar. 2016.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1992.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Decreto 592, de 06 de jul. 1922. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm>. Acesso em: 20 de mar. 2016.

BUCCI. Maria Paula Dallari (organizadora). Et. al. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI. Maria Paula Dallari (organizadora). et. al. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva. 2006.

CARDOSO, Tatiana de A. F. R.; RODRIGUES, Dulcilene A. M.; MELO, Tibério B. Racismo e Direitos Humanos: o Papel do Estado na proteção da dignidade da pessoa humana perante a sociedade internacional.. In: Wagner Menezes. (Org.). Estudos de Direito Internacional. Anais do 8º Congresso Brasileiro de Direito Internacional-2010.. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2010, v. XIX.

CARVALHO, Délton Winter de. A Responsabilidade Administrativa no Estado Democrático Ambiental. Revista Brasileira de Direito Ambiental. Ano 3.Vol.10, 2007.abr/jun.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE ASSENTAMENTOS HUMANOS - HABITAT II, 2, 1996, Istambul. Relatório nacional brasileiro. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacao pronto.html>. Acesso em: 20 mar. 2016.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 16, p. 5-11, jan./fev./mar. 2003.

ESPANHA. Constitución Española, 29 de dezembro de 1978. ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina. 2013.

EUROPEAN UNION. The Treaty on the Functioning of the European Union. Official Journal of the European Union. 09.05.2008.

FACCHINI, Nicole, M. Direitos fundamentais e direito à moradia: harmonização de conflitos à luz do princípio da proporcionalidade. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, 2009.

GARCIA-PELAYO, Manuel. As transformações do Estado Contemporâneo. Tradução, Prefácio e Apêndice (Diários Bolivarianos): Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HAVERKATE, Görg. Verfassungaslehere: Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung. Munchen: Verlag C.H. Beck, 1992 apud. SARLET, Ingo W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na

Constituição Federal de 1988. 7ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. In: HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro Salles, FRANCO Francisco Manoel de Mello, Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 3 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Federale Italiana, 27 dezembro de 1947.

JONAS, Hans. O Princípio Responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de: Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2006.

JUNGES, José Roque. (Bio) Ética Ambiental. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Abril Cultural, 1980, v. 1

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. A gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MIRÀNDOLA, Pico della. A dignidade do homem. Texto integral. Tradução, Comentários e Notas Luiz Feracine. São Paulo: Escala. 2005.p.55-75 e KIRSTE, Stephan. A dignidade e o conceito de pessoa de direito. In: Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Marco Sander; Pedro S. M. Aleixo; Rita D. Zanini. 5ª edição, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

M. MAZZIOTTI, DI CELSO. Diritti social. In: Enc. dir., vol. XII, Milano 1964.

NABAIS, José Cassalta. Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre os direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Adotada pela Resolução 2.106-A (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 21.12.1965 - ratificada pelo Brasil em 27.03.1968. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriminacao.htm>>. Acesso em: 20 de mar. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 - ratificada pelo Brasil em 01.02.1984. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriminacao.htm>>. Acesso em: 20 de mar. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. Adotada pela Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990, da Assembleia Geral da ONU. Entrada em vigor em 01 de julho de 2003. Disponível em: <<http://www.december18.net>>. Acesso: 20 mar. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Direitos das Crianças. *Adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.* Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Adotada pela Resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de Dezembro de 1986. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_16/IIIPAG3_16_5.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais. Adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em:

<<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%200os%20Direitos%20Econ%20C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 20 de mar. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Preâmbulo da Carta das Nações Unidas. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/cartonu.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Relatoria Especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU para o Direito à Moradia Adequada. Disponível em: <http://direitoamoradia.org/?page_id=46&lang=pt>. Acesso em 20 de mar. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Relatoria Especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU para o Direito à Moradia Adequada. Disponível em: <http://direitoamoradia.org/?page_id=46&lang=pt>. Acesso em 20 de mar. 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PORTUGAL. Câmara Municipal de Lisboa. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/projetos-do-brasil-e-portugal-ganham-premiado-onu-habitat/>> e <<http://visao.sapo.pt/onu-distingue-projeto-de-inclusao-social-portugues=f705045>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 10 de abril de 1976. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 18, de 29 de Janeiro de 2008. Aprova o Código dos Contratos Públicos. Diário da República, 1ª série. Nº 20—29 de Janeiro de 2008. Disponível em: <http://dre.pt/pdf1s/2008/01/02000/0075300852.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2016.

ROLNIK, Raquel. Conflitos por moradia estão aumentando no Brasil. *Le Monde Diplomatique Brasi*, ano 5, n. 55, fev. 2012.

SARLET, Ingo W. Dignidade da pessoa Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2006.

SHELTON, Dinah, 2001 apud Edison Ferreira de Carvalho. Meio ambiente e direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.

SILVA, Susana Tavares da. Um novo Direito Administrativo? In: Sumários Desenvolvidos de Direito Administrativo. 2º ciclo (2ª turma). 2009/2010.

SILVA, Suzana Tavares da. Direitos Fundamentais na Arena Global. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

SOUZA. Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à moradia e de Habitação. Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. UNIÃO EUROPEIA. Directiva 1999/70/CE do Conselho de 28 de Junho de 1999 respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31999L0070>. Acesso em: 10 mar. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Directiva 2004/18/CE. contratos públicos e que revoga a Directiva 2004/18/CE. 24_ContratosPublicos.pdf >. Acesso em: 06 mar. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à Coordenação dos Processos de Adjudicação de Empreitadas de Obras Públicas. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0037:PT:HTML>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-225/1998.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-513/99. Concórdia Bus Finland Oy Ab. 17 de Dezembro de 2002. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=47670&doclang=PT>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

-

* Doutoranda em Direito Público na Universidade de Lisboa/Portugal, especialidade de Ciências Jurídico-Políticas, bolsista CAPES. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/Brasil. Especialista em Direito Público pelo Centro Salesiano de São Paulo UNISAL/Brasil. Professora de Pós-Graduação e de Graduação em Direito. Advogada.

382 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1992. pp. 23-30.

383 JUNGES, José Roque. (Bio) Ética Ambiental. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. p. 118.

384 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Abril Cultural, 1980, v. 1, pp. 139-140. (Coleção Os Pensadores).

385 Para um maior aprofundamento sobre a construção do tema e sobre os conceitos de dignidade humana ver: MIRÂNDOLA, Pico della. A dignidade do homem. Texto integral. Tradução, Comentários e Notas Luiz Feracine. São Paulo: Escala. 2005.p.55-75 e KIRSTE, Stephan. A dignidade e o conceito de pessoa de direito. In: Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Marco Sander; Pedro S. M. Aleixo; Rita D. Zanini. 5ª edição, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. pp. 181-191.

386 CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 16, p. 5-11, jan./fev./mar. 2003.

387 SARLET, Ingo W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 32-33 e 68.

388 HAVERKATE, Görg. Verfassungaslehere: Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung. Munchen: Verlag C.H. Beck, 1992 apud. SARLET, Ingo W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 7ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 185.

389 SARLET, Ingo W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 85.

390 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 128.

391 CARDOSO, Tatiana de A. F. R.; RODRIGUES, Dulcilene A. M.; MELO, Tibério B. Racismo e Direitos Humanos: o Papel do Estado na proteção da dignidade da pessoa humana perante a sociedade internacional.. In: Wagner Menezes. (Org.). Estudos de Direito Internacional. Anais do 8º Congresso Brasileiro de Direito Internacional-2010.. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2010, v. XIX, p. 343.

- ³⁹² HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro Salles, FRANCO Francisco Manoel de Mello, Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 3 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- ³⁹³ SOUZA. Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à moradia e de Habitação. Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 44.
- ³⁹⁴ SHELTON, Dinah, 2001 *apud* Edison Ferreira de Carvalho. Meio ambiente e direitos humanos. Curitiba: Juruá 2011. p.171
- ³⁹⁵ NAÇÕES UNIDAS. Relatoria Especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU para o Direito à Moradia Adequada. Disponível em: < http://direitoamoradia.org/?page_id=46&lang=pt>. Acesso em 20 de mar. 2016.
- ³⁹⁶ SOUZA. Sérgio Iglesias Nunes de. *Op. cit.*, p. 188.
- ³⁹⁷ FACCHINI, Nicole, M. Direitos fundamentais e direito à moradia: harmonização de conflitos à luz do princípio da proporcionalidade. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre. 2009, p. 11.
- ³⁹⁸ SOUZA. Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à moradia e de Habitação. Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 189.
- ³⁹⁹ NAÇÕES UNIDAS. Relatoria Especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU para o Direito à Moradia Adequada. Disponível em: < http://direitoamoradia.org/?page_id=46&lang=pt>. Acesso em 20 de mar. 2016.
- ⁴⁰⁰ NAÇÕES UNIDAS. Preâmbulo da Carta das Nações Unidas. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/cartonu.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- ⁴⁰¹ *Ibid.*
- ⁴⁰² Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.
- ⁴⁰³ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Decreto 592, de 06 de jul. 1922. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm>. Acesso em: 20 de mar. 2016.
- ⁴⁰⁴ Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a

importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais. Adotada pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 20 de mar. 2016.

405 Em conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados-Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: (...) e) direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente: (...) iii) direito à habitação. NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial Adotada pela Resolução 2.106-A (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 21.12.1965 - ratificada pelo Brasil em 27.03.1968. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriminaci.htm>>. Acesso em: 20 de mar. 2016.

