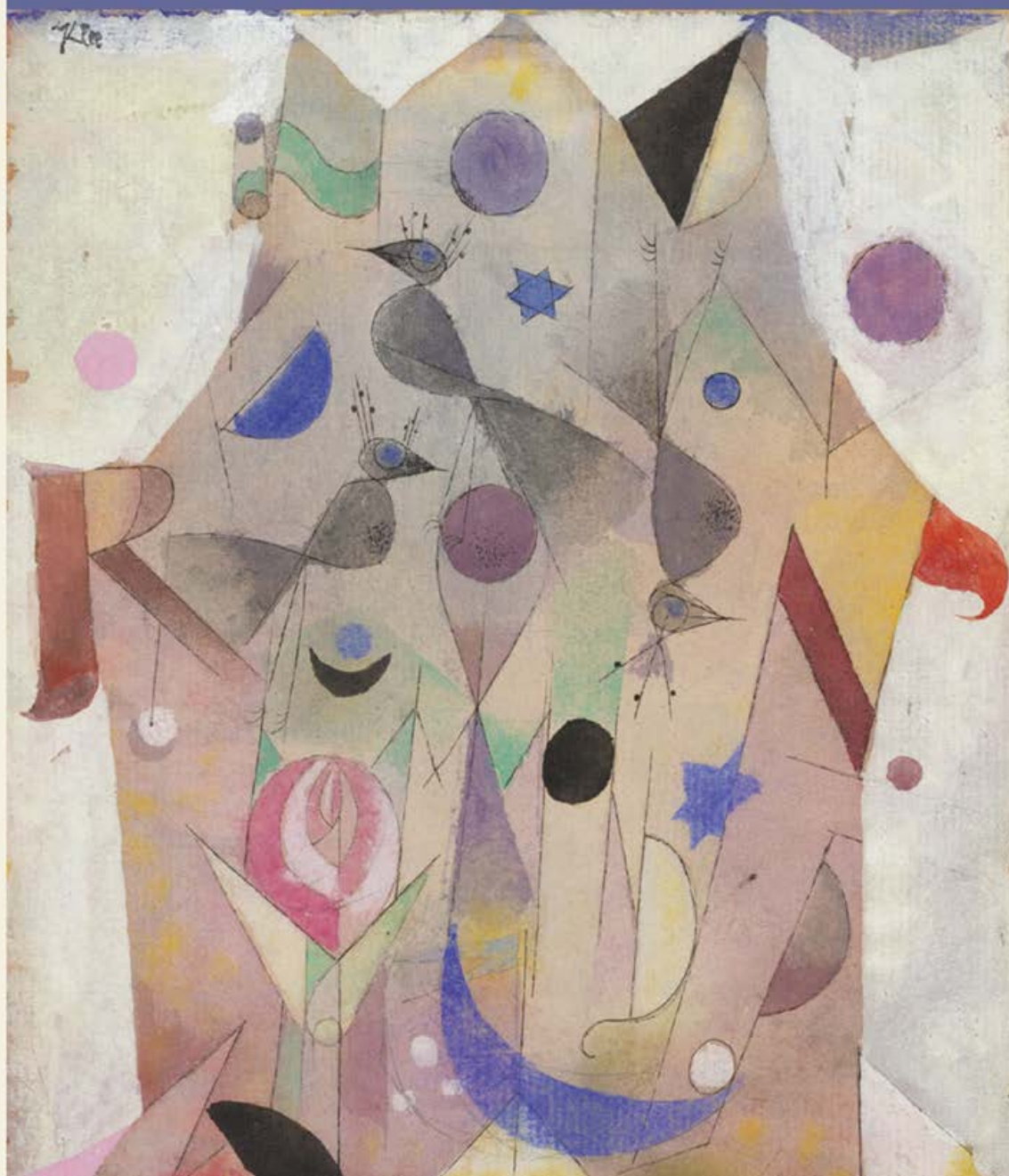


Antidiscriminação no TEDH

Uma análise transdisciplinar das intervenções
do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque

COORDENAÇÃO Soraya Nour Sckell

UCP
EDITORA



ANTIDISCRIMINAÇÃO NO TEDH

UMA ANÁLISE TRANSDISCIPLINAR
DAS INTERVENÇÕES DO JUIZ
PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

Esta obra é financiada pela FCT, I.P. (Fundação para a Ciência e a Tecnologia, Instituto Público) por fundos nacionais do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação de Portugal, no âmbito dos projetos UID/00714/2025 (CEDIS, NOVA School of Law, Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa), UIDB/00443/2025 (CIJ, Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça, Faculdade de Direito da Universidade do Porto) e UID/04112/2025 (Instituto Jurídico Portucalense, Departamento de Direito da Universidade Portucalense).

Licença: Este trabalho encontra-se publicado com a Licença Internacional Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0



Título Antidiscriminação no TEDH
Uma análise transdisciplinar das intervenções
do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque

Coordenação Soraya Nour Sckell, com a colaboração de Anabela Costa Leão
e Maria Manuela Magalhães Silva

Coleção Comentários de Leis

© Autores

© Universidade Católica Editora

Revisão Editorial Patrícia Feio

Capa Ana Luísa Bolsa | 4 ELEMENTOS

Imagem da capa Paul Klee

Persische Nachtigallen (Rouxinóis Persas), 1917 (detalhe)
Guache, aguarela e caneta e tinta preta sobre grafite em papel vergê.
(altura 22,8 x largura 18,1 cm)

The Cleveland Museum of Art, Cleveland, Estados Unidos da América
<https://www.nga.gov/collection/art-object-page.71551.html>

Conceção Gráfica Sersilito-Empresa Gráfica, Lda.

Data abril 2025

ISBN 9789725411087

DOI <https://doi.org/10.34632/9789725411087>

Universidade Católica Editora,
Sociedade Unipessoal, Lda.
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020
uceditora@ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

COORDENAÇÃO

Soraya Nour Sckell

Com a colaboração de

Anabela Costa Leão e Maria Manuela Magalhães Silva

ANTIDISCRIMINAÇÃO NO TEDH

UMA ANÁLISE TRANSDISCIPLINAR
DAS INTERVENÇÕES DO JUIZ
PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

ÍNDICE

Introdução: Soraya Nour Sckell.	7

CAPÍTULO I

DISCRIMINAÇÃO DE MULHERES

Carla Osmo / Flavia Portella Püschel: <i>Mocanu e Outros c. Roménia</i> . Imprescritibilidade em casos de violações graves de direitos humanos e igualdade de género.	22
Alberto Pereira Lima Filho: <i>Valiulienė c. Lituânia</i> . A aplicação da lei examinada pela Psicologia.	33

CAPÍTULO II

DISCRIMINAÇÃO DE CRIANÇAS

Rute Teixeira Pedro: <i>Fabris c. França</i> . O princípio da proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento e o seu impacto no âmbito sucessório. Comentário breve às decisões do TEDH e observações sobre o direito português.	46
Miguel Simões Correia: <i>D.M.D. c. Roménia</i> . O estatuto das crianças e jovens enquanto sujeitos (a maus tratos).	72

CAPÍTULO III

DISCRIMINAÇÃO POR IDADE

Ana Sofia Carvalho / Sofia B. Nunes: <i>Khamtokhu e Aksenchik c. Rússia</i> . Discriminação positiva de idosos no âmbito das penas aplicáveis.	86

CAPÍTULO IV

DISCRIMINAÇÃO DE DOENTES MENTAIS

Teresa Pizarro Beleza / Helena Pereira de Melo: <i>Murray c. Países Baixos</i> . Os culpados da prática de crimes graves não perdem a qualidade de seres humanos e como tal merecem proteção.	104
Camilla Rosso: <i>Murray c. Países Baixos, Fernandes de Oliveira c. Portugal, Kuttner c. Áustria</i> . O direito à saúde mental. Uma análise comparativa e crítica de três casos do TEDH.	113

CAPÍTULO V DISCRIMINAÇÃO DE MIGRANTES

Anabela Costa Leão: <i>Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta</i> . Detenção, vulnerabilidade(s) e asilo	127
Diógenes Ivo Fernandes de Sousa Silva: <i>Hirsi Jamaa e Outros c. Itália</i> . O <i>non-refoulement</i> na Perspetiva do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. O voto do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque	142

CAPÍTULO VI DISCRIMINAÇÃO RACIAL E ÉTNICA

Jeovet Baca Virgínia: <i>Maktouf e Damyanović c. Bósnia e Herzegovina</i> . A realidade simbólica. Uma análise do voto do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić	171

CAPÍTULO VII DISCRIMINAÇÃO POLÍTICA

J. Silva Lopes / Maria Manuela Magalhães Silva: <i>Vasiliauskas c. Lituânia</i> . Discriminação de um grupo político	189

CAPÍTULO VIII DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA

Catarina Filipa Ribeiro Serra: <i>Krupko e Outros c. Rússia</i> . Entre o «duplo vínculo» e a igualdade: discriminação de minorias religiosas.	206

CAPÍTULO IX DISCRIMINAÇÃO PELA POBREZA

Fernando Rey Martínez: <i>Soares de Melo c. Portugal</i> . Um caso de discriminação múltipla e institucional... por pobreza.	227

CAPÍTULO X DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

Ana Cansado: <i>J. e Outros c. Áustria</i> . A jurisprudência do TEDH como meio de desocultar a exploração do trabalho das mulheres e a relação entre o trabalho forçado e o tráfico de seres humanos.	239
Sofia Torres Pereira: <i>Konstantin Markin c. Rússia</i> . A vulnerabilidade inerente à parentalidade e a insuficiente construção de resiliência pelo TEDH em matéria de licença parental.	248

João Zenha Martins: <i>Bărbulescu c. Roménia</i> . O direito à privacidade não desaparece no local de trabalho	266

CAPÍTULO XI DISCRIMINAÇÃO NA SAÚDE

Eduardo A. S. Figueiredo: <i>Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal</i> . Entre «promessas falhadas» e a urgência de uma abordagem <i>pro persona</i> do direito à saúde pelo TEDH	293
Luísa Neto: <i>S. J. c. Bélgica</i> . A aparente inexistência de <i>ratio decidendi</i> na discriminação dos migrantes em fase terminal da vida no acesso a cuidados médicos no país de acolhimento	314

CAPÍTULO XII EFEITOS DISCRIMINATÓRIOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Sília da Graça Amaral Gomes Ricardo Pinto: <i>Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido</i> Direitos Humanos na era do capitalismo de vigilância. O fim do direito à privacidade?	322
Tayrone Marquesini Chiavone: <i>Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido</i> . Riscos à privacidade <i>versus</i> riscos à segurança pública, um dilema a ser superado na sociedade de risco (digital). Comentários ao voto parcialmente dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque	338

CAPÍTULO XIII DISCRIMINAÇÃO NO ACESSO À JUSTIÇA

Maria de Assunção do Vale Pereira: <i>Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland</i> . Mais uma vez, a busca judicial de contornar a interpretação do art. 103.º da Carta das Nações Unidas e seus efeitos	347

CAPÍTULO XIV DISCRIMINAÇÃO DE GRUPOS PROFISSIONAIS

Catherine Maia / Rafaela Mendel: <i>Correia de Matos c. Portugal</i> . Impossibilidade de um advogado se defender a si próprio em processo penal, na perspetiva da discriminação de grupos profissionais	368

Introdução

Esta obra tem como objetivo analisar o impacto da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), com especial atenção às contribuições do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, no desenvolvimento do direito antidiscriminatório. A partir de uma perspectiva transdisciplinar, examina-se como as opiniões do notável jurista, frequentemente dissidentes, contribuíram de maneira significativa para a consolidação e o avanço desse campo jurídico.

Ao longo da sua trajetória no TEDH, Paulo Pinto de Albuquerque ampliou significativamente o escopo de proteção dos direitos humanos na Europa e fora dela, moldando a compreensão contemporânea do direito antidiscriminatório. Reconhecido como um dos juristas mais inovadores da sua geração, o eminente juiz proferiu cerca de dez mil decisões no TEDH¹, muitas das quais se tornaram pilares para a interpretação e aplicação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e seus Protocolos Adicionais. Sua relevância transcende a esfera judicial, refletindo-se em sua vasta produção acadêmica, que se destaca especialmente na proteção de grupos vulneráveis e na promoção da justiça social.

A sua contribuição para a jurisprudência antidiscriminatória do TEDH abrange temas fundamentais, como as discriminações de género (Capítulo I) e de crianças, particularmente quanto às desigualdades enfrentadas por filhos nascidos fora do casamento e à proteção necessária contra maus-tratos infantis (Capítulo II). Albuquerque também critica a discriminação por idade (Capítulo III), além de considerar a vulnerabilidade de pessoas com transtornos mentais, que sofrem discriminações no acesso à saúde e em contextos prisionais (Capítulo IV).

O juiz destacou-se igualmente pelas suas críticas ao tratamento desigual de refugiados e migrantes (Capítulo V) e à discriminação racial e étnica (Capítulo VI), bem como pela sua posição resoluta contra discriminações políticas (Capítulo VII). A contribuição de Albuquerque compreende ainda a crítica à discriminação sofrida por minorias religiosas em contextos de repressão estatal (Capítulo VIII), bem como às discriminações sofridas pelos que se encontram em condição de pobreza (Capítulo IX).

Ampliando o seu foco para o ambiente laboral, Albuquerque critica a discriminação contra trabalhadores, especialmente em questões como o direito à privacidade no trabalho (Capítulo X). A sua análise do direito à saúde enfatiza a urgência de um acesso igualitário a cuidados médicos públicos, sobretudo para pessoas em situações de vulnerabilidade extrema (Capítulo XI). No domínio das tecnologias,

¹ Segundo informação oficial do TEDH, o juiz Albuquerque decidiu 3507 queixas como juiz singular, 3343 queixas como membro de um Comité e 3641 queixas como membro de uma Câmara e de uma Grande Câmara, entre abril de 2011 e março de 2020.

Albuquerque critica os efeitos discriminatórios provocados pela vigilância em massa (Capítulo XII). A contribuição do juiz inclui ainda a sua crítica à discriminação no acesso à justiça e à falta de garantias processuais adequadas (Capítulo XIII). Finalmente, critica a discriminação enfrentada por grupos profissionais, com ênfase nas restrições ao direito dos advogados de se autodefenderem em processos penais (Capítulo XIV).

* * *

Dessa forma, esta obra examina alguns dos casos mais emblemáticos julgados pelo juiz Paulo Pinto de Albuquerque no TEDH, oferecendo uma análise abrangente das várias manifestações de discriminação e suas repercussões jurídicas e sociais. Estruturada para explorar múltiplas vertentes do tema, a obra desdobra-se em capítulos que discutem, por meio de casos específicos, as complexidades e os desafios associados a cada tipo de discriminação.