406 Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdades entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: (...) h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações. NAÇÕES UNIDAS. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher Adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 - ratificada pelo Brasil em 01.02.1984. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em: 20 de mar. 2016.

407 NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Direitos das Crianças. *Adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.* Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016. E, em seu artigo 27, 3, delimita: “Os Estados-partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação”.

408 “Os trabalhadores migrantes beneficiam de tratamento igual ao que é concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de:[...] d) Acesso à habitação, incluindo os programas de habitação social, e proteção contra a exploração em matéria de arrendamento”. NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. Adotada pela Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990, da Assembleia Geral da ONU. Entrada em vigor em 01 de julho de 2003. Disponível em: <<http://www.december18.net>>. Acesso: 20 mar. 2016.

- 409 CARVALHO, Délton Winter de. A Responsabilidade Administrativa no Estado Democrático Ambiental. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. Ano 3.Vol.10, 2007. abr/jun, p. 131.
- 410 HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 10-11.
- 411 BERCOVICI, GILBERTO. Constituição e Política: uma relação difícil. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>>. Acesso em 04 mar. 2016.
- 412 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 10 de abril de 1976. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2013.
- 413 M. MAZZIOTTI, DI CELSO. Diritti social. In: *Enc. dir.*, vol. XII, Milano 1964, p. 804.
- 414 ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Federale Italiana, 27 dezembro de 1947. *Artigo 43, 1, “h”*: A complemento della responsabilità e dell’iniziativa private, lo Stato e le Regioni si adoperano affinché: ... *h*. ognuno possa trovare, per sé stesso e per la sua famiglia, un’abitazione adeguata e a condizioni sopportabili”.
- 415 ESPANHA. Constitución Española, 29 de dezembro de 1978. *Artículo 47. Derecho a la vivienda. Utilización del suelo*: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.
- 416 ROLNIK, Raquel. Conflitos por moradia estão aumentando no Brasil. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 5, n. 55, p. 4, fev. 2012, p. 5.
- 417 NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.
- 418 CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE ASSENTAMENTOS HUMANOS - HABITAT II, 2, 1996, Istambul. Relatório nacional brasileiro. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacao pronto.html>. Acesso em: 20 mar. 2016.
- 419 Nós reafirmamos e somos guiados pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e nós reafirmamos nosso compromisso de assegurar a plena realização dos direitos humanos a partir dos instrumentos internacionais, em particular nesse contexto o direito à moradia disposta na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e provido pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança, levando em conta que o direito à moradia incluído nos instrumentos internacionais acima mencionados deve ser realizado progressivamente. Nós reafirmamos que todos os direitos humanos, civis, culturais, econômicos, políticos e sociais são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. AGENDA HABITAT. Adotada pela

Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, Istambul. Relatório nacional brasileiro. Brasília, 1996.

420 Como exemplo, é possível citar o programa da Câmara Municipal de Lisboa, intitulado “O Desporto Mexe Comigo”, foi uma das vencedoras do prêmio ONU Habitat em 2013, eis que promove a igualdade, ao incentivar a prática de esportes “junto de crianças e jovens considerados em situações de risco, residentes em bairros de realojamento do concelho de Lisboa”. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/projetos-do-brasil-e-portugal-ganham-premio-do-onu-habitat/>> e <<http://visao.sapo.pt/onu-distingue-projeto-de-inclusao-social-portugues=f705045>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

421 GARCIA-PELAYO, Manuel. As transformações do Estado Contemporâneo. Tradução, Prefácio e Apêndice (Diários Bolivarianos): Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 43.

422 MILARÉ, Édís. Direito do ambiente. A gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 155.

423 AITH, Fernando Mussa Abujamra. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 232.

424 BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). Et. al. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). et. al. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 38.

425 SILVA, Susana Tavares da. Um novo Direito Administrativo? In: Sumários Desenvolvidos de Direito Administrativo. 2º ciclo (2ª turma). 2009/2010. p. 04.

426 ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2013, p. 418.

427 SILVA, *op. cit.*, p. 20.

428 Merece destaque o acórdão conhecido como *Concordia Bus*, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual atenta-se para o caso de um concurso público para a celebração de um contrato de aquisição de serviços de transporte público municipal da cidade de Helsínquia, sendo que como critério de adjudicação tratava-se além da proposta economicamente mais vantajosa, o critério do preço total pretendido pela exploração, juntamente com a qualidade dos ônibus/autocarros, e também a gestão da qualidade e do ambiente. Sendo que, “seguidamente, quanto à qualidade do material, um proponente podia obter um máximo de 10 pontos adicionais de acordo com certos critérios. Assim, estes pontos seriam atribuídos, designadamente, para a utilização de autocarros que tivessem, por um lado, emissões de óxido de azoto inferiores a 4g/kWh (+2,5 pontos/autocarro) ou inferiores a 2g/kWh (+3,5 pontos/autocarro) e, por outro, um nível sonoro inferior a 77 dB (+1 ponto/autocarro)”. Três foram as questões suscitadas: 1) Pode num concurso para a exploração de um serviço de autocarros urbanos, tomar-se em consideração critérios ecológicos para clarificar o que

será a proposta economicamente mais vantajosa? 2) É proibida a atribuição de pontos adicionais pela verificação do cumprimento quanto ao que a entidade adjudicante estabelecia, relativamente às emissões de óxido de azoto ou nível sonoro? 3) A resposta é a mesma se, capaz de cumprir os termos expostos para a obtenção dos pontos adicionais, existir apenas uma empresa no mercado ou, raras empresas conseguirem cumprir esses termos? E a decisão de TJUE deu-se no sentido de que: 1) O artigo 36.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que, quando, no quadro de um concurso público referente à prestação de serviços de transportes urbanos por autocarro, a entidade adjudicante decida adjudicar um concurso ao proponente que apresente a proposta economicamente mais vantajosa, pode tomar em consideração critérios ecológicos, como o nível de emissões de óxido de azoto ou o nível sonoro dos autocarros, desde que esses critérios estejam relacionados com o objeto do concurso, não confirmam à referida entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional, estejam expressamente mencionados no caderno de encargos ou no anúncio de concurso e respeitem os princípios fundamentais do direito comunitário, designadamente o princípio da não discriminação. 2) O princípio da igualdade de tratamento não se opõe à tomada em consideração de critérios relacionados com a protecção do ambiente, como os em questão na causa principal, apenas pelo facto de a própria empresa de transportes da entidade adjudicante figurar entre as raras empresas que têm a possibilidade de propor um material que satisfaça os referidos critérios. 3) A resposta à segunda e à terceira questão não seria diferente caso o processo de adjudicação do contrato público em questão na causa principal se inserisse no âmbito de aplicação da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-513/99. Concórdia Bus Finland Oy Ab. 17 de Dezembro de 2002. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=47670&doclang=PT>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

⁴²⁹ NABAIS, José Cassalta. Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre os direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 159.

⁴³⁰ *Ibid.*, pp. 39-150.

⁴³¹ ARROWSMITH, Sue. EU Public Procurement Law: An Introduction. Disponível em: <<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2016, pp. 298-299.

⁴³² EUROPEAN UNION. The Treaty on the Functioning of the European Union. Official Journal of the European Union. 09.05.2008. “Article 156 (ex Article 140 TEC): “With a view to achieving the objectives of Article 151 and without prejudice to the other provisions of the Treaties, the Commission shall encourage cooperation between the Member States and facilitate the coordination of their action in all social policy fields under this Chapter, particularly in matters relating to: employment, labour law and working conditions, basic and advanced vocational training, social security, prevention of occupational accidents and diseases, occupational hygiene, the right of association and collective bargaining between employers and workers”.

- ⁴³³ ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina. 2013. p. 296.
- ⁴³⁴ NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento. Adoptada pela Resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de Dezembro de 1986. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_16/IIPAG3_16_5.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- ⁴³⁵ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à Coordenação dos Processos de Adjudicação de Empreitadas de Obras Públicas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0037:PT:HTML>>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- ⁴³⁶ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 1999/70/CE do Conselho de 28 de Junho de 1999 respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31999L0070>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- ⁴³⁷ ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina. 2013. p. 421.
- ⁴³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/base2/downloads/DIR-2014-24_ContratosPublicos.pdf >. Acesso em: 06 mar. 2016. *Artigo 2º, número 6:* Contratos de empreitada de obras públicas: contratos públicos que tenham por objeto: a) A execução ou a concepção e execução conjuntas de obras relacionadas com uma das atividades na aceção do Anexo II; b) A execução ou a concepção e execução conjuntas de uma obra; c) A realização, por qualquer meio, de uma obra que satisfaça as necessidades especificadas pela autoridade ad judicante que exerce uma influência decisiva sobre o tipo ou a concepção da obra; 7) «Obra», o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinados a desempenhar, por si só, uma função económica ou técnica.
- ⁴³⁹ JONAS, Hans. O Princípio Responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de: Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: PUC Rio. 2006, p. 39.
- ⁴⁴⁰ *Ibid*, pp. 40-41.
- ⁴⁴¹ SILVA, Suzana Tavares da. Direitos Fundamentais na Arena Global. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011. pp. 130-131.
- ⁴⁴² SILVA, Susana Tavares da. Um novo Direito Administrativo? In: Sumários Desenvolvidos de Direito Administrativo. 2º ciclo (2ª turma). 2009/2010. p. 26.
- ⁴⁴³ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/base2/downloads/DIR-2014-24_ContratosPublicos.pdf >. Acesso em: 06 jun. 2014. *Artigo 70. Condições de execução dos contratos.* As autoridades adjudicantes podem fixar condições especiais de execução de um contrato desde que as mesmas estejam relacionadas com

o objeto do contrato, na aceção do artigo 67º, nº 3, e sejam indicadas no anúncio de concurso ou nos documentos do concurso. Essas condições podem incluir considerações de natureza económica, em matéria de inovação, de natureza ambiental, de ordem social ou de emprego.

⁴⁴⁴ ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina. 2013. pp. 437-438.

⁴⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/base2/downloads/DIR-2014-24_ContratosPublicos.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2014.

⁴⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/base2/downloads/DIR-2014-24_ContratosPublicos.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2016.

⁴⁴⁷ Cite-se o exemplo de Portugal, que através do Decreto-Lei nº 18 de 29 de Janeiro de 2008, legislação que aprova o Código dos Contratos Públicos, delimita em seu artigo 49, nº 1 – As especificações técnicas, como tal definidas no anexo VI da Directiva no 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, e no anexo XXI da Directiva nº 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, devem constar do caderno de encargos e são fixadas por forma a permitir a participação dos concorrentes em condições de igualdade e a promoção da concorrência. 2 – Sem prejuízo das regras técnicas nacionais obrigatórias, desde que sejam compatíveis com o direito comunitário, as especificações técnicas devem ser fixadas no caderno de encargos: a) Por referência, por ordem de preferência, a normas nacionais que transponham normas europeias, a homologações técnicas europeias, a especificações técnicas comuns, a normas internacionais ou a qualquer outro referencial técnico elaborado pelos organismos europeus de normalização, acompanhadas da menção «ou equivalente»; b) Na falta de qualquer dos referenciais técnicos referidos na alínea anterior, por referência a normas nacionais, a homologações técnicas nacionais ou a especificações técnicas nacionais em matéria de concepção, de cálculo e de realização de obras e de utilização de materiais, acompanhadas da menção «ou equivalente»; c) Em termos de desempenho ou de exigências funcionais, incluindo práticas e critérios ambientais, desde que sejam suficientemente precisas para permitir a determinação do objecto do contrato pelos interessados e a escolha da proposta pela entidade adjudicante; d) Nos termos referidos na alínea anterior, baseando a presunção da conformidade com aquele desempenho ou com aquelas exigências funcionais na remissão para as especificações a que se referem as alíneas a) e b).” Disponível em: <<http://www.dgaep.gov.pt/index.cfm?OBJID=91f17207-d63e-4f78-a525-4e8140f46f49&ID=665>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

⁴⁴⁸ O percentual de 30% (trinta por cento) foi assimilado por equiparação ao delimitado na Diretiva 2014/24/UE, que em seu artigo 20, ao referir sobre os contratos reservados, define: “1. Os Estados-Membros podem reservar o direito a participar em procedimentos de contratação pública 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 econômicos e programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos. 2. O convite à apresentação de propostas deve fazer referência ao presente artigo”. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/base2/downloads/DIR-2014-24_ContratosPublicos.pdf >. Acesso em: 06 mar. 2016.

449 Como prova idônea exemplificamos o testemunho escrito e assinado por moradores comprovadamente residentes da área afeta em que se dará a execução do contrato.

450 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/base2/downloads/DIR-2014-24_ContratosPublicos.pdf >. Acesso em: 06 mar. 2016 “Artigo 70. Condições de execução dos contratos. As autoridades adjudicantes podem fixar condições especiais de execução de um contrato desde que as mesmas estejam relacionadas com o objeto do contrato, na aceção do artigo 67º, nº 3, e sejam indicadas no anúncio de concurso ou nos documentos do concurso. Essas condições podem incluir considerações de natureza económica, em matéria de inovação, de natureza ambiental, de ordem social ou de emprego”.

451 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Proc.C-225/1998. O TJUE pronunciou-se, de há muito, nesses acórdãos, no sentido da admissibilidade de introduzir considerações de carácter social como critérios de valoração na adjudicação. Recorde-se o Acórdão Beentjes, de 20 de Setembro de 1988, Proc. 31/1987 no qual o TJUE se pronunciou no sentido da possibilidade de utilização de critérios de natureza social, em concreto, neste caso, o emprego de desempregados de longa duração, tendo afirmado igualmente que tais critérios deveriam respeitar as proibições que resultam da consagração nos Tratados das liberdades de estabelecimento e de livre prestação de serviços. Recorde-se também o Acórdão Comissão/França, de 26 de Setembro de 2000, Proc. C-225/1998, no qual o Tribunal afirmou que a Diretiva 93/37 não exclui a possibilidade das entidades adjudicantes utilizarem como critério uma condição relacionada com a luta contra o desemprego, sempre que ela respeite os princípios fundamentais do Direito comunitário e, em particular, o princípio da não discriminação. ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina. 2013, p. 422.

452 ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina. 2013, p. 422.

453 NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora. 2010, p. 195.

454 SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009, pp. 93- 94.

CONFLICT RESOLUTION AND CONSENSUS SEEKING IN EUROPEAN CHALLENGES - TOWARDS SUSTAINABILITY

Andrejs Dreimanis

Radiation Safety Centre of the State Environmental Service (Latvia)

andrejs.dreimanis@rdc.vvd.gov.lv

Abstract

An actual challenge of European safety and security, especially in conditions of increasing terrorist activities consists in prevention of nuclear terrorism threats, namely – to find safe mode of final disposal of nuclear and high-level radioactive waste for small countries having minor nuclear programmes. We consider an approach how to promote development of shared international/regional deep repositories – the back end for nuclear energy production providing disposal of radioactive waste (RW) and spent fuel, at the same time contributing to physical protection of nuclear material.

Recognizing the choice of the host country as a prior problem in siting such facility we propose an interdisciplinary approach to multilevel stakeholder involvement and consensus building for siting of shared deep repositories. The approach is based on societal optimization of RW management in an extended environment – a multitude of physical, economic, social and psychological factors – by using the self-organization (SO), chaos and fuzziness concepts as well as the principle of requisite variety.

In the shared repository siting problem there appears an essential novel component of stakeholder consensus building: to reach consent – political, social, economic, ecological – among international partners, in addition to the intra-national consensus building tasks. An entire partnering country is considered as a national stakeholder, represented by the national government, being faced to simultaneous seeking an upward (international) and a downward (intra-national) consensus in a stressed environment, having possibly diverse interests.

Following theses about building of multilevel consensus are developed:

- a) building of international stakeholder consensus could be promoted by activating and diversifying multilateral interactions between intra- and international stakeholders, including various networks for international cooperation,
- b) development of partnership between inter-national and intra-national stakeholders – a key towards democratic dialogue, with the aim to observe distinguishing interests and to reach a shared understanding of disputable issues,
- c) arisen controversies are resolvable using synergetic non-rigid step-by-step approach to the choice of the host country, thereby reducing mutual misunderstanding in decision-making.

Keywords: *nuclear terrorism, regional repository, siting, consensus, stakeholders, international cooperation shared goal.*

1. Introduction

Nowadays, coincidentally with a common rising tendency of globalization of our world there also appear crucial global and regional terrorism threats, in particular, in the Europe, potentially connected with activities of immigrant communities and their religious settings, for example, the recent Paris 13 November tragedy and subsequent permanent terrorism threat in a series of largest and most significant European cities, first of all - in Brussels.

At the same time, the globalization tendencies, highly intensive transmigration of people and the increase of the relative weight of the nuclear energy as a reliable way towards sustainable development of our Earth (as production fossil-based energy progressively leads to degradation of our global environment) leads to an increased level of emerging potential nuclear and/or radiological terrorism.

But nuclear energy also brings real as well as imagined risks to global security and environmental safety, controversies of various nature emerged due to the use of nuclear energy in various peaceful and warlike aims. Among the main types of nuclear terrorism, one can distinguish such manifestations as:

- a) The use of the stolen or otherwise illegally acquired nuclear weapon or nuclear material;
- b) The use of radioactive explosive device – named as *radiological disperse device* (RDD) having been built using the illegally acquired radioactive and nuclear material and being specifically designed to employ radioactive material by disseminating it to cause destruction, damage, or injury by means of the radiation.

Taking into account that almost in all European countries radioactive sources and material are rather widely used in medicine, industry, research, border control and other areas, just RDD, in parallel with chemical, biological weapons as well as gun-fire and common explosives are the potential most probable dangerous terrorism tools. Furthermore, owing to specific features, dominant effect would be the moral and economic damage due to the massive fear and panic such an incident would spur.

One of the reliable way to prevent the proliferation of nuclear and radioactive material lies in secure isolation of disused nuclear material – the spent nuclear fuel (SNF) – and disused radioactive sealed sources (DRSS). Currently there is impossible such secure isolation of accumulated huge amounts of SNF and long-lived DRSS because of their very large half-

decay periods and high radioactivities. This is why the competent authorities in the European countries, in particular – in the European Union are aware of the necessity to develop reliable nuclear and radioactive waste deep disposal programmes, foreseeing construction of deep underground geological repositories and other deep disposal facilities, in order to dispose these SNF and long-lived DRSS without burdening future generations.