O primeiro capítulo é dedicado à discriminação de género. No subcapítulo intitulado “Imprescritibilidade em casos de violações graves de Direitos Humanos e igualdade de género”, as autoras Carla Osma e Flavia Portella Püschel examinam o caso *Mocanu e Outros c. Roménia*, defendendo a necessidade da imprescritibilidade em situações de violações graves dos direitos humanos, com foco na igualdade de género. Trata-se, neste caso, de graves violações de direitos humanos durante a repressão estatal às manifestações políticas na Roménia em junho de 1990. As vítimas, Anca Mocanu e Marin Stoica, buscaram justiça pela execução do marido de Mocanu e pela tortura sofrida por Stoica. O juiz Paulo Pinto de Albuquerque, em voto separado, ressaltou a inadequação da prescrição em casos de crimes contra a humanidade, enfatizando a obrigação do Estado de punir tais crimes independentemente de prazos. As autoras, em linha com o juiz, insistem na importância da imprescritibilidade não apenas em termos penais, mas também em relação à responsabilidade estatal de reparar as vítimas de graves violações de direitos humanos. Além disso, analisam as autoras, o caso de Anca Mocanu evidencia como as consequências da perda de um cônjuge podem afetar desproporcionalmente as mulheres, revelando a sua vulnerabilidade económica e social. A luta das mulheres por justiça e reparação em contextos de violência de género, argumentam as autoras, deve ser reconhecida, pois essas enfrentam desafios únicos, incluindo a precariedade económica.

Em seguida, no subcapítulo “A aplicação da lei examinada pela psicologia”, Alberto Pereira Lima Filho empreende uma análise interdisciplinar do caso *Valiulienė c. Lituânia*. No caso em questão, Loreta Valiulienė relatou múltiplas agressões físicas perpetradas por seu parceiro, agressões essas que, apesar de devidamente documentadas, foram minimizadas pelas autoridades lituanas. As lesões, embora atestadas, foram tratadas como “de pequeno porte”, e o processo judicial foi marcado por adiamentos sucessivos e pela recusa sistemática das alegações da vítima. O juiz Paulo Pinto de Albuquerque foi enfático ao criticar a postura do sistema judiciário lituano, destacando o carácter humilhante e degradante das agressões sofridas por Valiulienė e frisando a falha do Estado lituano em cumprir o seu dever de proteger

a vítima. Para o juiz, o tratamento dado ao caso evidenciava não apenas erros procedimentais e substantivos, mas também uma negligência sistêmica de proporções graves. Essa crítica é acolhida por Alberto Pereira Lima Filho, que, ao adotar uma perspectiva psicológica, aprofunda a análise sobre a forma como o direito poderia ser enriquecido pelo conhecimento das dinâmicas psicológicas que afetam tanto as vítimas quanto os agressores. Para tal exame, o autor recorre ao conceito de “complexo cultural”, conforme desenvolvido pela Psicologia Analítica de Carl Gustav Jung. Este conceito refere-se a um fenómeno psicológico coletivo, inconsciente, que molda os comportamentos e valores de uma comunidade. Segundo o autor, o desdém pelo sofrimento de Valiulienė reflete um complexo cultural que não apenas banaliza a violência doméstica, mas a legitima, resultando numa atitude permissiva e profundamente enraizada em relação a práticas abusivas. O texto sugere, assim, que essa influência cultural traduz uma tolerância institucionalizada à violência contra as mulheres, levando as autoridades legais a perpetuarem padrões disfuncionais em razão da internalização inconsciente desses complexos culturais. O autor, alinhando-se às críticas do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, advoga por uma reavaliação do direito antidiscriminatório à luz das contribuições da Psicologia, de forma a expor e desafiar os complexos culturais que silenciosamente perpetuam injustiças e desigualdades.

No segundo capítulo, a obra analisa as complexas questões de discriminação envolvendo crianças. O subcapítulo “O princípio da proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento e o seu impacto no âmbito sucessório”, escrito por Rute Teixeira Pedro, analisa o caso *Fabris c. França*. O caso envolveu Henry Fabris, um filho “adulterino” que reivindicou igualdade na herança da sua mãe, comparado aos seus meio-irmãos legítimos. Em 2013, o TEDH decidiu a seu favor, afirmando que a distinção entre filhos legítimos e nascidos fora do casamento violava o princípio da não-discriminação. O juiz Paulo Pinto de Albuquerque teve um papel central ao oferecer duas análises críticas: destacou que a igualdade sucessória é um princípio fundamental da ordem pública europeia, devendo ser respeitado por todos os Estados-Membros; discordou da aceitação de uma “resolução amigável” com Fabris, argumentando que a França deveria adotar medidas concretas, como a revisão de todas as decisões discriminatórias similares e a reforma das leis nacionais. Considerou que o TEDH deveria ter uma postura mais prescritiva, garantindo a aplicação efetiva do princípio da igualdade. Rute Teixeira Pedro, por sua vez, tendo em conta a reflexão do juiz, analisou a influência deste princípio no direito português, que, após a Constituição de 1976, eliminou a discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. A autora mostra como o caso *Fabris* reforçou, assim, a necessidade de uma justiça sucessória equânime e como a análise do juiz Paulo Pinto de Albuquerque é crucial para sublinhar a importância da aplicação efetiva das normas de igualdade sucessória em toda a Europa.

O subcapítulo “O estatuto das crianças e jovens enquanto sujeitos (a maus-tratos)”, da autoria de Miguel Simões Correia, oferece uma análise crítica sobre a condição das crianças e jovens como sujeitos vulneráveis, com foco nos maus-tratos, e destaca a necessidade de uma proteção jurídica e social mais robusta. O autor examina o caso *D.M.D. c. Roménia*, que envolveu um jovem vítima de violências

perpetradas pelo pai, enfrentando desafios devido à resposta inadequada das autoridades romenas. O juiz Paulo Pinto de Albuquerque enfatizou a importância de um tratamento diferenciado para casos envolvendo crianças, devido à sua vulnerabilidade. Defendeu que a condição de menor de idade deveria ter desencadeado uma resposta excecional das autoridades e criticou a falta de proporcionalidade nas penas aplicadas, que considerou inadequadas frente à gravidade dos abusos cometidos. O juiz ressaltou a necessidade de o Estado adotar medidas mais rigorosas para proteger os direitos das crianças, aplicando sanções justas e eficazes contra os agressores. Em concordância com o juiz, e baseando-se na teoria da vulnerabilidade de Martha Fineman, Miguel Simões Correia identifica deficiências significativas na proteção jurídica das crianças, evidenciadas no caso romeno, mas que não se limitam a essa realidade.

O terceiro capítulo aprofunda o estudo da discriminação por idade. Ana Sofia Carvalho e Sofia B. Nunes, em “Discriminação positiva de idosos no âmbito das penas aplicáveis”, ao analisarem o caso *Khamtokhu e Aksenchik c. Rússia*, debatem a necessidade de se equilibrar justiça e dignidade, defendendo que a idade dos condenados seja considerada na aplicação de penas, em conformidade com uma orientação que respeite plenamente os direitos humanos dos idosos. O caso envolveu dois cidadãos russos que contestaram a aplicação da prisão perpétua, alegando discriminação baseada na idade e no gênero. A legislação russa prevê que mulheres, jovens menores de 18 anos e homens com 65 anos ou mais estão isentos de penas de prisão perpétua, enquanto homens entre 18 e 65 anos podem ser sujeitos a essa sanção, o que motivou a queixa dos condenados. O TEDH, ao analisar o caso, concordou majoritariamente com a posição russa, entendendo que a diferença de tratamento tinha por base princípios de justiça e humanidade, mas houve discordâncias significativas. O juiz Paulo Pinto de Albuquerque teve um papel destacado, sustentando que o caso deveria ter sido uma oportunidade para o TEDH abolir a prisão perpétua, que, na sua visão, não contribui para a reintegração social dos condenados e constitui um tratamento desumano e degradante. Além disso, argumentou que a legislação russa aplicava a discriminação positiva em casos de idade e gênero a partir de estereótipos que reforçavam preconceitos contra estes grupos. As autoras Ana Sofia Carvalho e Sofia Nunes, em linha com o juiz, discutem a complexidade de aplicar uma discriminação positiva que seja justa, ressaltando as dificuldades de definição objetiva de critérios, especialmente no contexto penal, e a necessidade de proteger os direitos fundamentais de todos os grupos sociais, incluindo os idosos, sem cair em generalizações que reforcem desigualdades ou estigmas.

No quarto capítulo, o foco recai sobre a discriminação contra pessoas com doenças mentais. O subcapítulo “Os culpados da prática de crimes graves não perdem a qualidade de seres humanos e como tal merecem proteção”, de Teresa Pizarro Beleza e Helena Pereira de Melo, analisa o caso *Murray c. Países Baixos*. Este caso envolve James Clifton Murray, condenado à prisão perpétua após cometer um homicídio, apesar de sofrer de uma perturbação mental significativa. As autoras formulam importantes questões sobre a resposta do sistema prisional e a proteção dos direitos de pessoas com doenças mentais durante o cumprimento de penas severas. O TEDH concluiu que a pena aplicada a Murray violava a Convenção Europeia dos

Direitos Humanos, uma vez que não havia perspectiva clara de revisão da pena ou de possibilidade de libertação, contrariando os princípios humanitários que orientam o Tribunal. As autoras demonstram como o juiz Paulo Pinto de Albuquerque desempenhou um papel fundamental nesse caso. Nas suas opiniões separadas, destacou a falha do Estado neerlandês em fornecer a Murray tratamento psiquiátrico adequado, prejudicando qualquer possibilidade de ressocialização. Para o juiz, o caso evidenciou a necessidade urgente de os Estados adotarem planos individualizados de execução de penas, com mecanismos objetivos e justos para revisão da sentença e para a consideração de liberdade condicional. Sublinhou que a dignidade humana deve ser um princípio norteador no tratamento dos condenados, independentemente da gravidade dos crimes, e que é imprescindível criar oportunidades concretas de reabilitação. Além disso, Paulo Pinto de Albuquerque criticou a ausência de critérios claros para a manutenção de penas perpétuas, condenando a lógica puramente retributiva, que, segundo ele, não deve subordinar a justiça ao desejo de vingança das vítimas, em detrimento da ressocialização dos condenados. Para ele, este caso representava uma oportunidade para o TEDH reafirmar a responsabilidade dos Estados de tratar todos os prisioneiros, inclusive aqueles com doenças mentais, de acordo com os padrões de direitos humanos. As autoras sublinham a necessidade de uma perspectiva humanitária e fundamentada nos direitos humanos no sistema penal, defendendo que até mesmo os responsáveis por crimes graves, como Murray, mantêm a sua qualidade de seres humanos e, portanto, têm direito a um tratamento que respeite a sua dignidade, oferecendo perspectivas reais de reintegração. Alinhadas com o posicionamento do juiz, as autoras reforçam a obrigação dos Estados de proporcionar condições adequadas que promovam a ressocialização e a reabilitação dos prisioneiros, mesmo nos casos mais complexos.

Camilla Rosso, por sua vez, em “O direito à saúde mental”, baseada neste estudo de Teresa Pizarro Beleza e Helena Pereira de Melo, amplia a discussão para outros casos do TEDH envolvendo saúde mental: o caso *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, e o caso *Kuttner c. Áustria*. Ao reconstruir a análise de Teresa Pizarro Beleza e Helena Pereira de Melo do caso *Murry c. Países Baixos*, Camilla Rosso sublinha a interpretação de Albuquerque sobre a importância de um tratamento digno e justo para presos com transtornos mentais. A sua visão foi determinante ao reforçar que a saúde mental não deve ser justificativa para discriminação, mas sim um aspeto que exige uma proteção especial por parte do sistema prisional. Também o caso *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, sobre o suicídio de um paciente internado voluntariamente num hospital psiquiátrico, contou com a visão crítica de Albuquerque. O juiz enfatizou que o Estado tinha um dever proativo de proteger vidas vulneráveis, reforçando que o “direito à vida” inclui medidas preventivas, especialmente em situações de risco reconhecido. Por fim, no caso *Kuttner c. Áustria*, envolvendo a demora na revisão judicial da detenção de uma pessoa com transtornos mentais, Albuquerque sublinhou que a proteção do direito à liberdade e segurança requer ações rápidas e efetivas. Ele defendeu que essas revisões judiciais devem ir além do formalismo, garantindo que os indivíduos não sejam submetidos a detenções arbitrárias ou desproporcionais. Camilla Rosso analisa como a atuação do juiz Paulo Pinto de Albuquerque nos três casos revela o seu compromisso com uma visão que

íntegra dignidade, proteção e justiça. Em linha com o juiz, a autora destaca que os Estados devem ir além da punição e garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados, especialmente para os mais vulneráveis, como pessoas com problemas de saúde mental.

O quinto capítulo concentra-se na discriminação contra migrantes. Anabela Costa Leão, em “Detenção, vulnerabilidade(s) e asilo”, analisa como a detenção, reconhecida como uma manifestação da soberania estatal, deve ser considerada como uma medida de “ultima ratio”, em consonância com as orientações de instâncias internacionais, como o Comité das Nações Unidas para os Refugiados. Dado que o controlo de fronteiras pode, por vezes, resultar em discriminação com base na nacionalidade, é imperativo que essa soberania seja exercida em respeito aos direitos fundamentais de todos os indivíduos, incluindo aqueles que não possuem nacionalidade. O caso *Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta* exemplifica a jurisprudência do TEDH no que tange à detenção de menores, ainda que a Convenção Europeia de Direitos Humanos não trate especificamente do direito de asilo. Anabela Leão salienta a urgência de considerar a detenção como uma séria interferência na liberdade individual, ressaltando a primazia dos direitos humanos em relação à mera gestão das fronteiras. A implementação da detenção deve ser submetida a uma avaliação rigorosa, levando em conta sempre as alternativas e evitando práticas discriminatórias. A atenção à vulnerabilidade dos indivíduos, conclui a autora em linha com o juiz, é crucial para garantir a proteção dos seus direitos fundamentais e promover uma autêntica igualdade substancial.