For European countries with minor nuclear programmes, consequently, having only small amounts of SNF and DRSS which need to be deeply disposed off, constructing their own repository is highly problematic from economical, geological/ territorial and even social viewpoints. Therefore, the most pragmatic and economical solution seems the development of regional repositories for their shared use by such small countries.

Recognizing the complex problems of siting in development of any nuclear facility, as an inevitable condition for successful realization of a shared nuclear project seems to reach consensus [2] among all involved parties. Namely, in the forthcoming problem of siting of a multinational facility, a novel essential component of stakeholder consensus building appears, namely: to reach consent – political, social, economic, ecological – among international partners, in addition to solving the whole set of intra-national consensus building items. So, according to the amended European Commission (EC) Waste Directive proposal [4] as well as the recommendations of the subsequent EC research pilot project SAPIERR emphasizing a necessity to reach shared understanding and consensus among all local communities, regions and partner countries implementing shared repositories for RW deep disposal [5], an actual task emerges – to find out efficient solutions of such an interdisciplinary complex set of technical, societal, political, economic and psychological issues.

Taking into account that international documents emphasize a necessity to reach shared understanding and consensus among all local communities, regions and partner countries who desire to arrange shared repository or other shared nuclear facility, already nowadays we shall seek real solutions of such an interdisciplinary complex set of stakeholder consensus building.

2. The most significant aims of multilevel stakeholder involvement

In the framework of the nowadays actualized problem of stakeholder involvement and consensus seeking on an international scale, besides the existence of multiple structural levels of involved stakeholders, one can also foresee a multitude of necessary consensus reaching stages in long term-scale, taking into account that development of a RW repository is a timeconsuming process, which usually prolongs several decades. In such a time-period, interests of involved countries and relations between countries likely might change [6]. In particular, one would be necessary to develop mutually concerted solutions for management of possible economic risks for all involved parties by taking also into account existing differences in the economic development and national financial and economic policies.

Recognizing that for reaching acceptance of multinational repositories (in comparison with national ones) there is necessary to put forward all our best efforts, one should emphasize a real need to develop and implement interdisciplinary research studies, as well as develop practical advanced methods of stakeholder involvement aimed at reaching consensus at all levels and finally – acceptance to arrange the repository.

In particularly, according to the conclusion derived in the framework of the EC pilot project SAPIERR (Support Action: Pilot Initiative for European Regional Repositories), namely, that “multiple siting options should be maintained over a long time and the ultimate selection of preferred sites should be an open process in which all technical, societal, economic and political issues are tabled simultaneously” [5] and with the concomitantly derived general guidelines for siting of regional repositories, one should none for the present analysis following two factors:

- 1) the necessity to provide that consensus has been reached by participants on the need for or, at least, on the potential benefits of a shared repository is a common goal, and finally - to gain sufficiently

high level of political and societal support in the participating countries as well as acceptance by the third countries,

2) to create the structures and the processes required to assure the agreed level of stakeholder involvement.

3. An extended concept of stakeholder framework

Taking into account that in our current task there appear qualitatively novel stakeholder classes, for the purposes of stakeholder involvement and consensus reaching problems pertaining to multinational repositories one should specify the basic structure and functions of main stakeholder categories. For considering this issue let us refer to recent approach [7], by emphasizing the following basic tasks:

- 1) identification and prioritisation of stakeholders,
- 2) identification of motivations of each stakeholder,
- 3) establishing benchmarks for stakeholder engagement activities,
- 4) developing and implementation of the stake engagement strategy.

In particularly, as the principal component characterizing the extended stakeholder community which shall solve the international task should be recognized all relevant international administrative, professional, business as well public bodies, for example,

- a) European Union Council and EC (for European countries),
- b) International business consortiums and projects, including those managed by EC,
- c) International associations of top-level intra-national stakeholders (waste management agencies, national regulatory authorities) – as Arius (Association for Regional and International Underground Storage).

A quite novel problem has been also arisen for each participating country as a unit entirety which is considered in this study as the national (or a higher-level) stakeholder, being represented by the national government, who now is faced to the task to seek simultaneously an upward (or international) consensus – via interacting with international stakeholders and partnering national stakeholders – as well as to seek a downward (intra-national) consensus – via interacting with various-level intra-national stakeholders.

Although nowadays there has been already established a serious legal framework (including the Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of RW Management, EC and IAEA documents [4,5,8]) guiding the partner activities towards arrangement of multinational facilities, these are namely the national stakeholders who are faced to interactions in a psychologically stressed environment which is characterized by possibly diverse political, legal, economic and social conditions and interests.

For the aims of the present study – taking also into account that multinational RW repositories are foreseen mainly for disposal of spent nuclear fuel and nuclear material in the form of high-activity RW and long-lived disused sealed sources – one could be applied also the common outlines of the recent novel international instrument, namely, the “Strengthening the Global Nuclear Safety Regime” [9] being foreseen mainly for nuclear installations and containing the identification list of relevant stakeholders and their groups and cited in [9].

Withal, a detail specification of the structure of such novel stakeholder framework should be worked out during the process of forthcoming development of the multinational facility concept and appropriate multinational programme, in particular, development of the institutional framework, which would result in identification of possible optimal structures for efficient programme management, as well as of legal forms

for cooperation and “a study of the sharing of benefits and liabilities among multinational partners” [5].

4. A possible approach to stakeholder interaction on international scale

In the last time, a lot of efforts has been taken, with the aim to investigate an entire set of technical, economical, societal and environmental problems of RW disposal safety. They have been resulted, for example, in a series of IAEA, OECD NEA and other publications [10, 11], where have been analyzed possible ways of stakeholder involvement and stressed the importance and the actual necessity to understand their concerns. Moreover, in parallel with significant advances in general approaches to consensus building issues [12], nowadays there appears an actual need to include here also an international scale.

With the purpose to propose possible routes for the arisen problem of stakeholder involvement and communication on the international scale, we will use here the recently developed synergetic approach to solve stakeholder interaction issues [13], aimed at selforganization of various stakeholder categories and their development – in particular, via activating and diversifying interaction among stakeholders – into a harmonized stakeholder community having common strategic goals.

As a key mode of this interaction has been indicated, above all, mutual learning of various stakeholder groups, aimed to elevate their knowledge level, as well as to enhance mutual understanding, the whole process of mutual learning and educating of stakeholders will be capable to emerge in a *knowledge creating stakeholder community* being capable to use novel communication and knowledge management forms, for example, the Internet, at all stages and levels of decision-making.

Such kind of web-based communication of all level stakeholders levels on the international scale is expected to be especially important pertaining to the self-organization goals of stakeholders already on a multinational level as well as for promotion of activities aimed at reaching their mutual

understanding and consensus building. In particular, just for the case of geological repository arrangement such web-based approach – being a prospective way for all stakeholders to access permanently updated information – has already been markedly developed and applied as an instrument to share information sharing among stakeholders, with the final goal to provide socially informed and grounded decision making [14].

Such global scale web-based communication possibilities will be especially useful instrument for the development of international cooperation, in particularly – in the framework of Global Nuclear Safety Regime [9] – between national and intra-national stakeholders (i.e., governmental authorities in nuclear safety, operators, etc.), thereby developing relevant communication of international stakeholders, in particular being represented (beside the intergovernmental organizations IAEA, OECD/NEA) by such entities as:

- a) international networks among regulatory authorities:
 - International Nuclear Regulators Association (INRA),
 - Network of Regulators of Countries with Small Nuclear Programmes (NERS) – being especially important for cooperation of small countries having an actual necessity and interest in shared disposal solutions;
- b) international networks among operators, such as World Association of Nuclear Operators (WANO);
- c) stakeholders in international nuclear industry, such as:
 - The World Nuclear Association (WNA),
 - Suppliers of services and equipment,
 - Non-governmental organizations, public and media.

Such international entities and organizations are called to form a proper structural framework for development of such highly actual for the current period of nuclear energy management initiatives as Multilateral Nuclear

Approaches (MNA). In this frame, in addition, there is foreseen to establish multinational, and regional MNAs for new facilities which are based on joint ownership”[9].

The development of partnerships between international and local organizations [21] would serve as one of the key elements of democratic dialogue – via observing the whole set of various interests – and, correspondingly, can be regarded as a prerequisite for reaching shared understanding of a disputable problem, and finally – as a factor promoting multi-stakeholder consensus building, taking into account a whole set of possible real serious local distinctions and circumstances [8], namely:

- i) different national legislation and time schedules,
- ii) transportation policy and negative public reaction being a potential source of probable disputes and controversies among partnering countries,
- iii) cost allocation.

5. Possible synergetic mechanisms of seeking stakeholder consensus

Assuming that possible emergence of various technical, economic and societal disputes and controversies beyond the national borders could be considered as a characteristic for a multinational scale interdisciplinary problem, we will develop the recent synergetic approach [13], based on the informational self-organization (SO) processes, to stakeholder interaction problems in the RW management area.

5.1 The key principles – self-organization and chaos and their use

Beside with the SO phenomena of stakeholders, also the whole process of development of a multinational entity – the concept, the decision on the siting, the design plan, etc. – could be considered as a self-organization phenomenon of the involved stakeholders as well as their material premises, soundly displaying two main components of SO [16]: cooperation and competition, namely, cooperation and competition among individuals, public groups, companies and institutions. Here, the disputes and controversies (among stakeholders) are possible natural consequences of general development (of their interactions and of the whole facility arrangement plan). Thus, the basic task is to learn to guide such SO processes, in order to generate optimal balance between cooperation and competition of various stakeholders.