Diógenes Ivo Fernandes de Sousa Silva, no seu texto “O *non-refoulement* na perspetiva do TEDH”, analisa o julgamento do caso *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália*. Neste caso, o TEDH tratou de uma situação envolvendo migrantes da Somália e Eritreia, que foram intercetados pelas autoridades italianas no Mar Mediterrâneo e imediatamente deportados para a Líbia, sem a devida análise dos seus pedidos de asilo. O Tribunal considerou que essa ação violava o princípio de *non-refoulement*, estabelecido no artigo 33 da Convenção da ONU sobre Refugiados de 1951, que proíbe o retorno de indivíduos a locais onde a sua vida ou liberdade estejam ameaçadas. Diógenes Silva analisa particularmente o voto divergente do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, que destacou a responsabilidade da Itália de não apenas evitar a expulsão coletiva dos migrantes, mas também assegurar que eles tivessem acesso a um procedimento justo e individual para a avaliação do seu pedido de asilo. Albuquerque argumentou que a expulsão coletiva, sem análise adequada, equivalia a uma violação tanto do princípio de *non-refoulement* como da dignidade humana, conceitos centrais na proteção dos direitos dos refugiados. Como mostra Diógenes Silva, Albuquerque enfatizou que a obrigação do *non-refoulement* não se restringe a refugiados “de jure” (aqueles oficialmente reconhecidos), mas também se aplica a refugiados “de facto”, ou seja, aqueles que buscam proteção, mas que ainda não passaram por todo o processo burocrático de reconhecimento. Para Albuquerque, qualquer diferença de tratamento entre esses grupos criaria uma classe inferior de refugiados, o que seria incompatível com os princípios de direitos humanos. Diógenes Silva ressalta a importância de Albuquerque defender uma interpretação que transcende os interesses nacionais imediatos, priorizando a dignidade humana e a

proteção dos vulneráveis. O voto do juiz, segundo Diógenes Silva, foi uma manifestação de resistência contra práticas desumanizadoras, um marco na jurisprudência do TEDH e na interpretação do princípio de *non-refoulement*, reforçando a obrigação dos Estados de respeitarem os direitos dos indivíduos, mesmo em situações de pressão migratória intensa.

O sexto capítulo versa sobre discriminação racial e étnica. Jeovet Baca Virgínia, em “A realidade simbólica. Uma análise do voto do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić”, analisa o caso *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, em que discute o voto do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, que, acompanhado pelo juiz Vučinić, revela os desafios de aplicar o direito em situações pós-conflito. Baca Virgínia analisa como o voto de Paulo Pinto de Albuquerque questiona a retroatividade de leis penais mais severas, enfatizando a importância do princípio da *lex mitior*, ou seja, a aplicação de uma lei penal mais favorável ao réu, mesmo quando esta é promulgada após os crimes em questão. O juiz Albuquerque argumenta que aplicar leis mais severas retroativamente fere o princípio da segurança jurídica e dos direitos humanos, refletindo sobre a importância de uma justiça que respeite a dignidade humana, mesmo em julgamentos de crimes de guerra. Neste caso, os réus, Abduladhim Maktouf e Goran Damjanović, foram julgados com base no Código Penal de 2003, que aplicava penas mais rigorosas em comparação ao Código Penal de 1976, vigente na época dos crimes. Albuquerque defende que a aplicação de penas mais severas retroativamente não só violava a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, mas também contradizia os princípios éticos e morais que devem nortear a justiça. A análise de Jeovet Baca Virgínia reforça que o voto do juiz Albuquerque propõe uma reflexão mais profunda sobre a relação entre direito e moralidade. Ele destaca a necessidade de que os tribunais respeitem tanto as normas jurídicas quanto os princípios de equidade e justiça social, particularmente em sociedades que enfrentam divisões étnicas e religiosas acentuadas. Dessa forma, analisa Baca Virgínia, a postura de Albuquerque serve como um alerta para evitar a perpetuação de desigualdades e discriminações no contexto da aplicação da lei, promovendo, assim, uma justiça mais justa e equitativa para todos os grupos étnicos, especialmente em situações pós-conflito.

O sétimo capítulo investiga a discriminação política. J. Silva Lopes e Maria Manuela Magalhães Silva, em “Discriminação de um grupo político”, por meio de uma análise detalhada do caso *Vasiliauskas c. Lituânia*, examinam as implicações da aplicação retroativa de leis sobre genocídio contra membros da resistência lituana à ocupação soviética, destacando como a condenação de Vasiliauskas envolveu interpretações controversas do conceito de genocídio. A análise enfatiza a importância da liberdade de expressão e de associação na proteção contra a discriminação política, contextualizando a decisão do TEDH no cenário histórico da ocupação soviética. O TEDH, por maioria apertada, decidiu que a Lituânia violou o artigo 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos ao aplicar retroativamente conceitos expandidos de genocídio. O texto sublinha especialmente o papel dos votos dissidentes, entre os quais se destaca a contribuição do juiz Paulo Pinto de Albuquerque. O juiz argumenta contra a visão formalista da decisão majoritária, defendendo que os guerrilheiros lituanos representavam mais do que um grupo político, constituindo parte

significativa da identidade nacional lituana. Essa perspectiva sugere que a condenação de Vasiliauskas deveria considerar a repressão soviética como um ataque contra a nação lituana, equiparável aos crimes de genocídio reconhecidos historicamente. Os autores destacam que, na visão dos juízes dissidentes, incluindo Albuquerque, a decisão do TEDH perdeu a oportunidade de reconhecer a violência soviética como uma forma de genocídio, que visava suprimir grupos específicos particularmente representativos da identidade nacional lituana, como os intelectuais, os religiosos e os guerrilheiros. A crítica reforça a necessidade de uma interpretação que vá além da letra da lei, abrangendo as realidades históricas e sociais dos direitos humanos, enfatizando a função protetiva das liberdades fundamentais contra discriminações de cunho político.

A discriminação religiosa é tratada no oitavo capítulo. Catarina Filipa Ribeiro Serra, em “Entre o ‘duplo vínculo’ e a igualdade: discriminação de minorias religiosas”, analisa o caso *Krupko e Outros c. Rússia*. Este caso versa sobre a perseguição das Testemunhas de Jeová na Rússia, que enfrentam restrições às suas manifestações de fé devido a normas que, na prática, discriminam minorias religiosas. Catarina Serra adota conceitos de Balibar, como “diferença antropológica”, “igualdade” e “duplo vínculo”, para estruturar a sua análise. “Diferença antropológica” refere-se às características pessoais que são usadas pelo Estado para justificar restrições. A legislação russa compreende as Testemunhas de Jeová como pessoas “diferentes” e, assim, alvo de discriminação, reforçando desigualdades já naturalizadas. “Igualdade” é apresentado por Catarina Serra como um conceito ideal que une liberdade e igualdade. Catarina Serra critica a Rússia por não alcançar essa idealidade, já que a liberdade de manifestação religiosa não é garantida de forma igualitária para todas as crenças. O conceito de “duplo vínculo” refere-se à situação paradoxal enfrentada pelas minorias religiosas, forçadas a escolher entre praticar a sua fé ou evitar a repressão. Para Catarina Serra, essa escolha imposta pelo Estado resulta em discriminação velada e perpetua a desigualdade. No caso analisado, o voto do juiz Paulo Pinto de Albuquerque é crucial. Embora concorde com a decisão do TEDH, ressalta que o Tribunal deveria ter exigido reformas na legislação russa, que cria o que Catarina Serra chama de um “duplo vínculo” para as minorias religiosas. Albuquerque destaca a importância de uma margem de apreciação reduzida para os Estados em questões de liberdade religiosa, garantindo proteção igualitária tanto para maiorias como para minorias. Catarina Serra mostra, assim, que o caso *Krupko* exemplifica o uso de leis estatais para discriminar e limitar a liberdade religiosa de minorias, revelando a falácia da proclamada igualdade. Utilizando a teoria de Balibar, e em linha com a posição de Albuquerque, sugere que a verdadeira igualdade só será alcançada quando todos os credos puderem ser livremente manifestados sem interferência estatal discriminatória. A autora defende que o Estado deve proteger a diversidade religiosa, combatendo práticas que reforcem diferenças e oprimam minorias, garantindo a “igualdade” de forma concreta e não apenas retórica.

O nono capítulo examina a discriminação socioeconómica enfrentada por pessoas em situação de pobreza. Em “Um caso de discriminação múltipla e institucional... por pobreza”, Fernando Rey Martínez, ao analisar o caso *Soares de Melo c. Portugal*, discute as dificuldades enfrentadas por pessoas em situação de pobreza ao

terem os seus direitos fundamentais violados. Argumenta que a pobreza extrema da recorrente, a Sra. Soares de Melo, uma mulher cabo-verdiana residente em Portugal, foi um elemento determinante para a decisão desfavorável das autoridades portuguesas, que retiraram sete dos seus dez filhos, proibindo o contacto com eles e incentivando uma operação de esterilização como condição para a assistência social. O autor mostra como a contribuição do juiz Albuquerque é central neste caso. Albuquerque adotou uma abordagem crítica e protetiva, enfatizando a necessidade de considerar a vulnerabilidade socioeconómica da Sra. Soares de Melo e as falhas do Estado em fornecer suporte adequado antes de tomar medidas drásticas, como a separação familiar. O juiz destacou a importância de aplicar medidas proporcionais que respeitassem os direitos à vida privada e familiar, como estipulado pelo artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e a necessidade de uma intervenção estatal que tivesse levado em conta a situação precária da requerente antes de se recorrer à adoção. A decisão final do Tribunal de Estrasburgo, que contou com o parecer de Albuquerque, condenou o Estado português por violar o direito da Sra. Soares de Melo à vida familiar. Albuquerque, observa Martínez, contribuiu para sublinhar que as autoridades deveriam ter oferecido apoio financeiro e social concreto, permitindo que a mãe mantivesse a guarda dos seus filhos, em vez de escolher uma solução que aprofundasse a discriminação de género múltipla, sistémica e institucional.

O décimo capítulo examina a discriminação no ambiente laboral. Ana Cansado, em “A jurisprudência do TEDH como meio de desocultar a exploração do trabalho das mulheres e a relação entre o trabalho forçado e o tráfico de seres humanos”, analisa o caso *J. e Outros c. Áustria*. Neste caso, as requerentes, mulheres filipinas, denunciaram a exploração laboral e o tráfico de seres humanos para fins de trabalho forçado, incluindo episódios ocorridos na Áustria. O TEDH concluiu que as autoridades austríacas cumpriram o seu dever de proteção, não havendo violação dos artigos 3.º e 4.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que protegem contra tratamento desumano e trabalho forçado. Contudo, Ana Cansado observa como o voto do juiz Paulo Pinto de Albuquerque acrescenta uma visão crítica sobre as deficiências da decisão, por insistir na necessidade de maior rigor na definição dos elementos constitutivos do crime de tráfico humano e de uma análise aprofundada das responsabilidades internas da Áustria. O juiz considera como as autoridades austríacas poderiam ter aproveitado mecanismos internacionais, como a Europol, para intensificar as investigações sobre os empregadores, mesmo que fora do território austríaco. Albuquerque salienta, assim, a tensão entre a efetividade da proteção às vítimas, que foi assegurada, e a falta de punição dos responsáveis pelo tráfico, sublinhando uma fragilidade no sistema jurídico austríaco. Nesta mesma linha, Ana Cansado mostra a necessidade de reformas que garantam uma resposta mais abrangente e eficaz às complexas questões do tráfico humano e da exploração laboral, assinalando o papel crucial da posição de Albuquerque no avanço da proteção dos direitos dos trabalhadores vulneráveis.

Sofia Torres Pereira, em “A vulnerabilidade inerente à parentalidade e a insuficiente construção de resiliência pelo TEDH em matéria de licença parental”, analisa a decisão do TEDH no caso *Konstantin Markin c. Rússia*. A sua reflexão baseia-se

na teoria da vulnerabilidade de Martha Fineman, que entende a vulnerabilidade como uma condição humana inerente, requerendo uma resposta ativa do Estado para fomentar a resiliência. Neste contexto, o TEDH é visto como uma instituição fundamental para corrigir desigualdades estruturais. O caso específico de Markin, um militar russo impedido de gozar licença parental extensa devido ao seu gênero, exemplifica a importância da atuação do Tribunal na proteção dos direitos humanos, indo além da mera igualdade formal para abraçar uma dimensão substantiva. Sofia Pereira destaca a relevância da opinião separada do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, cuja leitura mais ampla e inclusiva da Convenção Europeia dos Direitos Humanos marca uma tentativa notável de expansão dos direitos sociais no âmbito do TEDH. Albuquerque argumenta que o artigo 8.º da Convenção, referente à vida privada e familiar, deve ser lido como incluindo o direito à licença parental, obrigando os Estados a criar mecanismos adequados para proteger este direito, tanto para homens como para mulheres. Esta interpretação corrobora a ideia de um Estado responsivo, defendida por Fineman, que deve providenciar as condições necessárias para atenuar a vulnerabilidade dos indivíduos. Sofia Pereira mostra como Albuquerque, com um enfoque notável nos direitos sociais, defende que a licença parental é fundamental para a resiliência não apenas dos pais, mas também das crianças, ligando-se diretamente às necessidades de igualdade de gênero e à luta contra os estereótipos que perpetuam desigualdades. A sua posição ilustra uma visão da Convenção Europeia dos Direitos Humanos que seja capaz de se adaptar a novas realidades sociais, conferindo-lhe um papel inovador na promoção de uma igualdade substantiva. Ao mesmo tempo, analisa Sofia Pereira, o juiz alerta para os perigos da discriminação indireta, evidenciando que a legislação russa não apenas desrespeitava a igualdade de gênero, mas também reforçava papéis de gênero tradicionais, limitando a participação igualitária dos homens na vida familiar.

João Zenha Martins, em “O direito à privacidade não desaparece no local de trabalho”, analisa o caso *Bărbulescu c. Romênia*, uma decisão significativa do TEDH que sublinha a tensão entre as prerrogativas do empregador e a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, especialmente o direito à privacidade. Este caso envolveu a monitorização das comunicações de um trabalhador por parte do empregador, suscitando um debate sobre os limites da vigilância no contexto laboral. João Zenha Martins argumenta que a decisão do Tribunal reforça a necessidade de uma visão que equilibre os interesses legítimos das organizações com a dignidade e os direitos dos trabalhadores, destacando a importância de uma transparência nas práticas de monitorização e da implementação de políticas que respeitem a privacidade dos indivíduos no ambiente de trabalho. O autor salienta que o direito à privacidade, enquanto componente essencial da dignidade humana, não deve ser suprimido pelo simples facto de o trabalhador se encontrar num contexto profissional. De particular relevo na análise de Martins é o contributo do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, que destacou que, apesar das necessidades de segurança e de eficiência invocadas pelas empresas, a dignidade do trabalhador deve ser preservada como um pilar fundamental das relações laborais e um direito inalienável. A partir deste caso, e em linha com o juiz, João Zenha Martins propõe uma reflexão mais ampla sobre a necessidade de desenvolver e aplicar políticas organizacionais inclusivas,

desenhadas para proteger não só a privacidade dos trabalhadores, mas também para promover um ambiente de trabalho que acolha a pluralidade e contribua para a eliminação das desigualdades estruturais.

No capítulo onze, a obra examina a discriminação no acesso aos cuidados de saúde públicos. Eduardo A. S. Figueiredo, em “Entre ‘promessas falhadas’ e a urgência de uma abordagem *pro persona* do direito à saúde pelo TEDH”, analisa o caso emblemático *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*. Figueiredo argumenta que, embora o direito à saúde não esteja explicitamente consagrado na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a jurisprudência do TEDH tem procurado circunscrevê-lo à luz de outros direitos, como o direito à vida e à integridade física. O caso analisado, que envolveu a morte de António Fernandes devido a uma série de alegadas falhas no sistema de saúde público português, ilustra precisamente as complexidades de garantir esse direito. A decisão do TEDH, que absolveu o Estado português de responsabilidade substantiva, limitando-se a reconhecer a violação processual, foi considerada por Albuquerque como uma oportunidade perdida para aprofundar a tutela do direito à saúde, especialmente em contextos de vulnerabilidade. No seu voto vencido, o juiz destacou a importância de uma abordagem *pro persona*, ou seja, centrada no indivíduo, que leve em consideração não apenas as deficiências do sistema, mas também a dignidade e o sofrimento pessoal dos afetados. Para o juiz, o Tribunal deveria ter reconhecido a existência de uma falha sistémica no caso concreto, o que, a seu ver, configuraria uma violação do artigo 2.º da Convenção Europeia, que consagra o direito à vida. Eduardo Figueiredo procede, assim, a uma análise crítica do conservadorismo judicial do TEDH, em contraste com a visão progressista de Albuquerque, que defendeu uma interpretação mais inclusiva e efetiva dos direitos fundamentais à saúde. O autor enfatiza a urgência de um compromisso europeu mais robusto com a proteção da saúde, que transcenda a mera formalidade processual e trate a questão de maneira substancial e integrada, assegurando que nenhum indivíduo seja excluído do acesso igualitário e justo aos cuidados médicos públicos. A crítica é tecida em torno da necessidade de não se contentar com “promessas falhadas”, mas de avançar para uma efetiva realização dos direitos, que honre a dignidade humana e responda às exigências contemporâneas de justiça social e igualdade no campo da saúde.

Luísa Neto, em “A aparente inexistência de *ratio decidendi* na discriminação dos migrantes em fase terminal da vida no acesso a cuidados médicos no país de acolhimento”, analisa o caso *S. J. c. Bélgica*. A autora revela as complexidades associadas à proteção dos direitos de migrantes gravemente doentes. No centro da análise está a decisão do TEDH de aceitar um acordo amigável entre as partes, sem apreciar o mérito da questão em disputa, ou seja, a eventual discriminação sofrida pela requerente, S. J., no acesso a cuidados médicos adequados. A falta de uma justificação jurídica clara – a chamada *ratio decidendi* – no tratamento deste caso evidencia, segundo Neto, um distanciamento dos tribunais face à substância dos direitos humanos fundamentais dos migrantes. Neste contexto, a contribuição do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, por meio do seu voto dissidente, é particularmente significativa. Albuquerque critica a ausência de uma perspetiva mais humanista e centrada na proteção de direitos fundamentais. Para Albuquerque, o TEDH teria falhado ao não

considerar plenamente as obrigações positivas dos Estados no que toca à proteção dos mais vulneráveis, especialmente migrantes gravemente doentes, ao abrigo do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que proíbe tratamentos desumanos e degradantes. Luísa Neto sublinha que o conceito de vulnerabilidade, hoje reconhecido como princípio basilar na bioética e no biodireito, deve conduzir a uma proteção diferenciada e acrescida. Neste sentido, defende que a proteção dos direitos dos migrantes, especialmente em situações de vulnerabilidade extrema, não deve ser vista como um mero exercício de discricionariedade política, mas como um dever jurídico inalienável dos Estados. A proposta é, assim, a de repensar o papel dos tribunais e das normas jurídicas na defesa de uma saúde universal e equitativa, que não se restrinja a questões nacionais.

O capítulo doze debruça-se sobre os impactos discriminatórios das novas tecnologias no campo dos direitos humanos. Sílvia da Graça Amaral Gomes Ricardo Pinto, em “Direitos humanos na era do capitalismo de vigilância. O fim do direito à privacidade?”, analisa o caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*. Sílvia Pinto ancora-se na crítica de Shoshana Zuboff à infraestrutura estatal do “capitalismo de vigilância,” conceito que caracteriza a assimetria entre o conhecimento detido pelo Estado e a invisibilização das suas práticas, para analisar a importância da opinião dissidente do juiz Paulo Pinto de Albuquerque. Esta opinião, observa Sílvia Pinto, destaca-se por salientar a falta de “law quality” ou densidade normativa necessária para proteger os direitos fundamentais no contexto das práticas de vigilância em massa. Albuquerque adverte que a abstração do conceito de segurança nacional que, no pós-11 de setembro, passou a justificar restrições severas e crescentes às liberdades individuais, pode conduzir a abusos, ao facilitar uma aplicação arbitrária e desproporcional das interceções de comunicações, que colocam em risco o Estado de Direito. Sílvia Pinto analisa que a crítica de Albuquerque mostra como a jurisprudência do TEDH deve agir como um contrapeso crucial na salvaguarda dos direitos fundamentais, assegurando a conformidade dos procedimentos de vigilância com os princípios de necessidade, adequação e proporcionalidade.

Este mesmo caso é também estudado por Tayrone Marquesini Chiavone em “Riscos à privacidade *versus* riscos à segurança pública, um dilema a ser superado na sociedade de risco (digital). Comentários ao voto parcialmente dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque”. O autor analisa o dilema contemporâneo entre a privacidade individual e a segurança pública no contexto de uma sociedade de risco digital – e aqui o autor acrescenta ao conceito de “sociedade de risco” do sociólogo alemão Ulrich Beck o adjetivo “digital”, para caracterizar esta forma específica de risco contemporâneo. Chiavone identifica a vigilância em massa como um ponto de inflexão, e que na era da Quarta Revolução Industrial a expansão da segurança pública frequentemente entra em profunda tensão com o direito fundamental à privacidade. Com o conceito de “sociedade de risco digital”, o autor destaca o risco de vigilância indiscriminada em função da prevalência de dispositivos digitais que monitoram constantemente a vida cotidiana. A “risquificação” da privacidade resulta numa mudança regulatória: a proteção de dados pessoais, tradicionalmente baseada na autodeterminação informativa, agora se orienta pela gestão de riscos. Os direitos à privacidade enfrentam ameaças provenientes tanto da segurança nacional quanto

do avanço tecnológico. O juiz Paulo Pinto de Albuquerque desempenha um papel fundamental nessa análise ao oferecer uma perspectiva jurídica crítica e informada sobre o regime de vigilância, argumentando que uma visão ampla da “utilidade” pode transformar os Estados europeus num “Big Brother” digital e destacando a importância de salvaguardas rigorosas. A decisão do TEDH, observa Chiavone, favorece a segurança pública com prejuízo da privacidade, refletindo mais uma escolha política que técnica. Este “trade-off” apoia-se na percepção social de risco, em que ameaças à segurança pública são visíveis e alarmantes, enquanto os riscos à privacidade são invisíveis e frequentemente subestimados. Albuquerque, segundo Chiavone, assume uma posição crucial para enfrentar as dinâmicas da sociedade de risco digital, advertindo contra a normalização da vigilância em massa e a erosão dos direitos fundamentais na Europa.

No capítulo treze, dedicado à discriminação no acesso à justiça, Maria de Assunção do Vale Pereira, em “Mais uma vez, a busca judicial de contornar a interpretação do art. 103.º da Carta das Nações Unidas e seus efeitos”, analisa o caso *Al-Dulimi e Montana Management c. Suíça*. O caso emerge a partir da inclusão de Khalaf Al-Dulimi e da sua empresa nas listas de sanções do Conselho de Segurança da ONU, com o consequente congelamento dos seus bens, medida adotada pela Suíça em cumprimento das resoluções 1483 (2003) e 1730 (2006) do Conselho de Segurança. O TEDH, numa visão crítica, conclui que houve ausência de revisão judicial independente e eficaz dos atos de sanção. O juiz Paulo Pinto de Albuquerque exerce um papel crucial ao elaborar uma opinião concordante que desafia a fundamentação majoritária do Tribunal. Albuquerque não apenas sustenta que houve violação do direito de acesso a um tribunal, mas também considera a Resolução 1483 incoerente com a lógica de direitos humanos da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ele advoga que o direito de acesso a um tribunal tem características de *jus cogens*, argumentando que essa norma internacional imperativa deveria se sobrepôr às obrigações de combate ao terrorismo resultantes da Carta da ONU, uma posição inovadora que reforça a ideia de que os direitos humanos ocupam uma posição privilegiada no direito europeu. Assunção Pereira observa que a análise de Albuquerque busca harmonizar a segurança internacional com a justiça individual, propondo a necessidade de revisão dos mecanismos de sanção para garantir uma proteção mais robusta aos direitos fundamentais, defendendo, inclusive, um papel mais assertivo do TEDH na proteção da dignidade e dos direitos humanos.

Por fim, no capítulo quatorze, o foco recai sobre a discriminação enfrentada por grupos profissionais. Catherine Maia e Rafaela Mendel, em “Impossibilidade de um advogado se defender a si próprio em processo penal, na perspectiva da discriminação de grupos profissionais”, examinam o emblemático caso *Correia de Matos c. Portugal*. Neste caso, Carlos Correia de Matos, advogado, foi impedido pelos tribunais portugueses de se defender a si próprio contra uma acusação de injúria agravada a um juiz. O TEDH, por uma decisão estreita de nove votos contra oito, decidiu pela inexistência de violação ao direito de defesa, interpretando que o direito à autorrepresentação pode ser restringido em benefício de uma defesa “clara e desapaixonada”, especialmente em casos em que a assistência profissional é considerada essencial para a justiça. O direito a um processo equitativo e o princípio

de subsidiariedade, segundo o qual os Estados detêm alguma liberdade para definir a condução dos processos judiciais, molda a decisão do Tribunal. No entanto, as autoras destacam as limitações desta liberdade e defendem que tais restrições devem ser sempre justificadas com motivos sólidos. Assim, o TEDH justificou que os tribunais portugueses decidiram corretamente ao impor um defensor, acreditando que a defesa de um advogado é mais eficaz do que a autodefesa, mesmo quando o réu é um profissional do direito. Contudo, na sua opinião dissidente, o juiz Paulo Pinto de Albuquerque critica a decisão da maioria, alegando que ela não reconheceu a discriminação sofrida por Correia de Matos como advogado. Albuquerque argumenta que, num panorama europeu no qual a maioria dos Estados permite a autodefesa em processos penais, esta proibição é uma anomalia. Implica ainda uma forma de discriminação contra advogados, que, ironicamente, são privados de exercer o seu próprio direito à defesa em igualdade de condições com outros cidadãos. O juiz Albuquerque realça a importância da autorrepresentação como expressão de autonomia do indivíduo, sustentando que, num contexto mais amplo, a defesa pessoal é inerente ao papel do réu como sujeito do processo e não apenas como objeto de julgamento. Em acordo com o juiz, as autoras sublinham a necessidade de o TEDH reavaliar o uso da margem de apreciação dos Estados, evitando que o direito a um julgamento justo seja limitado de modo a prejudicar a proteção dos direitos humanos fundamentais.

Ao promover uma análise crítica da jurisprudência antidiscriminatória elaborada pelo juiz Paulo Pinto de Albuquerque, esta obra constitui uma contribuição abrangente ao estudo das múltiplas dimensões da discriminação, exploradas a partir de diferentes perspetivas jurídicas, sociais e éticas. Assim, este livro oferece valiosos subsídios a estudiosos, operadores do direito e defensores dos direitos humanos, ampliando o entendimento sobre a aplicação e interpretação dos princípios antidiscriminatórios em variados contextos e contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e equânime.

Gostaria de expressar o meu profundo agradecimento a todas as pessoas cuja colaboração foi indispensável para a concretização desta obra e, em particular, aos investigadores do NOVA BrAIn (CEDIS – Centro de Investigação em Direito e Sociedade da NOVA School of Law), à Doutora Anabela Leão e aos demais membros da linha de investigação «Novos Direitos e Novos Objetos para o Direito» do CIJ (Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça, Faculdade de Direito da Universidade do Porto), bem como à Doutora Maria Manuela Magalhães Silva e aos demais investigadores do IJP (Instituto Jurídico Portucalense, da Universidade Portucalense), pelo valioso apoio prestado. Por fim, expresso um reconhecimento especial à Doutora Anabela Antunes e à Arquiteta Margarida Appleton, da UCP Editora, pelo seu inestimável contributo para a publicação desta obra.

*Soraya Nour Sckell**

* Professora catedrática na NOVA School of Law e Diretora do CEDIS.

CAPÍTULO I
DISCRIMINAÇÃO DE MULHERES

Mocanu e Outros c. Roménia

Valiulienė c. Lituânia

Mocanu e Outros c. Roménia

Imprescritibilidade em casos de violações graves de direitos humanos
e igualdade de gênero

CARLA OSMO*

FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL**

1. A decisão

O caso *Mocanu e Outros c. Roménia*, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em 17 de setembro de 2014, tinha por objeto violações de direitos humanos sofridas pela senhora Anca Mocanu e pelo senhor Marin Stoica na busca de respostas pela execução do marido da primeira e pela tortura do segundo, ocorridas em 13 e 14 de junho de 1990, no contexto da repressão violenta do Estado a manifestações durante a transição política pela qual a Roménia passava. Tendo em vista que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos entrou em vigor para a Roménia em 20 de junho de 1994, o objeto da apreciação do Tribunal não foram a execução extrajudicial e a tortura, que haviam acontecido antes disso, mas a ausência de respostas efetivas do Estado da Roménia, que perdurava depois de 1994. O caso tratou também de violações de direitos da Associação «21 December 1989», que, no contexto dos eventos de junho de 1990, foi invadida e teve membros agredidos e bens e documentos destruídos ou apreendidos.

Os eventos que originaram o processo internacional tiveram grandes proporções e foram marcantes na história da Roménia. O governo havia organizado a ação envolvendo forças de segurança do Estado e forças civis para dispersar violentamente manifestantes que ocupavam a University Square, em Bucareste, local que vinha sendo palco de manifestações desde o ano anterior. Essa ação deixou mais de mil vítimas. O senhor Mocanu foi atingido por um tiro disparado a partir da sede do Ministério do Interior e o senhor Marin Stoica foi preso com centenas de outras pessoas e sofreu tortura.

A investigação desses crimes, porém, não produziu resultados efetivos. O homicídio do Sr. Mocanu gerou um processo criminal, aberto em 1990, do qual a Sra. Mocanu e os seus dois filhos passaram a participar como partes civis, mas esse processo ainda estava pendente de resolução mais de vinte anos depois. Já no

* Professora de direitos humanos no departamento de direito da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da Unifesp.

** Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP) e coordenadora do Núcleo Gênero e Direito da mesma instituição. Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

caso do Sr. Stoica, a acusação pelos maus tratos que sofreu quando da sua prisão foi considerada prescrita por uma decisão judicial nacional.