According to a synergetic premise, just chaotic structures are the basic origins of SO and of generation of novel structures, in particular – a new type of relations and a higher level of mutual understanding among people. So, the elements of chaos could lead to a novel element of order – a new type of consensus [17] which can manifest itself in shared understanding of complex problem situations as well as in preparedness to act together.

For the aims of the present study, an important element of the desired chaos could be a constructive (positive) chaos of managerial nature manifested in a non-rigid flexible approach to the choice of final host country, which would allow the involved parties to develop, via the step-by-step method, correct and update their own proposals and opinions towards finding an optimal solution. This would completely comply to key proposals [1,5,6] about the basic stages of arrangement of such facilities and the main tasks to be solved, with a strong advice to pend the choice of the host country till the latest stages.

Actually, such flexible approach in the siting strategy and management will actualize a role of one important prerequisite of minimization of

possible misunderstandings and controversies – namely, an existence of intermittent chaos in relations among interacting parties [24]. One could imagine that elements of such chaos could be appeared, at least to some extent, on all stakeholders levels and namely, in the form of mutual flexibility among interacting persons (stakeholders) as well as their ability to flexible creative thinking and problem solving. Persistent availability of such capacity would ensure that one person SO processes will not destroy the other's internal SO, thereby preventing or softening the origin of controversies.

5.2 The Fuzziness and Fuzzy Logic

The considered flexibility in the strategic issues of arranging such repository (siting, etc.) provides certain elements of fuzziness – the factor closely related to chaos and facilitating fine tuning of a human beings towards mutual understanding. It would be desirable to develop one hidden intrinsic property in our language, namely – its intrinsic fuzziness which when being properly applied, could help us reduce misunderstandings [17,19]. Furthermore, the most important feature of the fuzziness – the fuzzy logic – seems to be a highly efficient factor in situations where misunderstandings and contradictions might arise. In such conditions just the fuzzy logic, by supplementing the classical „Yes” and „No” logic with a probabilistic component [20] – would help to generate different combinations among contradicting opinions and proposals, via combining them in some common, possibly qualitative novel inference.

Thus, fuzziness, especially in the siting strategy of multinational facilities with a complex hierarchy of stakeholders, as well as generally in our thinking and language patterns, could foster to impose favourable conditions for facilitating efficient societal SO, in particular, the complementarity feature, thereby helping in the decision-making process to reduce mutual misunderstanding. Besides, it could be just the fuzziness approach which would be capable to develop and foster an optimal

favourable balance between cooperation and competitions of controversial options thereby optimizing SO processes of stakeholder community and promoting stakeholder consensus seeking.

Furthermore, taking into account L. Zadeh's proposal that elements of thinking are elements of fuzzy sets [21], one can deduce that chaos and fuzziness being considered as essential components of creativity, could acquire a primary role in conditions of elevated complexity and environmental uncertainty when there is no unique answer and solution. Therefore, it seems that there exist certain grounds which substantiate to make an assumption that just such a fuzzy environment where one could be recommend to seek consensus among the involved all-level stakeholders, especially in the key strategic problems of arrangement of multinational repositories

5.3 Creativity and Systems Thinking

A likely way to acquire the capability to develop a novel, complementary state of thinking patterns and sensible perception to the hierarchy of multiple sets of individual as well as global values seems to be the following one – to develop a creative approach to world phenomena, problems and values. It is especially important just nowadays – in the period of mutually controversial realities and values [22] – that creative flexible thinking, as a manifestation of the systems thinking, could promote the SO process in the direction of facilitating an integral perception of the world and its values. First of all, an elementary creative act of generation of a novelty, being a SO process in the corresponding material environment (for example, the brain neuronal network, etc) [23], is essentially based on quantum concepts as well as on fuzziness, taking into account the L. Zadeh's proposal that elements of thinking are the elements of fuzzy sets [21].

Besides, from the Zadeh's incompatibility principle [21] one can deduce: fuzziness as essential component of the creative process will acquire primary role in conditions of aggravated social complexity, environmental

uncertainty and controversies, taking into account that „the search for mutual understanding under conditions of fuzziness knowing that there is no ultimate answer and solution, becomes creative learning process” [17].

Thus, by emphasizing the key role of development of our creative spirit in knowledge acquisition and learning, as well as in perception and analysis of complex multiscale problems, mental flexibility, creativity and knowledge are considered as basic prerogatives for gaining a higher level of mutual understanding, for advancing the preparedness to act together, to seek a consensus for seeking further consensus in forthcoming stages, and ultimately, for achieving desired acceptance by all stakeholders of the shared facility. And finally, the international scale of such consensus seeking issue would require us to take into account also possible differences in mentalities of nations and countries, thereby highlighting the necessity to develop crosscultural thinking capabilities.

5.4 Internal Variety, Social Learning and Risk Management

Corresponding to the previously (in [13, 22]) considered Ashby principle of requisite variety – about the desired predominance of internal variety over the external one – and the possibility of the its use in optimization of stakeholder interactions [22], one should anticipate that the process case of arrangement of multinational nuclear facilities – in conditions of highly complex and extended external environment – will be accompanied by a marked increase of external variety. Just these circumstances are calling forth an actual present-day task, namely – to enhance the internal variety the whole hierarchical set of the relevant stakeholder community.

First of all, the role of social learning would to a significant degree facilitate risk management measures, taking into account that in the case of multinational repository siting the disputes between host and partner countries could be especially highlighted in the area of possible risks (economic, ecological, societal), their compensations and benefits and the

possible balancing of these factors. Also those neighbouring countries not being among the directly involved third parties, should be considered as participants in consensus seeking activities concerning risk perception and management, owing to such international nuclear industry affairs as possible trans-boundary impacts or RW transportation through third countries

The role of social learning as an essential facilitator of internal variety crucially increases also in the risk communication area, in particular, by highlighting the uncertainty factor as well as providing some uncertainty management mechanisms: a) via the uncertainties management in confidence building in safety assessments; secondly, b) via the decisive role of the unknown factors [24] in determining risk perception by the public; and c) owing to the capability via the uncertainty handling [25] to replenish deficiency in the necessary information. Since the perceived risk of repository could be regarded as a function of knowledge of repository issues [24], the role of social learning in the solving the risk perception issues displays also in the ability to understand how the community perceives all possible risks, in line of assumption that the unknown factor of perceived risk can be diminished via that mode of social learning where affected communities become familiar with nuclear issues.

As an efficient way to reach such understanding one could propose a comprehensive identifying of all stakeholder concerns, in particular, by increasing, via versatile communication and stakeholder involvement, the levels of such trust components [26] as openness, caring and competence. Such ability will allow to incorporate these concerns in the decision-making mechanism, thereby raising the decision-making capacity of a stakeholder community and succeeding the public acceptance.

6. Multi-level confidence building of stakeholders in nuclear activities

6.1 Confidence building at a global scale

One of the basic elements in systemic societal optimization of nuclear energy management is building of confidence of all stakeholders (including public) in official management policy and corresponding institutions and authorities. The world-wide scale of nuclear activities actualizes the importance of multi-level confidence building, first of all, at a global scale, via the United Nations (UN) activities aimed at reaching political settlement of controversies and discrepancies related to the use and proliferation of weapons of mass destruction, with a possible use of a novel approach – based on social self-organization – of minimization of controversies.

In the area nuclear energy management, just the IAEA activities are aimed at reaching safety and security of the use of nuclear energy and materials, at assurance of international community of peaceful use of nuclear materials as well as at efficient interaction with society. Activities of such bodies (established by IAEA) as the International Nuclear Safety Group (INSAG), the International Nuclear Information System (INIS) highly promote a) multinational cooperation, aimed to harmonize the global safety approaches and to improve the transparency of nuclear safety legislation, b) wide participation of stakeholders in the decisionmaking in nuclear matters, in order to maintain public confidence and to provide stability in decision-making, c) the increase of the nuclear knowledge and awareness” levels about the use, safety, security of nuclear energy.

6.2 European Union (EU) actions and initiatives

In the regional level, first of all the EU bodies and their activities succeed safe management of nuclear power plant running, decommissioning and RW disposal, in particularly, via a) establishing a system for development of safety and standards for nuclear installations in the EU, b) carrying out regular nuclear material inventory and safety inspections, and c) analyzing of environmental, economic and social issues of nuclear energy activities. Significant contribution to social optimization has been given by the EU initiated various governance projects within the EU Framework programmes – with the main aim – to provide mechanisms for all stakeholders to have access to the knowledge that has been generated by successive EU programmes.

Just in the Europe, owing to the EC initiative [3, 4], 14 European states have set up a working group to consider establishing a non-profit European Repository Development Organization (ERDO) to collaborate on nuclear waste disposal. It is just this Working Group (ERDO-WG) who should facilitate reaching efficient technical, socio-economic and lastly – political-diplomatic consensus between all participating countries, who are interested in the development and subsequent shared use of such regional repository for secure disposal of SNF and DRSS.

7. Conclusion

Guided by recent international trends towards development of multinational RW repositories and based on modern non-linear science we have proposed a possible interdisciplinary approach towards building international consensus in the disputable issue of siting and development of regional deep repository for safe and secure disposal and isolation of spent nuclear fuel and disused radioactive sources. The proposed approach represents reliable solution of the actual European challenge – to reduce the risk level of nuclear and radiological terrorism threats.

References

- Tilman, R. (2006). *Nuclear terrorism* (PDF), energyscience.org.au.
- McCombie, Ch., Chapman, N., Kurzeme, M. and Stoll R. (2001). International repositories: as essential complement to national facilities. *Geological Challenges in RW Isolation: Third Worldwide Review*, Witherspoon, P.A. and Bodvarsson G.S., eds., Lawrence Berkley National Laboratory, Berkeley, CA, pp. 319-326.
- Štefula, V. (2004). “Europe acknowledges the need for regional repositories” WM’04 Conf-ence on. *Global Accomplishments in Environmental and RW Management*, Tucson, USA, 2004).
- EC, 2004, Amended Proposal for a Council Directive (Euratom) on the Safe Management of Spent Nuclear Fuel and Radioactive Waste. (Defra) (COM(2004) 526, 12386/04).
- Chapman, N., McCombie, Ch. and Štefula V. (2005). SAPIERR – Possible Options and Scenarios of Regional Disposal and Future RTD Recommendations- Deliverable D-3, Contr. Nr. F16W-CT-20030509071.
- IAEA, 2004, *Developing Multinational RW Repositories: Infrastructural framework and scenarios of co-operation*, IAEA TECDOC Series No. 1413, Vienna.

Weihgtman, M.A., Storey, P. and Thorne F. (2006). "Interacting with stakeholders: generating trust, confidence and influence through credibility, responsiveness and value", Proc. International Conf-ence On Effective Nuclear Regulatory Systems (Moscow, Russia, 27 Febr. - 3 March, 2006).

Boutelier, Ch., McCombie, Ch. and Mele I. (2006). "International repositories: ethical, legal and political/public aspects" International Journal of Nuclear Law, 1(1): 36-48. 9. IAEA, 2006, Strengthening the Global Nuclear Safety Regime, INSAG Series, No. 21, Vienna.

OECD NEA, 2004, Stepwise Approach to Decision Making for Long-term RW management: Experience: Principles and Guiding Principles, Forum of Stakeholder Confidence, No. 4429.

IAEA, 2006, Stakeholder Involvement in Nuclear Issues, INSAG Series, No.20, Vienna.

Butler, C.T. and Rothstein A. (1991). On Conflict and Consensus: a Handbook on Formal Consensus decision making, Food Not Bombs Publishing, Takoma Park, MD.

Dreimanis, A. and Salmins A. (2005). "Global optimization of radioactive waste disposal policy: Problem definition and solution case in Latvia", Proc. International Conference "Safety of Radioactive Waste Disposal"(Tokyo, Japan, 3-7 October, 2005).

Yoshimura, K., Yamamoto, S., Sato, S., Ando, K., Ohuchi, J. and Tsuboya T. (2006). "Development of a web-based site investigation flow diagram for HLW repository development", Proc. IHLRWM 2006, (Las Vegas, April 30- May 4).

UNDP, 2003, RBLAC Regional Project – Democratic Dialogue: Promoting Multi-stakeholder Consensus Building as a Tool for Strengthening Democratic Governance, 3-rd Learning Workshop on Democratic Dialogue, Report. Buenos Aires.

Amari S. (1988). "Mathematical problems of neurodynamics and self-organization", Biomathematics and Related Computational Problems, Amari S., ed. Springer, Berlin.

- Dimitrov, V. and Russel D. (1994). "The Fuziness of communication: a catalyst for seeking consensus", *Seized by Agreement, Swamped by Understanding*, Fell, L., Russel, D. and Stewart A., eds., Hawkesbury Printing, Sydney.
- Nicolis J. (1986). "Chaotic dynamics applied to information processing", *Reports of Progress in Physics* 49(10): 1109-1196.
- Zadeh L. (2000). "Toward an enlargement of the role of natural languages in information processing, decision and control", *With Fuzzy Logic in the New Millennium*, Dimitrov, V. and Korotkich V., eds., UWS Publ.
- Dimitrov, V. *et. al.* (2001). "Fuzziology and Social Complexity", *Advances in Fuzzy Systems and Evolutionary Computation*, N. Mastorakis, ed., WSES Press; <http://www.uws.edu.au/vip/dimitrov/fuzzysoc.htm>
- Zadeh L. (1973). "A new approach to the analysis of complex systems", *IEEE Trans. Syst., Man, Cybern.*, SMC 3(1): 28-44.
- Dreimanis, A. (1997). "Towards settlement of global problems and controversies", *Advances in Sociocybernetics and Human Development*, vol. 5: Culture of Piece, Human Habitat and Sustainable Living. Lasker G.,ed., IIAS.
- Dreimanis, A. (1994). "Creativity of natural and artificial brain: toward an unified synergetical approach", *Proceedings of the 1st International Conference on Applied Synergetic and Synergetic Engineering*, Bobel, F.G. and Wagner, T., eds., FhG IIS, Erlangen.
- Desvousges, W. H., *et. al.* (1993). "Perceived risk and attitudes toward nuclear wastes: national and Nevada perspectives", *Public Reactions to Nuclear Waste*, Dunlap, R. E., *et. al.*, eds., Duke University Press, Durham, pp. 175-208.
- Conrad, M. (1983), *Adaptability*, Plenum Press, New York.
- Petts J. (1998). "Trust and waste management information versus observation", *Journal of Risk Research*, 1(4): 307-320.
- Europe steps towards shared repository concept, *World Nuclear News* (11 February 2009).

INSTABILITY IN EUROPEAN NEIGHBORHOOD - TRANSNISTRIAN SECURITY DILEMMA IN MOLDOVA

Vasile Ciorici

Abstract

In this paper we are going to analyze a specific conflict area located between the River Dniester and the eastern Moldovan border with Ukraine. In this region a separatist group declared their independence in 1992 after some violent conflicts, despite not being recognized by the international community as so, they remain with this status quo and we are going to prove this area to be of a frozen conflict, considering the Russian influence and strategy concerning this region of Europe. We understand to be of great relevance the study of this situation because it is neighboring of European Union, furthermore is the fact that there is a high probability this conflict would escalate as recently occurred in a close area, in Ukraine. We are going to frame our study under the theory of realism and we will try to answer the question of why after 25 years it is still a frozen conflict.

Keywords: Realism, Transnistria, Russian influence, Military Power, Moldovan Instability, Frozen Conflict.

Summary: 1. Introduction; 2. Theoretical Framework considering Russian's role in the region; 3. Transnistria from the violent conflict to a

frozen conflict; 4. Explanatory factors for the conflict still being frozen; 5. Conclusion; 6. Bibliography.

1. Introduction

This separatist part of Republic of Moldova called Transnistria, or Trans-Dniestr or Transdnjestria has been a “frozen conflict” region for more than 25 years, increasingly jeopardizing the peace and security of Moldova and the whole East Europe with it as a consequence and although the subject had been studied by many great authors such as Nicu Popescu, Leonid Litra, Maria Raquel Freire, Daniel Brett, Eleanor Knott, considering recent changes in International order in East Europe specially with the armed conflict occurring in Ukraine I think Transnistrian frozen conflict should be studied more deeply. It could escalate again in violence and armed fighting (Day, 2015).

In order to make this research I am going to use as main sources several official documents (e.g. the Declaration of Transnistrian Independence) and other treaties which had been signed in direction to solve the conflict and bibliography as books and essays written by many authors from different countries which were reflecting one way or the other the subject.

Taking it into account, since the conflict in this region of Moldova reached a point of just being pacified without a long term solution, more than two decades has passed and until nowadays little has changed, creating an atmosphere of instability, insecurity and fear in the zone. In this context I will consider as a starting point a very important question as: Why after 25 years, is Transnistria region of Moldova still a frozen conflict?

Trying to find the answer, we have to look at who is supporting the regime there, as well as under which influence the government there is acting and in which directions it inclines towards. If we want to understand what is happening in the so called “Transnistrian Republic”, we have to take a closer look at what is occurring in Russian internal and external affairs because Transnistria as a mirror reflects them so considering Russian

's realistic views, the realistic theoretical framework would be the most suitable, in my opinion, to look for and find answers vis-a-vis security crisis that is taking place in Transnistria/Moldova for more than two decades.

Along with the studies I consider that the main hypothesis to explain why for more than 20 years since the cease fire agreement we have this frozen conflict in Transnistria, is the Russian military presence in Transnistria, which in fact guarantees the *status quo* of the region, although we do have some other factors which have been contributing to keep the conflict frozen, which are: the weak involvement of the European Union (EU) and of the United States of America (USA) as actors in solving international conflicts, in this case they have a simply observatory role on solving this conflict and also the Moldavian political indifference towards this issue. In this research we will analyze and focus more on the first one since we consider it as the main factor which contributed the most to keep the conflict frozen there.

The work will begin with a theoretical framework considering Russian's role in this region and subsequently we will identify Transnistrian conflict as a frozen one, followed by a discourse on the factors that contributed to keep the conflict frozen for more than two decades, ending up with a conclusion on this matter.

2. Theoretical Framework considering Russian's role in the region.

As Cristiana Budac (2015: 129) mentioned in the article "Mandala of Power" nowadays most of the European countries have an idealistic view on international relations while Russia remains realist, the same could be argued to explain the Tiraspol policies (Transnistrian capital city) which as a mirror reflects the foreign policy of Moscow, in fact after Russia annexed Crimea, "Verhovnii Soviet", Transnistrian Parliament asked to be part of Russian Federation (Bocharova and Biriokova, 2014).