O Tribunal Europeu decidiu que o Estado da Roménia violou os artigos 2.º e 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos nos seus aspetos processuais, por ter deixado de conduzir uma investigação efetiva capaz de levar à identificação, julgamento e punição das pessoas responsáveis pela morte do Sr. Mocanu e pela tortura do Sr. Stoica. Sobre a aplicação da prescrição, o Tribunal Europeu fez referência a julgamentos seus em casos anteriores, nos quais havia afirmado que em casos de tortura processos criminais não podem ser extintos por prescrição e amnistias não devem ser toleradas, e afirmou que a aplicação de prazos prescricionais pelos Estados deve dar-se de forma compatível com os termos da Convenção¹. No caso específico, decidiu o Tribunal, «the procedural obligations arising under Articles 2 and 3 of the Convention can hardly be considered to have been met where an investigation is terminated, as in the present case, through statutory limitation of criminal liability resulting from the authorities' inactivity»². O Tribunal decidiu ainda que o Estado da Roménia violou o artigo 6.º, § 1, da Convenção Europeia em razão da longa duração do processo criminal ao qual a Associação «21 December 1989» aderiu como parte civil para demandar reparação pelos danos sofridos por ela no contexto dos eventos de junho de 1990.

O Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE apresentou um voto em separado (acompanhado pelo Juiz VUČINIĆ), no qual concordou com a decisão do Tribunal Europeu, mas dedicou-se a elaborar mais a questão da impossibilidade de se aplicar a prescrição no caso em questão, ponto em relação ao qual, na sua visão, a decisão do Tribunal havia sido de alguma forma tímida (*somewhat timid*). De acordo com o seu voto, é importante que o direito penal preveja prazos de prescrição proporcionais à gravidade da ofensa, em atenção aos princípios da segurança jurídica, do julgamento justo e da ressocialização das pessoas acusadas. No entanto, construiu-se recentemente um amplo consenso no sentido de que os crimes contra a humanidade devem ser punidos, independentemente de limites temporais. Ainda de acordo com o seu voto, o princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade gera aos Estados duas obrigações: de cooperar com os tribunais internacionais na persecução desses crimes e de remover do seu sistema jurídico quaisquer normas incompatíveis com ele.

PINTO DE ALBUQUERQUE, avançando em relação à análise feita na decisão colegiada do Tribunal, afirma ser possível concluir a partir do direito internacional que as violações praticadas no contexto da repressão às manifestações entre 13 e 15 de junho 1990 na Roménia caracterizam crime contra a humanidade, pois «[t]he element of mass murder, torture, persecution and inhumane acts against civilian victims is present in the case at hand»³. O Sr. Stoica sofreu danos graves em decorrência da tortura, evidenciados em laudos médicos, perdendo inclusive a sua capacidade de trabalho. Além disso, as violações sofridas pelo Sr. Stoica não foram

¹ *Mocanu and Others v. Romania*, n.ºs 10865/09, 45886/07 e 32431/08, 17 de setembro de 2014, § 326.

² *Ibidem*, § 346.

³ *Ibidem*, § 10.

um incidente isolado, ao contrário, deram-se dentro de um padrão de violações numa repressão organizada pelo Estado que atingiu mais de mil vítimas. A mesma conclusão se aplica à execução do Sr. Mocanu e às violações sofridas pela Associação «21 December 1989»: «The element of a widespread and systematic repressive State policy is clearly present in the case under review.»⁴

Assim, tratando-se de crime contra a humanidade, o Estado romeno tem a obrigação de levar à justiça as pessoas responsáveis pelo ataque massivo e sistemático contra a população civil. Além disso, de maneira a implementar a decisão do Tribunal Europeu, tendo em vista o número de vítimas dessa política massiva e sistemática de repressão ocorrida durante a sua transição política, a Roménia deve estabelecer um mecanismo oficial efetivo para compensar os danos sofridos por elas⁵.

O voto em separado apresentado pelo Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE neste caso coloca em evidência, portanto, a importância da imprescritibilidade em casos de violações graves – incluindo crimes de tortura – para a garantia dos direitos humanos.

É sobre o papel fundamental da imprescritibilidade que versará este breve comentário, cujo objetivo é explorar a sua importância para além da prescrição criminal, abarcando também a prescrição relativa ao dever do Estado de reparar vítimas de graves violações de direitos humanos, não apenas em períodos de transição política ou de conflitos armados, mas também em contextos de democracia e tempos considerados de paz.

Especificamente, exploraremos, a partir do voto do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, a desigualdade de género frequentemente subjacente às ações de responsabilização por violência do Estado, de modo a explicitar a relevância da imprescritibilidade para a construção de um direito internacional antidiscriminatório.

Em outras palavras, queremos aqui honrar o voto do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, desenvolvendo aspetos da sua posição sobre imprescritibilidade os quais, ainda que não enunciados expressamente podem ser considerados implicações da sua posição.

2. Prescrição no direito internacional

A ideia de que a regra da prescrição deve ser afastada na esfera penal em casos de grande gravidade começou a ser reconhecida internacionalmente no pós-Segunda Guerra Mundial, diante dos crimes do nazismo. Em 1968, foi adotada no âmbito da ONU a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade e, em 1974, foi adotada no âmbito do Conselho da Europa a Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Mais tarde, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, estabeleceu que os crimes da sua competência não prescrevem (artigo 29.º). Sobretudo desde a década de 1990, a imprescritibilidade criminal

⁴ *Ibidem*, § 12.

⁵ *Ibidem*, § 17.

passou a ser afirmada por órgãos regionais de direitos humanos e em documentos internacionais não vinculantes também para casos de infrações graves como desaparecimentos forçados, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias, e tortura. Entre as justificativas apresentadas em favor da imprescritibilidade em se tratar de crimes internacionais estão os factos de que, nesses casos, o decurso do tempo por vezes é necessário para que os processos de responsabilização se tornem possíveis, inclusive para que se consiga reconstruir o que se passou, bem como de que neles a gravidade dos eventos não permite um esquecimento com a passagem do tempo⁶.

Como destacam ABDELGAWAD e MARTIN-CHENUT⁷, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) teve um papel importante e influente perante os outros sistemas de proteção de direitos humanos no reconhecimento da imprescritibilidade dessas diferentes infrações graves. Embora os textos normativos interamericanos de caráter geral – a Declaração e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – não contenham disposição explícita sobre essa questão, a Corte IDH gradualmente afirmou, a partir de casos referentes a práticas de regimes autoritários latino-americanos, que disposições legais sobre amnistia e prescrição não podem impedir investigações e processos criminais sobre violações graves de direitos humanos.

Essa construção jurisprudencial da Corte teve início nas suas primeiras decisões de mérito, em 1988, quando afirmou que o artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)⁸ gera aos Estados a obrigação de investigar de ofício e punir as violações de direitos humanos. Mais tarde, a Corte IDH passou a interpretar conjuntamente essa disposição e os artigos 8.º e 25.º da CADH, os quais tratam, respetivamente, do direito a «garantias judiciais», interpretadas como correspondentes ao direito a um processo justo, ou ao devido processo legal, e do direito à «proteção judicial», também chamado de direito a um recurso efetivo ou de direito de acesso à justiça. Da interpretação conjunta dessas três disposições, a Corte IDH passou a inferir um direito humano à verdade, correspondente ao dever estatal de investigar de forma efetiva e em tempo razoável as violações de direitos humanos, bem como um direito, a ele relacionado, de que os autores dessas violações sejam processados e, se for o caso, condenados e punidos⁹. Igualmente,

⁶ ELIZABETH ABDELGAWAD e KATHIA MARTIN-CHENUT, 2007, «La prescription en droit international: vers une imprescriptibilité de certaines crimes?», in Hélène Ruiz Fabri, Elisabeth Lambert-Abdelgawad, Gabriele Della Morte, Kathia Martin-Chenut (org.), *La clémence saisie par le droit. Amnistie, grâce, prescription en droit international et comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, Coll. de l'UMR de droit comparé, vol. 14, pp. 101-161.

⁷ *Ibidem*, pp. 128-129.

⁸ «Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.»

⁹ CARLA OSMO, 2014, *Direito à Verdade: Origens da Conceituação e suas Condições Teóricas de Possibilidade com Base em Reflexões de Hannah Arendt*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

foi a interpretação conjunta dessas três disposições que deu base para a Corte IDH decidir, a partir do caso *Barrios Altos c. Perú*¹⁰, que as leis de amnistia e a aplicação de prazos prescricionais que impeçam processos criminais referentes a graves violações de direitos humanos contrariam a CADH¹¹.

Esse entendimento foi reiterado pela Corte IDH em diversos casos posteriores, sempre referentes ao conjunto de violações por ela consideradas como graves. Em algumas das suas sentenças, a partir do caso *Almonacid Arellano c. Chile*¹², a Corte IDH passou a utilizar também na sua fundamentação, para justificar a impossibilidade de amnistia e de prescrição, uma remissão ao direito internacional penal¹³. Nesses casos, além de qualificar uma prática como uma violação grave de direitos humanos, a Corte IDH afirmou que ela caracteriza crime contra a humanidade, da mesma maneira que fez PINTO DE ALBUQUERQUE no seu voto em separado no caso *Mocanu e Outros c. Roménia*, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

A conclusão de que uma violação de direitos humanos caracteriza igualmente um crime contra a humanidade depende da apreciação sobre a presença dos elementos que compõem o conceito deste último. Nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, para configurar um crime contra a humanidade, o delito em questão deve ter ocorrido «no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil» (art. 7.º). A Corte IDH diversas vezes decidiu que um Estado praticou violação grave considerando a natureza da violação – em especial desaparecimento forçado, tortura, execução extrajudicial – sem apreciar se essa violação se deu ou não no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. De facto, estritamente, a Corte IDH tem competência para decidir sobre violações de direitos humanos praticadas por Estados e não para condenar indivíduos por crime internacional, de maneira que não é necessário que ela se pronuncie nos seus julgados sobre a ocorrência de um crime contra a humanidade.

Assim, embora a avaliação de que ocorreu um crime contra a humanidade pareça ser um elemento adicional a reforçar a sua conclusão, o entendimento sobre ter ocorrido uma violação grave foi considerado nos seus julgados suficiente para afastar a amnistia e a prescrição. Para ilustrar com casos sobre o Brasil referentes a violações graves de direitos humanos praticadas na ditadura, tanto no caso *Gomes*

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH), *Barrios Altos c. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

¹¹ Observa MARTIN-CHENUT (KATHIA MARTIN-CHENUT, 2007, «Amnistie, prescription, grâce: la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité», RSC, Chronique internationale, Droits de l'homme, n.º 3, p. 634) que, mesmo que esse caso dissesse respeito a leis de amnistia, a Corte IDH considerou na sua sentença as prescrições igualmente inadmissíveis, adotando uma abordagem comum com referência a essas duas medidas (KATHIA MARTIN-CHENUT, 2007, p. 634).

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH), *Almonacid Arellano y Otros c. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

¹³ KATHIA MARTIN-CHENUT, «Amnistie, prescription, grâce ...», cit., pp. 637-638.

*Lund (Guerrilha do Araguaia)*¹⁴ quanto no caso *Vladimir Herzog*¹⁵, a Corte IDH afirmou que a aplicação da Lei de Amnistia e da prescrição de maneira a impedir processos criminais contraria a CADH, mas apenas no segundo caso ela apreciou se a violação caracteriza igualmente crime contra a humanidade, decidindo positivamente. De qualquer maneira, a condenação das amnistias e da prescrição feita pela Corte IDH não é geral, restringindo-se aos casos de violações consideradas graves.

Se a grande parte dos julgados da Corte IDH que tratam de imprescritibilidade têm como foco a investigação de crimes e os processos criminais, no caso *Órdenes c. Chile*¹⁶, a Corte IDH debruçou-se especificamente sobre a imprescritibilidade na esfera civil. Nesse caso, foi demandado que a Corte IDH reconhecesse que o Estado chileno violou a CADH ao aplicar a figura da prescrição prevista no código civil nacional a ações civis de reparação relacionadas a crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura.

Ao apreciar o caso, a Corte IDH recorreu ao que denominou como «desarrollos que existen en el Derecho Internacional en materia de aplicabilidad del instituto jurídico de la prescripción a acciones judiciales para obtener reparaciones frente a graves violaciones de derechos humanos»¹⁷. Assim, fez referência às Observações Gerais de 1998 do Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários de Pessoas a respeito do artigo 19.º da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, no sentido de que as ações civis de indemnização em casos de desaparecimento forçado não estão sujeitas à prescrição¹⁸. Citou também o relatório de 1993 do então Relator sobre o Direito à Restituição, Indemnização e Reabilitação por Graves Violações de Direitos Humanos, THEO VAN BOVEN, conforme o qual «[d]ebe prevalecer el principio de que no estarán sujetas a prescripción las reclamaciones de reparación por violaciones flagrantes de los derechos humanos», considerando que para as vítimas de violações dessa natureza, a passagem do tempo não apaga os danos causados, ao contrário, aumenta o *stress* que demanda todo o tipo de assistência, durante muito tempo¹⁹.

Nesse mesmo relatório de THEO VAN BOVEN, são destacadas ainda dificuldades enfrentadas pelas vítimas de violações graves para obterem reparação em contextos nos quais não ocorreu a devida investigação e responsabilização criminal: «De hecho, cuando las autoridades del Estado renuncian a investigar los hechos y a

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS (CORTE IDH), *Gomes Lund y Otros («Guerrilha do Araguaia») c. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS (CORTE IDH), *Herzog y Otros c. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018a. Serie C No. 353.

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS (CORTE IDH), *Órdenes Guerra y Otros c. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018b. Serie C No. 372.

¹⁷ *Ibidem*, § 78.

¹⁸ *Ibidem*, § 79.

¹⁹ *Ibidem*, § 80; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comisión de Derechos Humanos, 1993, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993, § 135.

determinar las responsabilidades penales, resulta muy difícil para las víctimas o sus familiares emprender acciones legales eficaces con el fin de obtener una reparación equitativa y adecuada.»²⁰

No seu resgate sobre a imprescritibilidade das ações civis no direito internacional dos direitos humanos, a Corte IDH citou ainda entendimento semelhante expresso no Conjunto Atualizado de Princípios para a Proteção e Promoção dos Direitos Humanos mediante a Luta contra a Impunidade, adotados em 2005 pela Comissão de Direitos Humanos da ONU²¹, e as disposições pertinentes dos Princípios Básicos e Diretrizes sobre o Direito a um Recurso e à Reparação para Vítimas de Violações Graves ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e de Violações Sérias ao Direito Internacional Humanitário, que dizem de limitações necessárias à prescrição na esfera civil²².

De maneira alinhada com o entendimento expresso nos referidos documentos internacionais, a Corte IDH decidiu que contraria a CADH a aplicação da prescrição de maneira a impedir que pessoas que sofram danos em decorrência de atos qualificados como crimes contra a humanidade promovam ações judiciais para obter uma indenização justa, bem como que a imprescritibilidade deriva do dever do Estado de reparar e independe do tipo de ação judicial utilizada para buscar reparação, penal ou civil²³.

3. Género, violência de Estado e a importância da imprescritibilidade

Com base na contribuição de autoras feministas, já foi objeto de extenso debate a violência que atinge especificamente as mulheres em situações de instabilidade política e de conflitos armados. Refere-se aqui aos casos de estupro e abuso sexual sistemático, prostituição forçada, etc., em que o elemento de género envolvido na violência é evidente²⁴.

Para além da violência sexual, no entanto, há outras situações nas quais especificidades relevantes ligadas ao género das vítimas da violência não são evidentes

²⁰ ORGANIZACIÓN DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comisión de Derechos Humanos, 1993, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993, § 127.

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), *Órdenes Guerra y Otros c. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018b. Serie C No. 372, § 81.

²² *Ibidem*, § 82: «6. Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional.

7. Las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas.»

²³ *Ibidem*, § 90 e § 95.

²⁴ JULIETA LEMAITRE e KRISTIN B. SANDVIK, 2014, «Beyond Sexual Violence in Transitional Justice: Political Insecurity as a Gendered Harm», *Feminist L. Stud.* 22, p. 244.

e imediatamente perceptíveis. JULIETA LEMAITRE e KRISTIN B. SANDVIK²⁵, por exemplo, mostram como a migração forçada, associada à insegurança política persistente, pode apresentar um viés de género.

Tais situações devem também ser consideradas como problemas de desigualdade de género por um direito internacional antidiscriminatório, mas para tanto é preciso primeiro identificá-las. Isso faz-se empregando métodos desenvolvidos a partir de perspetivas feministas do direito, isto é, por meio da aplicação de métodos de análise do direito que refletem «o *status* das mulheres como “outsiders”, que precisam de meios para desafiar e gradualmente vencer convenções jurídicas dominantes e para desenvolver convenções alternativas, que melhor deem conta das experiências e necessidades das mulheres»²⁶ (tradução nossa).

De entre os diferentes métodos empregados nas análises feministas do direito, existe a linha de investigação que busca tornar explícitos vieses machistas implícitos em conceitos e *standards* aparentemente neutros. Vieses, assim entendidos, são não apenas as práticas voltadas intencionalmente a prejudicar as mulheres, mas também aquelas cujos impactos ou efeitos negativos sobre as mulheres não são intencionais²⁷.

Entre tais práticas incluem-se o tratamento discriminatório em virtude de insensibilidade, a falta de empatia, o uso de estereótipos ou hostilidade às mulheres, a desvalorização de interesses, atividades, danos, etc. socialmente associados às mulheres, assim como práticas que tenham um efeito negativo desproporcional sobre as mulheres enquanto grupo sem justificativa legítima²⁸.

Todas essas práticas têm em comum o facto de contribuírem para a subordinação de género, isto é, para a criação ou manutenção da hierarquia entre homens e mulheres na sociedade²⁹.

Ainda que a discussão sobre imprescritibilidade não tenha recaído sobre o pleito da Sra. Mocanu³⁰, o seu caso não deixa de exemplificar uma situação bastante comum de efeitos negativos desproporcionais sobre as mulheres. Na fundamentação do seu pedido de reparação, a Sra. Mocanu afirma que com a morte do marido se tornou, aos vinte anos de idade, a única responsável pela criação dos seus dois filhos pequenos e que, pelos vinte anos seguintes, teve de trabalhar como faxineira para sustentá-los, enfrentando condições de vida miseráveis³¹.

²⁵ *Ibidem*, pp. 243-262.

²⁶ KATHARINE T. BARTLETT, 1990, «Feminist Legal Methods», *Harvard Law Review*, v. 103, n. 4, p. 831.

²⁷ MARTHA CHAMALLAS, 2003, *Introduction to Feminist Legal Theory*, 2.^a ed., New York, Aspen Publishers, pp. 6-7.

²⁸ MARTHA CHAMALLAS e JENNIFER B. WRIGGINS, 2010, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law*, New York, New York University Press, p. 24.

²⁹ MARTHA CHAMALLAS, 2013, *Introduction to Feminist Legal Theory*, 3.^a ed., New York, Wolters Kluwer, pp. 28-29.

³⁰ Uma vez que o crime de homicídio – de que foi vítima o seu marido – era considerado imprescritível pelo próprio direito romeno.

³¹ TEDH, *Mocanu and Others v. Romania*, n.º 10865/09, 45886/07 e 32431/08, 17 de setembro de 2014, § 366.

Esta situação permite perceber como as mulheres, mesmo quando são vítimas de violações semelhantes aos homens, sofrem o impacto de tais violações de um modo diverso, devido à sua situação subordinada na sociedade. Enquanto a perda do cônjuge é uma violência que pode atingir tanto homens quanto mulheres, o facto de ser mulher numa sociedade em que há diferenças de oportunidades e de remuneração do trabalho em desfavor das mulheres, por exemplo, implica um dano mais grave para as mulheres que perdem os maridos, do que para os maridos que perdem as suas mulheres.

Além disso, é importante ter em conta que são especialmente mulheres que lideram a busca por respostas em casos de violações graves de direitos humanos, enfrentando violência de género e mesmo risco de vida nesse processo, como já observou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) com referência aos casos de desaparecimentos forçados. De acordo com a CIDH,

[...] a participação e liderança das mulheres nos trabalhos de busca e nos processos judiciais acarreta elevadas sobrecargas físicas e emocionais, que coloca sua saúde em risco. As limitações de tempo também dificultam o cuidado consigo mesmas, em especial, sua alimentação, descanso e lazer, bem como o acesso a cuidados médicos. Elas estão majoritariamente expostas a sentimentos constantes de frustração e desespero nas jornadas de busca, assim como à dor e ao sofrimento pela falta de justiça. Do mesmo modo, enfrentam o rechaço e a estigmatização por parte da sua família ou comunidade; e os seus próprios sentimentos de preocupação e culpa, por considerar que descuidam das suas filhas, filhos ou de outras pessoas sob seu cuidado por se dedicarem à busca³².

Na mesma linha, pesquisas sobre as ações judiciais que, no Brasil, buscam reparações em casos de mortes decorrentes de ação de agentes da segurança pública, mostram que essas violações graves produzem impactos específicos às mulheres, principalmente mães, e que são essas que protagonizam a luta por respostas:

a própria condição de mãe somada aos marcadores de raça e de classe impõe consequências desproporcionais às mulheres que lutam por justiça, verdade e reparação, como a criminalização de seus filhos e a própria, a perda de rendimentos e as dificuldades econômicas, a falta de informações, os abalos à saúde mental entre outros fatores que, aliados à morosidade própria do sistema de justiça, prolongam o tempo da busca por respostas para além dos prazos ordinários regulamentados por lei³³.

³² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH), 2023, *Os Estados devem proteger os direitos das mulheres buscadoras de pessoas desaparecidas*. Comunicado de imprensa de 08 de março de 2023. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2023/038.asp>.

³³ CENTRO DE ANTROPOLOGIA E ARQUEOLOGIA FORENSE DA UNIFESP (CAAF/UNIFESP); Núcleo de Acesso à Justiça, Processo e Meios de Solução de Conflitos e Núcleo Género e Direito da FGV SP, 2023, *Relatório n. 1 do Projeto Reparações: premissas e conceitos fundamentais para o estudo e a prática em matéria de reparações pela violência de Estado: síntese dos resultados de pesquisas com*

Assim, o reconhecimento da imprescritibilidade, nos termos reconhecidos pela Corte IDH, isto é, independentemente do tipo de ação judicial em questão, seja penal ou civil, é um elemento essencial de um direito internacional antidiscriminatório pois, se beneficia todas as vítimas de tais violências, tem importância especial para grupos já subalternizados, como as mulheres, que tendem a enfrentar dificuldades proporcionalmente maiores para acessar a Justiça, além de sofrerem danos diferenciados em função do seu gênero.

4. Referências bibliográficas

- ABDELGAWAD, ELIZABETH e MARTIN-CHENUT, KATHIA. (2007). «La prescription en droit international: vers une imprescriptibilité de certaines crimes?», in Hélène Ruiz Fabri, Elisabeth Lambert-Abdelgawad, Gabriele Della Morte, Kathia Martin-Chenut (org.), *La clémence saisie par le droit. Amnistie, grâce, prescription en droit international et comparé*. Paris: Société de Législation Comparée, Coll. de l'UMR de droit comparé, vol. 14, pp. 101-161.
- BARTLETT, KATHARINE T. (1990). «Feminist Legal Methods», *Harvard Law Review*, v. 103, n. 4, pp. 829-888.
- CENTRO DE ANTROPOLOGIA E ARQUEOLOGIA FORENSE DA UNIFESP (CAAF/UNIFESP); Núcleo de Acesso à Justiça, Processo e Meios de Solução de Conflitos e Núcleo Gênero e Direito da FGV SP. (2023). *Relatório n. 1 do Projeto Reparações: premissas e conceitos fundamentais para o estudo e a prática em matéria de reparações pela violência de Estado: síntese dos resultados de pesquisas com diagnósticos sobre as respostas do Judiciário paulista em ações judiciais individuais*. São Paulo: CAAF, Unifesp.
- CHAMALLAS, MARTHA. (2003). *Introduction to Feminist Legal Theory*, 2.^a ed. New York: Aspen Publishers.
- CHAMALLAS, MARTHA. (2013). *Introduction to Feminist Legal Theory*, 3.^a ed. New York: Wolters Kluwer.
- CHAMALLAS, MARTHA e WRIGGINS, JENNIFER B. (2010). *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law*. New York: New York University Press.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). (2023). *Os Estados devem proteger os direitos das mulheres buscadoras de pessoas desaparecidas*. Comunicado de imprensa de 08 de março de 2023. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2023/038.asp>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH), *Barrios Altos C. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH), *Almonacid Arellano y Otros C. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH), *Herzog y Otros c. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018a. Serie C No. 353.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH), *Órdenes Guerra y Otros c. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2018b. Serie C No. 372.

diagnósticos sobre as respostas do Judiciário paulista em ações judiciais individuais. São Paulo: CAAF; Unifesp, p. 67.

- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH), *Gomes Lund y Otros («Guerrilha do Araguaia»)* c. *Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
- LEMAITRE, JULIETA e SANDVIK, KRISTIN B. (2014). «Beyond Sexual Violence in Transitional Justice: Political Insecurity as a Gendered Harm», *Feminist L. Stud.* 22, pp. 243-262.
- MARTIN-CHENUT, KATHIA. (2007). «Amnistie, prescription, grâce: la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité», *RSC, Chronique internationale, Droits de l'homme*, n.º 3, pp. 628-640.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (1993, 2 de julho). *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8.
- OSMO, CARLA. (2014). *Direito à Verdade: Origens da Conceituação e suas Condições Teóricas de Possibilidade com Base em Reflexões de Hannah Arendt*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH), *Mocanu and Others c. Romania*, n.ºs 10865/09, 45886/07 e 32431/08, 17 de setembro de 2014.

Valiulienė c. Lituânia

A aplicação da lei examinada pela Psicologia

ALBERTO PEREIRA LIMA FILHO*

Resumo: O presente trabalho reflexivo elege como crivo para o exame de um caso jurídico o conceito de complexo cultural, tal como concebido, definido e ilustrado por estudiosos e seguidores da Psicologia Analítica de Carl Gustav Jung. Trata-se de um fenómeno psicológico presente na psique de um povo e/ou nos hábitos e valores regentes do – ou altamente incidentes no – comportamento dos integrantes de uma nação ou comunidade. É inconsciente, ainda que, aos olhos de um observador atento, pareça constituir um recurso da consciência da coletividade na qual emerge. A análise realizada evidencia a importância da articulação entre os saberes da Psicologia e os expedientes do Direito, em especial quando se toma por meta a preservação dos Direitos Humanos, da saúde, da dignidade e da integridade de uma pessoa, quando refém de idiosincrasias de difícil – porém, possível – superação.

Palavras-chave: Complexo cultural; consciência cultural; consciência de uma coletividade; justiça; integridade humana.

Abstract: The present reflective work elects as a sieve for the examination of a legal case the concept of cultural complex, as conceived, defined and illustrated by scholars and followers of the Analytical Psychology of Carl Gustav Jung. It is a psychological phenomenon present in the psyche of a people and/or in the habits and values that are regents of – or highly incident in – the behaviour of the members of a nation or community. It is unconscious, even if, in the eyes of an attentive observer, it seems to constitute a resource of the consciousness of the collectivity in which it emerges. The analysis shows the importance of the articulation between the knowledge of Psychology and the expedients of Law, especially when the goal aims at preserving the human rights, health, dignity and integrity of a person, when hostage to idiosyncrasies which are difficult – however, possible – to overcome.

Keywords: Cultural complex; cultural consciousness; consciousness of a collectivity; justice; human integrity.

1. Introdução

Em princípio e por princípio, seria de se esperar que regras, leis, convenções, declarações e expedientes semelhantes assumissem um carácter universal, ou que, pelo menos, fossem passíveis de ser genericamente aplicáveis e aplicados por um

* Psicanalista, Doutorando na NOVA School of Law, Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa.

número expressivo de Estados ao serviço das suas populações. No entanto, por mais bem estabelecidos e definidos que sejam – ou que pareçam ser –, medidas dessa ordem podem sofrer ou passar por distorções, interpretações distintas, leituras singulares, particularizadoras e relativizadoras, a depender do crivo cultural ao qual são submetidas, ou do filtro que faz a mediação da compreensão das mesmas por atores sociais, instâncias culturais, profissionais das mais variadas áreas do conhecimento, ou mesmo indivíduos em particular. É o que acontece, por exemplo, com noções como Direitos Humanos e seus desdobramentos e especificações. A depender de quais que sejam os intérpretes dessas noções, os elementos individuais de uma dada comunidade humana podem ser vítimas não apenas de danos contra eles perpetrados no âmbito de relacionamentos interpessoais, como também das injustiças a eles causadas por instâncias oficiais (para citar algumas, o governo, os profissionais do Direito, as instâncias jurisdicionais, os peritos).

O caso eleito para a análise que aqui apresento ilustra esses fatores com fartas evidências. Trata-se do caso *Valiulienė c. Lituânia*, que teve origem em uma ação contra a República movida por Loreta Valiulienė (cidadã lituana), em 11 de julho de 2007. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos fez o acórdão em 19 de fevereiro de 2013 e publicou-o em 26 de março do mesmo ano. Muito antes dessa ação específica, um vasto histórico de ações jurídicas entrou em cena.