Jack Donnelly (2005:53) argues that anarchy, egoism and the distribution of capabilities cannot explain the vast majority of what happens in such international relations. However, when we talk about Russia and its views of international relations or at least if we follow its past actions, there is little doubt that the best framework theory to explain it is indeed the realism. If we want to talk about power in International Relations and International Anarchy, I believe that there is no better example than Russian behavior in International Relations and mainly its foreign policy to its neighbors from ex-Soviet Union in which Moldova with Transnistria region is included.

If there is need, the conflict and war, are the tools to obtain and maintain power or political influence (Budac, 2015:132) this author refers to Russia and its behavior in international anarchic system where there is no government to punish it for its illegal actions and the anarchy accepts that international politics is composed of sovereign nation-states and that these sovereign nation-states are obliged to no higher power (Webb, 2005: 14). In the same article quoted above, Cristiana Budac (2015: 123) points out that after remembering many historical events that connected his country to Ukraine, after making an allusion to human rights and friendship, after so much worrying for the 96 percent who voted for the reunion with Russia, the president Vladimir Putin comes to a very realistic and simple truth that, leave us to do as we please, or be prepared for the consequences. Well, what can be more realistic than that?

In the win-lose game Russia is at the front line creating a “circle of security” full of frozen conflicts, as it is trying to protect itself with a circle of countries that create a barrier along its borders and facilitate the access to strategic zones such as Crimea to the Black Sea, (Budac, 2015: 134) or Transnistria which could escalate at any moment and where small states around the “giant” have the security problem in their everyday agenda because it is well known that Russia does not use soft methods when it has to protect its interests, and Transnistria region is strategically very important to Moscow.

Neither Moldova or other states recognized Transnistria as a state, but in fact it is one and it is existing for more than 25 years and according to Nogueira (2005: 25), the state is the center in realism and its main aim is to survive in context of anarchical system of the world, doing so alone, self-helping or through alliances.

During all this years it is quite clear that Transnistria region could not survive without external support and guidance, in wide areas such as economy, where 25% of its GDP (Gross Domestic Product) comes direct from Russia (Lupușor, 2015: 13), politics and the most important of all, the presence of military power (14 brigade of Russian Army), (Freire, 2012: 83) which underpinned and helped the regime to settle and to remain until nowadays.

Taking this in consideration and this context, the alliance here is with Russia where for Transnistrians, Russian forces are understood as the military support to guarantee its separatist status quo of this region (*ibidem*: 84).

States are acting in a uniform, hegemonic way, to defend their national interest⁴⁵⁵ (Nogueira and Mesar, 2005: 25). Following this logic, we have to take into account that Russia considers Moldova with Transnistria region as one part and the Euro-East as a whole of its historical domain under its “sphere of interest” and it is acting hegemonically to defend its interests there.

The states consider that their national interests would be better served if they would gather into a big power⁴⁵⁶ (*ibidem*, 2005: 29), and Transnistria acting *de facto* as a state gathered with Russia, has maintained until today its *status-quo* in an anarchic world system of International Relations.

3. Transnistria from the violent conflict to a frozen conflict

In order to define what a frozen conflict is, I chose Ghia Nodia's⁴⁵⁷ definition as more complex and more explanatory among others that give the same definitions, the author identifies five elements which we will analyze in accordance to the situation of Transnistria. Nodia (2004: 1) points out that a frozen conflict is where there was a recent violent conflict over secession, and the secessionist parties being militarily successful, and they established effective control over specific territories and setting up de facto state institutions. The military outcome is not recognized either by the military losers – the central governments, or by the international community.

The violent conflict over secession dates back with the process of Moldova's emancipation from the Soviet Union which has begun in 1989, when the predominantly Russian and non-Moldovan population started protests movements in the region of the left bank of the river Dniester, against Moldovan efforts for independence and this part of Moldova was loyal and had strong predisposition for the preservation of the Soviet Republic of Moldova as a part of Soviet Union and the Soviet values which were existing there. (Badescu, 2012: 20). Under the leadership of Igor Smirnov, a Russian citizen, the situation in Transnistria region intensified and went into violence and armed fighting. Starting in March 1992, in the next few months the conflict between the rebel groups and Moldovan troops (most of them were police officers and voluntaries) escalated radically and this violent clashes resulted in hundreds of human losses and wounded and thousands of refugees.

The military success of the secessionist parties was that after almost four months of fighting, the Moldavian government forces, poorly armed and trained, were easily defeated by the paramilitary separatist Transnistrian groups which were supported by Russian 14 brigade army (Freire, 2012, page 81). Consequently, Chisinau, the capital of the Republic of Moldova,

asked for a cease fire agreement which was signed on the 21st. July 1992 (*Agreement on the principles for the peaceful solution*, Chisinau, 1992).

After the agreement in 1992, they established a final control over the left side of the river Dniestr, setting up state institutions and created *de facto* a state: Pridnistrovskaia Moldavskaia Republica, in English: Pridnestrovian Moldavian Republic (PMR).

The Transnistrian military outcome was not recognized by the military losers – the central government of the Republic of Moldova, in Chisinau neither by other member of the international community. As a conclusion, we can affirm that the situation of Transnistria is indeed a frozen conflict area.

4. Explanatory factors for the conflict still being frozen

Considering military, political and economic dimensions and examining the legal documents and acts that had been signed by the actors involved in this conflict as well as looking at the declarations of political leaders we are going to analyze the factors that contributed to the conflict being frozen.

Transnistrian conflict has been considered for many years the most “solvable” one of all the post-Soviet secessionist conflicts (Popescu and Litra, 2012: 2) however as years have gone by we had little progress towards solving it.

Firstly was the lack of finding a solution for Transnistrian special status inside of an integrity state of Moldova, an idea strongly supported by the EU and OSCE with their proposal of a Transnistrian self-government with decisive powers in politics, economy, law, social and cultural, giving the right to decide its own future in case of Moldovan-Romanian reunification and disappearance of Moldovan state (Badescu, 2012: 30).

Secondly and the biggest in my opinion until nowadays, as well as a guarantee of Transnistrian *status quo* (Freire, 2012: 87), is the presence of Russian 14 army in Moldavian territory of Transnistria despite the fact that

in 1999 at the summit of Organization of Security and Cooperation in Europe (OSCE) in Istanbul where the Agreement on Adaptation of the Treaty on Conventional Armed Forces in Europe was signed, Russia committed itself to a withdraw of weapons and troops from the territory of Moldova and Georgia (OSCE, 1999)

Initially there were some progress and according to a letter of the United States Mission to the OSCE a great amount of ammunitions and weapons were destroyed or moved from Moldovan territory however we cannot forget about what had been said about all the strategic and Russian interests in this area and following the realistic views that a country expansion could be local or global and it can be the result of military victory or throughout weakening a lot the targeted state (Nogueira and Mesar, 2005: 35), the weakened state at that moment was Moldova with its communist governance, that was strongly pro-Russian and almost signed (it did not because of the big pressure from the Moldovan society witch were protesting in the street, and from western countries) the “Kozak Memorandum” a Russian project on solving Transnistrian conflict where Transnistria would gain a large independency inside the Republic of Moldova and would have the veto right in general issues of the country additionally it would keep its own legislation and have its own Constitution, all of this supported and insured by Russian troops witch would stay legally on Moldovan territory until 2020.

This memorandum was not signed and in 2004 this process was completely stopped, the Moldovan-Russian relations deteriorated and the Russian 14 army has remained until nowadays on Moldovan territory of Transnistria. The failure to find a solution that would suit Russian’s interests for the Transnistrian special status inside of an integrity state of Moldova, led to the crises to solve the dilemma of the withdraw of Russian 14 army from Moldovan territory of Transnistria which has a key role on keeping the conflict frozen there.

As a part of the international community the EU and the USA tried to play a role in solving this conflict and since 2005, at Moldovan request, the

mechanism for solving the conflict was extended and included these two actors with the status of observers, the mechanism was called the Negotiation Format 5+2, nevertheless it was not very efficient although it is the only way in which the West could participate at resolving the situation and just in 2009 there was a first reunion more about some practical issues than finding a political solution for the region (Badescu, 2012: 30).

The EU and the USA role since the beginning of the conflict was of a little impact, and later proved to be counterproductive, when in 2012 Russia struggling to keep the balance of power, (Oliker et al., 2009: 111) annexed the region of Crimea of Ukraine there was violence and armed fighting in Donetsk, Transnistrian frozen conflict had a strong reappeared on EU security agenda, as Russian 14 army brigade could be used to destabilized the region even more (Freeman, 2014).

Another reason why there is still a security dilemma in Moldova is in the attitude towards this problem in which some authors refer to as one of indifference and such “indifference” is one of the pillars of stability and peace in the region of Transnistria, this absence of public concern resulting that there is little push for militarization or nationalist agitation around the conflict zone, as has been the case in so many conflict regions (Popescu and Litra, 2012: 2).

Following the realism theory that the fear of suffering a future aggression is still at the bottom of state’s interests (Nogueira and Mesar, 2005: 96), Transnistria still fears a future aggression of the West on it. In an interview for a Russian newspaper (Shevciuk, 2015) the Transnistrian leader Shevciuk declared that the West is preparing future attacks (such as the economic blockade from Ukraine and Moldova) to get radical solution for the frozen conflict problem, he associated Transnistria with Russia stating that they had learned to fight the same war where Moscow is a big target behind this attacks that Transnistria is suffering for more than 25 years.