Foram (e certamente seguem a ser) numerosos os momentos em que a Psicologia trouxe (e traz) contribuições para a compreensão de fenômenos humanos. Muitos chegaram a ser revolucionários, em razão de as descobertas da ciência fazerem incidir luz sobre a realidade humana, dinâmicas humanas, hábitos profundamente enraizados e estáveis, porém sombrios, precariamente conhecidos e potencialmente lesivos. Foram muitos os saltos qualitativos dados por pessoas, por agrupamentos humanos e por nações graças a essas esclarecedoras formulações, contribuindo para a evolução do conhecimento e para melhorias na qualidade de vida, para a desconstrução de costumes e crenças ameaçadores à integridade e à dignidade dos seres humanos, para a saúde e a sensatez na abordagem psicológica e jurisdicional a conflitos expressos por – ou contidos em – problemas no âmbito das relações interpessoais em pares ou grupos – e mesmo as suas ressonâncias no plano intrapsíquico.

Escolho focalizar um desses momentos esclarecedores, o rico trabalho desenvolvido por C. G. JUNG no início do século passado, que resultou na definição do conceito de complexo¹. Em 2004, THOMAS SINGER e SAMUEL L. KIMBLES editaram um livro extremamente relevante no fluxo dos desenvolvimentos teóricos da Psicologia Analítica de C. G. JUNG, *The Cultural Complex – Contemporary Jungian Perspectives on Psyche and Society*², no qual um derivado do conceito de complexo – exatamente o conceito de complexo cultural – foi sistematizado e ilustrado por significativo

¹ Um apanhado bastante abrangente do conceito pode ser encontrado em C. JUNG, 2013, *A Natureza da Psique*, cap. III: «Considerações gerais sobre a teoria dos complexos», Obras Completas, Vol. VIII/2, Petrópolis, Editora Vozes, pp. 39-52.

² T. SINGER e S. L. KIMBLES (eds.), 2004, *The Cultural Complex – Contemporary Jungian Perspectives on Psyche and Society*, London and New York, Routledge.

número de académicos e estudiosos. São essas as fontes principais para as considerações teóricas que apresento a seguir. Os dois conceitos – complexo e complexo cultural – são úteis para muito além do campo clínico. Incidem na dinâmica de indivíduos, bem como na dinâmica de grupos, sejam eles de pequeno porte, como é o caso de uma família, sejam de grande porte, como, por exemplo, uma nação.

2. Os conceitos de complexo e complexo cultural

Uma imagem pode favorecer a percepção gestáltica e a apreensão imediata do que é um complexo, além de preparar o leitor para acompanhar a teorização feita a seguir. Um aluno cordato e geralmente gentil é abordado pelo professor, que, muito cuidadosamente, critica o trabalho apresentado pelo rapaz para a avaliação do seu desempenho no semestre. Acometido por terrível sentimento de ofensa e humilhação, o aluno raivosamente rasga o texto e atira-o pela janela da sala de aula.

A apresentação a seguir é fiel às ideias dos autores, mas é de minha autoria. Faço acréscimos e adendos aos entendimentos originais dos autores em razão das aquisições que 42 anos de experiência clínica me favoreceram.

Complexo é um conteúdo psíquico inconsciente (na melhor das hipóteses, apenas relativamente consciente), que, nessa condição, está fora do campo dos conteúdos, das visões de mundo, das atitudes e dos hábitos da consciência. Na maior parte das vezes, contrasta com esses conteúdos conscientes e habituais. É dotado de *a)* grande carga energética no seu núcleo (que, para JUNG, é o afeto, também nomeado de núcleo afetivo, ou seja, as emoções em estado bruto); *b)* autonomia, o que significa que é zero ou perto de zero a *chance* de a consciência ter qualquer domínio ou controlo sobre o complexo, que não se assujeita às determinações da volição ou vontade consciente da pessoa³; *c)* coerência interior, ou coesão, o que configura uma espécie de vida própria fortemente articulada e organizada em torno de si mesma; *d)* uma espécie de «consciência» própria, dotada de vontade própria, que antagoniza com conteúdos análogos no plano da consciência (tal como a concebemos) e os suplanta. Igualmente importante é o facto de que todo e qualquer complexo, se examinado através de um corte longitudinal, terá na sua base uma sustentação arquetípica. Isso significa que, ainda que assuma uma constelação muitas vezes disfuncional, patológica, caricatural, algo de essencial, um conteúdo basal da psique humana está contido nos complexos e requer diferenciação, depuração, lapidação, humanização, conscientização. Nos sonhos, os complexos costumam surgir de forma personificada; nas psicoses, assumem vozes, assim descritas pelos portadores de transtornos psicóticos.

³ Em diversas oportunidades nos seus textos sobre o tema, JUNG mencionou o facto de que a palavra complexo adentrou o vocabulário laico e, em razão disso, as pessoas sabem dizer que têm complexos. Porém, lembra JUNG, elas não percebem o principal, ou seja, o facto de que os complexos é que as têm, uma vez que elas se encontram sob o seu jugo e não conseguem inverter a posição de domínio que os complexos exercem sobre elas. O complexo não raro «engole» o ego e o submete, podendo resultar numa situação na qual, inconsciente do que se passa, a pessoa se identifica com o complexo, inconsciente de que ele não a expressa, nem a representa.

Na vida cotidiana, em grande parte do tempo os complexos não aparecem à cena. Mas o que facilmente se pode constatar é que ficam de toaia, por assim dizer, às portas da consciência, prestes a adentrar o repertório comportamental expresso, a depender da presença de certos estímulos aos quais apresentam respostas. Esses peculiares estímulos são aqueles que ativam (ou constelam, para utilizar o termo adotado por Jung) os complexos e as manifestações dos mesmos.

A imagem com a qual iniciei esta etapa de teorização ilustra todos esses pontos. O aluno não experimenta perturbações quando é aceito e elogiado, reconhecido e valorizado naquilo que produz. Ele experimenta harmonia e, em resposta ao *feedback* ambiental positivo e acolhedor, manifesta o repertório habitual e gentil de respostas conscientes. O episódio deixa transparecer que, diferentemente dos sentimentos e respostas emocionais amáveis e afáveis, as emoções opostas a essas muito provavelmente, no caso do rapaz em questão, encontram-se reprimidas⁴. Na sua reação à crítica do professor, percebe-se o emergir de uma energia raivosa, algo assemelhado à indignação, à não aceitação, à dificuldade ou mesmo impossibilidade de tolerar frustrações e contrariedades. No cerne de um complexo há o núcleo afetivo formado por emoções quase inomináveis, mas assemelhadas àquilo que, no plano da consciência, é reconhecido como raiva, bem como seus correlatos (a indignação, a revolta, a ira, a fúria, a cólera, a irritação, o ódio e emoções avizinhas). Por meio de um dinamismo energético que se poderia equiparar à força centrípeta, o núcleo afetivo engole toda a carga emocional dessa natureza e retém-na na sua coesão interna, que, conseqüentemente, «engorda», isto é, torna-se ainda mais poderosa. Quando eliciada por um estímulo capaz de mobilizá-la, essa energia apossa-se do ego e utiliza os recursos egoicos para se expressar (verbo, gesto, caras e bocas, movimentos corporais de toda ordem), mas o ego é notoriamente suplantado por esse conteúdo complexo e não consegue travá-lo (ou raramente o consegue). O observador da cena constata a presença de uma resposta (rasgar texto, atirá-lo pela janela, esbravejar) exacerbada, isto é, desproporcional ao estímulo eliciador (cuidadosa crítica formulada pelo professor).

Hábitos podem ser manifestações da consciência, ou seja, podem ser coordenados e sistematizados no sistema ego-consciência. Porém, podem também ser sinónimos de complexos, quando se caracterizam por um automatismo (bem como por uma qualidade poderosa e indomável). Vejamos a incidência dos complexos parentais nas vidas dos seres humanos, por exemplo. A função materna que um homem e uma mulher exercem nas vidas dos filhos é algo mediado pelo complexo materno. Complexo materno é um mosaico psíquico que conglomerava ações, intervenções e cuidados que recebem o qualificativo de maternos, geralmente associados aos cuidados com higiene, alimentação, conforto e semelhantes. Pode ser

⁴ Há de esclarecer-se que não apenas o reprimido assume a fenomenologia de um complexo. Quaisquer conteúdos inconscientes, como, por exemplo, aqueles que não podem ser reprimidos por nunca terem adentrado o campo da consciência, podem configurar complexos. É o caso de novos conteúdos psíquicos virtualmente presentes no Self (totalidade psíquica, que abrange consciência e inconsciente) por serem ligados a predisposições arquetípicas inerentes à condição de todos os humanos, mas que ainda não foram constelados, isto é, são elementos arquetípicos que ainda requerem um processo de humanização.

positivo (nutridor, afetivo, amparador, apaziguador, protetor) e pode ser negativo (negligente, impessoal, meramente protocolar, desdenhoso, mesquinho e assim por diante). O mesmo se aplica ao complexo paterno, que pode ser tirânico ou justo, para mencionar apenas uma polaridade psíquica associada ao arquétipo do pai. Disso decorre que o facto de uma pessoa exercer determinada função na sua própria vida ou na vida de outrem, ou mesmo manifestar determinado comportamento, não é garantia de que ela seja consciente do que faz, ou que seja necessariamente capaz de antever possíveis consequências para o que faz. Esses entendimentos e a teoria que os sustenta serão úteis para o exame e a avaliação do caso jurídico *Valiulienė c. Lituânia* na parte final deste texto.

Complexos culturais nada mais são do que o equivalente aos complexos individuais no plano de uma coletividade humana e do seu contexto cultural específico. Com alto grau de incidência, indivíduos podem manifestar no seu repertório individual complexos que melhor se definem como culturais, não individuais.

Assim como um indivíduo conta com uma totalidade psíquica individual (Self individual), com uma consciência individual (cujo centro é o ego), e com o seu próprio inconsciente (elemento do mesmo Self individual), uma dada coletividade humana também conta com uma totalidade psíquica (Self cultural), com uma consciência coletiva (escrita com c minúsculo; reserva-se o C maiúsculo para nomear a Consciência da coletividade humana como um todo) e com o inconsciente cultural. Há de esclarecer-se que conteúdos da consciência cultural são, sim, elementos do acervo adquirido, desenvolvido e coletado por uma cultura, mas não são necessariamente conscientes para cada membro daquela cultura a cada momento da história (cujo produto é a cultura). Assim sendo, podem-se transpor para o plano da cultura (psique cultural) os mesmos dinamismos psíquicos incidentes na psique individual. É assim que se podem conceber complexos culturais assemelhados (na sua fenomenologia) aos complexos individuais.

Hábitos culturais (e, em seu bojo, complexos culturais), quando positivos e refinadamente conscientes, podem fazer parte daquilo que se convencionou chamar de identidade cultural e, nessa condição, podem ser cuidados e conservados como preciosos, estruturantes e merecedores de sustentação. No entanto, podem em contraste fazer parte da sombra cultural, ou seja, integrar a faceta sombria (negativa, problemática, conflitiva, boicotadora, lesiva, agressiva, abusadora, destruidora) da mesma cultura. Uma ilustração para os primeiros pode ser encontrada no samba brasileiro, assim como no fado português, ou no tango argentino e na *pizza* italiana. Ilustração para os últimos é a corrupção teimosamente presente nos hábitos culturais (terrivelmente negativos) de tantos países⁵.

⁵ Excelente texto sobre o tema, de autoria da Prof.^a Dra. Denise G. Ramos, é encontrado em D. RAMOS, 2004, «Corruption: symptom of a cultural complex in Brasil?», in T. Singer e S. L. Kimbles, *The Cultural Complex...*, cit., pp. 102-123.

3. A evitar que o Direito contribua para a perpetuação de hábitos/complexos culturais lesivos

Complexos culturais lesivos e disfuncionais podem expressar modalidades de violência (componente psíquico perverso; exercício hegemónico de poder; causação de danos morais, materiais e psíquicos), quer estejam eles presentes em psiques individuais, quer em parcelas de coletividades humanas. Não me parece que o Direito e os seus profissionais tenham conhecimento dessa contribuição teórica da Psicologia, que, sem dúvida alguma, traz informações norteadoras para a avaliação de processos jurisdicionais.

Destaco aqui dois problemas relativos ao Direito e aos seus profissionais. O primeiro deles: por desconhecimento de fatores psicológicos, os profissionais do Direito não alcançam ou não compreendem a demanda das vítimas, não avaliam as condições presentes no sistema relacional que dão ensejo à queixa ou acusação, não levam em consideração a condição de aprisionamento a um padrão relacional disfuncional e, conseqüentemente, reduzem a complexidade dos factos ao meramente observável e objetivável, além de fazerem avaliações mediadas por vieses culturais danosos, como no caso que aqui analisarei.

As mulheres, em particular, como é o caso da Sra. Loreta Valiuliené (doravante, LV), podem ser induzidas a render-se ao arquivamento dos processos por elas iniciados, o que as conduzirá de volta ao ambiente onde certamente se repetirão episódios violentos. Não raro, essas medidas nelas despertam descrença e perda de confiança nos expedientes da Justiça. Na ausência de condições ótimas de reflexão e na falta de apoio adequado, prevalece em cada mulher um jogo de projeções que coloca numa espécie de pingue-pongue os polos justiça e parceiro. Num primeiro momento, o âmbito jurídico e os seus servidores recebem a projeção de uma instância justa, esclarecida e protetora. O parceiro recebe a projeção de um masculino forte e poderoso, além de abusivo, agressivo, violento. Exigindo dela um posicionamento oficialmente concebido pela lei (para o qual ela não é preparada), um eventual arquivamento do processo deixa a mulher impotente diante da situação vivida por ela como perigosa, ameaçadora, ou mesmo efetivamente danosa. Noutras palavras, por desinformação e falta de preparo, a Justiça torna-se cúmplice do parceiro violento e renova para a mulher a impressão que certamente a levava a esperançosamente buscar pela Justiça: a vivência de não ter saída e de ter de tolerar a punição contra ela perpetrada. Pode-se dizer que, com isso, a vítima é condenada ao abandono, ao estado confusional ou «ao Deus dará» em segunda instância, sem *chance* de apelação.

O segundo problema; por se identificarem com o complexo cultural, isto é, por se tornarem defensores da legitimidade de hábitos perversos, profissionais do Direito podem contribuir para a eternização de padrões emocional e psiquicamente lesivos à população e a membros individuais da coletividade à qual prestam serviços.

4. O caso jurídico: *Valiuliené c. Lituânia* à luz da teoria dos complexos culturais

Dentre os muitos elementos contidos no caso, destaco aqui aqueles que ilustram a incidência de complexos culturais tanto no drama interpessoal esposa/marido,

quando nos acordos jurídicos. A leitura que faço contempla aspetos positivos porventura identificados e aspetos negativos, ou seja, tanto os que podem e devem ser preservados, quanto os que certamente requerem exame crítico e pontuais revisões no âmbito da lei e das suas aplicações. Mesmo levando em conta que a situação examinada ocorre na circunscrição da cultura lituana, fenómenos semelhantes certamente incidem nas mais variadas culturas e requerem uma avaliação conscienciosa e crítica. Espero que as observações e informações aqui tecidas ou contidas sirvam de alerta para os profissionais do Direito, bem como de estímulo para a inclusão dos saberes da Psicologia na sua formação e preparação para o exercício profissional.