Although if we follow the course of the conflict we can see that there has been in all this time just one casualty: a Russian peacekeeper was

involved in the fatal shooting of a Moldovan civilian at a joint peacekeeping forces checkpoint (Popescu and Litra, 2012: 6) and if we talk from an economic point of view in recent years Transnistria had a rate of more than 50% of its exports to the EU under a favorable trade regime granted to Moldova called Autonomous Trade Preferences (*ibidem*: 6) and much less with Russia, in fact the Transnistrian leader is very much concerned (Shevciuk, 2015) that his country could lose the European market in 2016 when the favorable regime trade expires.

In the same interview Shevciuk (2015) names Transnistria a Russian island where most of the people want to live in an alliance with Russia or even better, as a part of Russia, and an attack on this island means an attack on Russia's presence there, and without this Russian military presence the diplomatic and economic war on Transnistria from the west, would be transformed in a real armed conflict worse than that from Donetsk Ukraine.

Taking everything into consideration we can notice some contradictory facts with these declarations about a real armed conflict between Moldova/West versus Transnistria/Russia. Only one person died in 25 years of frozen conflict and this deceased one was a civilian accused to be drunk. This frozen conflict it is not just about military confrontation it is more about states with superior power and resources influencing the others, being able to oblige them to change their policies (as Russia does with Moldova through Transnistrian region) to suit their interests even though this oppression power on them cannot be legal (Russian 14 army in Transnistria) otherwise we would have a legal authority force, transforming the world order in an hierarchical one (Nogueira and Mesar, 2005: 45).

Conclusion

At the end of this research analyzing this Transnistrian frozen conflict throughout the official documents and declarations, books, essays related to this matter, we could say that considering military, political and economic dimension this small separatist country is used in bigger confrontations for power and influence between the West and Russia. The dynamic of this frozen conflict along this 25 years was directly related to the Russian-West relations. When there was a good collaboration of Russia with West, we had the biggest progress on solving this conflict such as OSCE summit in Istanbul, but the very opposite when the relations (Russia-West) had been badly deteriorated by the annexation of Crimea, Transnistrian frozen conflict was back to be used as a threat to the security and stability in the zone. In fact we could say that the permanence of this frozen conflict for such a long time depended on Russian's usage for it to maintain its influence and military presence in an once a Soviet territory, and as the Kozak Memorandum proved that in order for this conflict to be solved and Transnistria to be *the facto* part of Moldova, this country has to accept Russia as the super power of the region, submit to its dominance and be a faithful ally. On the other hand the EU using its soft power, as proved by the favorable trade regime granted to Moldova, tries to dangle Moldova and Transnistria on its sphere of interests. As long as there will be confrontation between East and West and countries as Moldova balancing amongst them, frozen conflicts are going to be uphold and used by the great powers such as Russia in order to guarantee their security and their super power status in an anarchical world system.

If Moldova really wants to solve this conflict and have the Transnistrian region as a part of it, it needs to consider the bigger picture and join the right power at the end because in realism is well known that just a great power can limit another one.

Bibliography: Main Sources

Agreement on the principles for the peaceful solution of the armed conflict in the Transnistrian region of Moldova, 1992, Moscow. Available at: <<http://www.peacekeeper.ru/ru/?module=pages&action=view&id=89>> [Accessed on 7 December 2015].

Agreement on Adaptation of the Treaty on Conventional Armed Forces in Europe, 1999. Istanbul: JCGEW124.

American Congressional Bills 110th Congress, June 5, 2007. *Calling on the Russian Federation to withdraw its military forces, armaments, and ammunition stockpiles from the sovereign territory of the Republic of Moldova*. Washington, DC. Available at: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS110hres457ih/html/BILLS110hres457ih.htm>> [Accessed on 7 December 2015].

Bureau of European and Eurasian Affairs. Washington, DC, 1 March 2007. *Report to the Congress: U.S. Policy and the Organization for Security and Cooperation in Europe*. Available at: <<http://20012009.state.gov/p/eur/rls/rpt/92031.htm>> [Accessed on 7 December 2015].

Transnistria 1991. *Declaration of the Independency of Prednistrovian Moldavian Republic*. Tiraspol. Available at: <<http://mfapmr.org/ru/DTP>> [Accessed on 7 December 2015].

Decision of Moldavian Parliament on not recognizing the Independency of Prednistrovian Moldavian Republic, 1990. Chisinau: HSS247/1990.

Russia 2003. *Kozak Memorandum*, Moscow. Available at: <<http://regnum.ru/news/458547.html>> [Accessed on 7 December 2015].

Organization for Security and Co-operation in Europe, 2014. *Ministerial statement on the Negotiations on the Transdnestrian settlement process in the “5+2” format*. Basel: MC21EW31.

Russian Federal Constitutional Law of annexation of Crimea region, 21 March 2014, Moscow. Available at: <<http://www.rg.ru/2014/03/22/krym->

dok.html > [Accessed on 7 December 2015].

Regulation (EU) no 581/2011 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2011 on *amending Council Regulation (EC) No 55/2008 introducing autonomous trade preferences for the Republic of Moldova*.

Statement in Response to the Report of OSCE Head of Mission in Moldova Ambassador William Hill by Deputy Representative Douglas Davidson to the Permanent Council,

2003. Vienna. Available at: <
<http://libweb.anglia.ac.uk/referencing/harvard.htm> > [Accessed on 7
December 2015].

Bibliography: Books and Articles

Budac, C., 2015. Mandala of Power. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, [Online] Available at: <
<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042815031304> >
[Accessed on December 2015].

Badescu, P., 2012. Conflictul din Transnistria/Republica Moldova, dupa 20 de ani. *Politica si Relatii Internationale*. [Online] Available at:
< <http://revista.ispri.ro/wp-content/uploads/2012/09/17-30-Paraschiva-Badescu.pdf> > [Accessed on 7 December 2015].

Bocharova S, Viriokova L., (2014) *Transnistira like Crimea*. [Светлана Бочарова, Лилия Бирюкова, 2014. Приднестровье как Крым]. *Vedomosty*. [Ведомости]. [Online] Available at:
<<http://www.vedomosti.ru/newspaper/articles/2014/03/18/pridnestrove-kak-krym> > [Accessed on 7 December 2015].

Shevciuk E., 2015. *Interviewed on Rosiskaya Gazeta Krugovaia Oborona* [Евгений Шевчук, Российская Газета-Круговая Оборона]. [Online] Interviewed by Alexander Tumanov [Александр Туманов]. 21 October 2015. Available at: <
<http://www.rg.ru/printable/2015/10/28/pridnestovie.html> > [Accessed on 7
December 2015].

Freire, M. R., 2012. *A Rússia de Putin: Vectores Estruturantes de Política Externa*. Coimbra: Almedina.

Freeman C., (2014). Russian troops poised to 'run' into Moldova, NATO commander warns. *The Telegraph*. [Online] Available at: <<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/moldova/10717260/Russian-troops-poised-to-run-into-Moldova-Nato-commander-warns.html>> [Accessed on 7 December 2015].

Nodia, G., 2004. Europeanization and (not) Resolving Secessionist Conflicts. *Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*. [Online] Available at:

<<http://www.isn.ethz.ch/DigitalLibrary/Publications/Detail/?ots591=0c54e3b3-1e9cbe1e-2c24-a6a8c7060233&lng=en&id=115855>> [Accessed on 7 December 2015].

Lupușor, A., 2015. Implementarea Acordului de Asociere în regiunea Transnistreană: misiune posibilă?. *Moldova Europeana*. [Online].

Available at: < <http://infoeuropa.md/files/este-posibila-implementarea-acordului-de-asociere-in-regiunea-transnistreana.pdf> > [Accessed on 7 December 2015].

Day M., (2015). Pro-Russian 'republic' Transnistria calls up reservists as East-West tensions flare, *The Telegraph*. [Online] Available at: <<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/moldova/11753765/Pro-Russian-republic-Transnistria-calls-up-reservists-as-East-West-tensions-flare.html>> [Accessed on 6 December 2015].

Nogueira J., and Mesar N., 2005. *Teoria das Relações Internacionais*. Sao Paulo: Campus.

Oliker O., Crane K., Schwartz L.H., Yusupov C., 2009. *Russian Foreign Policy: Source and Implications*. Santa Monica: RAND Corporation.

Popescu, N. and Litra, L., 2012. Transnistria: a bottom-up solution. *European Council on Foreign Relations*. [Online] Available at: <http://www.ecfr.eu/page/-/ECFR63_TRANSNISTRIA_BRIEF_AW.pdf> [Accessed on 7 December 2015].

Scott B., Linklater A., Devetak R., Donnelly J., Paterson M., Reus-Smit C., True J., 2005. *Theories of International Relations*. 2nd Ed. New York: Palgrave Macmillan. Webb C., 2005. *International Relations Theory: A critical introduction*. 2nd Ed. New York: Routledge.

-

⁴⁵⁵ In our translation. In the original: “*Estado age de maneira uniforme e homogênea e em defesa do interesse nacional*”.

⁴⁵⁶ In our translation. In the original: “*Estados julgam que seu interesse nacional seria melhor servido ao se juntarem a uma grande potência (ou à grande potência)*”.

⁴⁵⁷ Chairman of the Board of the Caucasus Institute for Peace, Democracy and Development in Tbilisi and Professor of Political Sciences at the Ilya Chavchavadze University of Language and Culture.