Em 14 de fevereiro de 2001, a solicitante apresentou um requerimento junto ao Tribunal Distrital de Panevėžys para instaurar um processo particular (privado). LV declarou que entre janeiro e fevereiro do mesmo ano ela fora agredida em cinco oportunidades por J.H.L. (doravante, JH), cidadão belga e seu consorte desde 1996. As agressões e datas de incidência foram detalhadas por ela e documentadas por peritos, que concluíram serem de pequeno porte os ferimentos sofridos, sem que tivessem causado quaisquer problemas de saúde a curto prazo.

Essa leitura avaliadora da peritagem traz elementos que chamam a atenção: os ferimentos terem sido considerados de pequeno porte, como se isso relativizasse a gravidade da queixa apresentada, e o julgamento de não resultarem em problemas de saúde. Agressões físicas caracterizam-se pelo movimento causador de danos físicos (bem como dos danos emocionais decorrentes do conjunto das agressões) independentemente do grau ou intensidade dos ataques. A vítima certamente é atingida e o agressor não é dispensado da alcunha de agressor em razão da eventual suavidade dos seus gestos agressivos – o que não foi o caso. Não foram de maneira alguma suaves as agressões. Para mencionar apenas algumas, o homem deu-lhe um pontapé nas costelas e nas nádegas, além de ter tentado estrangulá-la. Não bastasse isso, ele havia consumido bebida alcoólica. Segundo ela, ele chegou a acalmar-se após os ataques. Vejo isso como evidência de que ele experimentou gratificação em razão de se ter permitido descarregar a sua ira sobre ela. Gratificado, ele amainou as manifestações de raiva. Sístoles e diástoles do comportamento agressivo. A peritagem não considera problemático para a saúde de LV saber-se conjugalmente unida a um franco agressor e, em razão disso, saber-se igualmente ameaçada de sofrer repetidas e persistentes agressões, o que, aliás, é um retrato da realidade por ela vivida.

Não tenho elementos para afirmar ser este o caso da cultura lituana, mas creio estar em jogo no caso examinado um número expressivo de complexos culturais. Quer na cultura lituana, se for o caso, quer noutras, eis uma descrição de um possível complexo cultural: a crença (o pressuposto) segundo a qual (o qual) é legítimo o direito que o homem tem de maltratar fisicamente a sua parceira conjugal, bastando que tenha o cuidado de causar danos físicos de pequena monta, assim como é esperado que uma mulher tolere bem essa violência doméstica, uma vez que é indício de que o seu parceiro é mesmo um homem merecedor de crédito no âmbito da cultura.

Lembro-me de que, em certa oportunidade, uma cliente minha em psicoterapia explicou o atraso para a sessão dizendo que o pai, que a havia levado até à minha clínica, precisou de voltar para casa depois de ter iniciado o trajeto, pois esquecera-se de bater na mulher naquele dia. Segundo minha cliente, aquele era um hábito em sua cultura. Um homem que se preze não deverá falhar no cumprimento dessa obrigação. Na situação que descrevo, não se tratava apenas de um direito, mas de um dever.

Voltando ao caso aqui examinado, JH afirmou que, se LV não quisesse mais viver com ele e não se comportasse como ele desejava, ele tiraria tudo do apartamento e, depois, a obrigaria a pagar pelo que tinha feito. Zangou-se quando LV sugeriu que dialogassem, além de lhe dar pontapés e novamente nela bater. Censurou-a por procurar cuidados médicos. Determinou que ela saísse e chamou a polícia. Os policiais não tomaram medida alguma e recomendaram que LV procurasse pela esquadra no dia seguinte. Após a saída dos policiais, JH irritou-se, empurrou-a para fora do apartamento e novamente a espancou, cena testemunhada por vizinhos; zangou-se com o pedido formulado pela parceira de que não houvesse desperdício de eletricidade, conta paga por ela, tendo novamente incidido no espancamento. LV escapou pela janela, o que, segundo ela, foi testemunhado por uma rapariga que havia visitado o parceiro.

A letra de uma canção da autoria de Caetano Veloso, que dá voz às expressões de uma mulher, traz os seguintes versos: «Ele está na minha vida porque quer. Eu estou para o que der e vier». Na mesma canção, ouve-se: «Ele é quem quer. Ele é o homem. Eu sou apenas uma mulher». Caetano Veloso transcreve nesses termos um complexo cultural, um valor segundo o qual quem deseja é o homem. À mulher não é reservada a prerrogativa de desejar. Muito pelo contrário, à mulher cabe estar para o que der e vier, ou seja, ela deverá assujeitar-se (esvaziar-se da condição de sujeito) a quaisquer idiossincrasias masculinas e permanecer calada, ou mesmo agradecida.

Ainda que não exatamente explícita, a menção à rapariga que visitara JH é o flagrante da existência de uma possível amante. O homem é quem quer, o homem tem o direito de maltratar a mulher, ou mesmo o dever de fazê-lo, e o homem tem a prerrogativa de ter casos amorosos e/ou sexuais extraconjugais. Em muitas culturas na contemporaneidade esse é um complexo cultural altamente incidente. Todos os complexos culturais aqui mencionados revelam a sua incidência não apenas nos indivíduos (que os assimilam e exercem), como também na coletividade humana sob os auspícios de fortes hábitos culturais vistos como legítimos. Mesmo na situação em que, no caso examinado, as instâncias do Direito admitem a incidência de atos violentos, há uma clara relativização da gravidade das atuações psicopáticas, uma vez que a cultura perdoa o exercício desses atos e os vê como cabíveis e apropriados.

No Brasil, há um bom número de anos, um político chamado Paulo Maluf teria tecido um comentário sobre as atuações de um psicopata, dizendo: «Se quiser estuprar, estupra! Mas não mate.» Aos olhos dele (político respaldado e frequentemente eleito e reeleito por número expressivo de cidadãos), apenas o matar não é recomendável. O estupro, se desejado, pode ser cometido.

No caso examinado, a vítima da violência apresentou requerimento ao tribunal, alegando que os atos perpetrados contra ela eram criminosos (danos corporais menores, segundo o Código Penal vigente na época), o que justificaria acusação e punição ao abrigo do Código. Relatórios médicos sobre os ferimentos foram apresentados.

O relato relativo às agressões, as alegações e as reivindicações de LV não cessaram nesse ponto. No entanto, não é necessário que se percorra o conjunto dos apontamentos para se tirar uma certa conclusão clínica/diagnóstica – e, claro, remeter a leitura dos factos às implicações que supostamente esse diagnóstico haveria de ter aos olhos da lei: JH é portador de índole psicopática. Alguns elementos da caracterização do quadro bastam para sustentar esta leitura, a saber: 1) JH causa danos deliberadamente e *a)* não experimenta culpa ou remorso por executá-los; *b)* de tudo faz para causar em LV a culpa que ele não experimenta, numa clara inversão da situação (esse expediente é corriqueiro em situações envolvendo portadores de índole psicopática); 2) recorre à polícia como se ele fosse a vítima de uma situação adversa, buscando com esse expediente um álibi para as suas atuações, situação em que a polícia é buscada por ele para causar a impressão (à parceira, bem como aos profissionais da lei) de que havia legitimidade naquilo que ele fazia.

Em maio de 2001, a polícia municipal sugeriu que LV recorresse ao Tribunal da Comarca para que o processo fosse instaurado através de um processo particular (privado). Na mesma ocasião, LV admitiu ao Tribunal não ter mencionado as ameaças sofridas devido a ter sido orientada pela polícia a instaurar um processo civil. Em janeiro de 2002, ou seja, um ano após LV ter iniciado os recursos à justiça, um juiz do Tribunal Distrital da Cidade apresentou ao Ministério Público a queixa da vítima, tendo ordenado que LV iniciasse a sua própria investigação criminal pré-julgamento para não haver adiamento do exame do caso. Para explicar o pedido de execução do Ministério Público, o juiz mencionou que JH deixara de comparecer ao Tribunal repetidas vezes. Este detalhe deflagra mais um traço do portador de índole psicopática: o desdém pela lei. A lei e os seus expedientes só são considerados por uma pessoa nessa condição quando passíveis de serem revertidos a seu favor, isto é, em benefício das suas atuações psicopáticas. Na qualidade de reguladora da vida compartilhada (por cidadãos), a lei não tem a menor importância e será tratada como inexistente. Na sua avaliação sobre o caso, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE explicita que o ato de violência doméstica tem um carácter humilhante e degradante para a vítima. E completa: «é exatamente o que o agressor pretende». Com esse comentário, o juiz autentica o que aqui se afirma sobre portadores de índole psicopática.

Embora tenha sido recomendado um expediente jurídico tendo como argumento contornar o adiamento do exame do caso, é flagrante o fator tempo (significando demora). Um ano já havia transcorrido e a solicitante teria de começar o processo por um novo caminho. Conforme já mencionado, LV moveu uma ação contra a República em julho de 2007 e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos fez o acórdão em fevereiro de 2013 e publicou-o em março do mesmo ano.

Sei que com os comentários (ou com o parecer) que tecerei neste parágrafo darei voz a um posicionamento pessoal talvez merecedor de algum reparo ou restrição

crítica. Mas também sei que, ao pronunciá-lo, darei voz a uma decodificação presente em expressiva parcela da população em geral: a demora da Justiça em finalizar ações judiciais deixa as vítimas impotentes e, não raro, condenadas a arcar com as consequências de crimes contra elas cometidos. As vítimas são condenadas. Paralelamente, os criminosos são levados a crer, ou mesmo a se certificar, de que o crime compensa, pois ficam ilesos e isentos de punição e responsabilidade por muito tempo (senão para sempre), ou contam com a garantia de que haverá relativização, suavização e mesmo significativa redução na leitura da gravidade dos atos inequivocamente criminosos por eles cometidos.

LV forneceu ao Tribunal uma cópia de um *e-mail* de junho de 2001 enviado por YL, que se diz ser o filho de JH. O rapaz faz ameaças e alega que o pai havia feito de tudo por ela (significando proporcionar-lhe grande bem), algo que ela, uma prostituta desqualificada, não fora capaz de honrar. O portador de índole psicopática tem por hábito angariar cúmplices para as suas atuações, como forma de intensificar o temor da vítima no intento de levá-la a desistir da sua luta por justiça. Em lugar disso, no entanto, pode agir de modo a levar a crer que tem o respaldo de muitos, independentemente de ter sido realmente o filho, ou ele mesmo, o redator do *e-mail*.

Em algumas passagens do relato oficial do caso, LV é acusada de ter cometido falhas na forma como apresentou evidências para a violência sofrida. Segundo um relatório produzido por um investigador da polícia em dezembro de 2002, LV tinha relatado à polícia os abusos verbais do seu parceiro e a tentativa de expulsá-la do apartamento, sem ter mencionado os seus ferimentos. O investigador considerou que não havia provas suficientes para atestar que JH era responsável por espancamento. A vítima recorreu, mas o procurador avaliou que o inquérito antes do julgamento não tinha sido suficientemente minucioso. Essa visão dos factos foi confirmada por um promotor público em fevereiro de 2003. Em março de 2004, o Ministério Público acatou o pedido de LV para que o investigador fosse retirado do caso, pondo em dúvida a sua imparcialidade. Pelo que posso perceber, LV conta com grande lucidez, um senso de realidade muito bem preservado, um senso crítico bastante apurado e, o mais importante, talvez, ela não é prisioneira do medo que o parceiro de tudo faz para lhe impor. Parece ser uma mulher em dia com grandes e bons sentidos de adequação, justiça e direitos pessoais e sociais, sem jamais se dispensar dos seus deveres. Além disso, ela é atenta às disposições da lei e luta para que os seus direitos sejam assistidos e honrados e, mesmo experimentando sentimentos não confirmadores das disposições legais, comporta-se frente à lei sem afrontar os seus ditames. Tudo o que ela faz, dentro do possível, é reivindicar aquilo que lhe parece ser seu direito.

Em 10 de junho de 2005, o procurador admitiu as evidências apresentadas pela requerente, embora tenha afirmado que JH era suspeito de ter cometido os atos por ela descritos, insistindo, também, que os danos corporais sofridos eram pequenos. Ainda assim, o inquérito pré-julgamento foi suspenso. A justificativa para isso foi que houve uma mudança na lei em 2003. Descartou a possibilidade do recurso ao Ministério Público (crime destituído de importância pública). Em razão disso, foi indicado que a requerente recorresse a um tribunal para instaurar um processo

particular (privado) contra o parceiro. Na linguagem utilizada pelo procurador, há dois fatores relativizadores: JH era nada mais do que mero suspeito; os danos corporais eram de pequeno porte. Vejo aqui – apanho em flagrante aqui – a incidência de um complexo cultural na circunscrição do Direito (talvez se possa dizer no Self do Direito), manifesto através do acervo ao qual se pode dar o nome de «consciência do Direito», ou seja, seus saberes e determinações, seus métodos e técnicas, seus quesitos formais. Trocando em miúdos, um porta-voz da cultura do Direito (o procurador) traz para o primeiro plano e coloca em alto relevo os parâmetros do Direito, às expensas dos factos examinados.

Acontece que a recorrente iniciara um processo particular desde o início, sendo que uma juíza dera outro destino ao caso. As mudanças na legislação não foram comunicadas à requerente em tempo hábil (em 2003, quando entraram em vigor). À altura, faltava pouco para prescrever o prazo para processar JH. O que se vê é um «jogo de empurra-empurra». A requerente (aos moldes de uma ré) é submetida aos rigores da lei, mas os próprios representantes da lei esquivam-se, além de deixarem impune o causador dos danos e manterem LV cativa de uma situação caracterizada como violência doméstica. Um cidadão ou uma cidadã não dispõem de recursos ou poderes pessoais para determinar os rumos que lhe parecem justos e necessários. Por isso recorrem à justiça, entendendo que os seus direitos estarão assistidos. No entanto, a pessoa não imagina que a justiça a submeterá a um verdadeiro labirinto, para o qual não parece haver saída. No mito de Ícaro, o seu pai, Dédalo, fora o construtor do labirinto de Creta, no qual o rei Minos o aprisionou em companhia do filho em sinal de punição pela traição sofrida. Dédalo, que fora acolhido e protegido por Minos em dada situação, construiu o simulacro de uma novilha em madeira para que se realizasse o desejo de Pasífae, esposa de Minos, de ser fecundada por um touro. Dessa cópula nasceu o Minotauro, que Minos aprisionou no labirinto. Mesmo sendo o arquiteto do labirinto, Dédalo precisou de conceber uma saída alternativa. Construiu para si e para o filho pares de asas com as penas de aves caídas ao chão, presas ao corpo com o uso da cera de colmeias que se formavam nas paredes do labirinto. Ponderemos: que par de asas LV poderia criar para si mesma para libertar-se do labirinto ao qual a justiça a aprisionara? Que outra saída alternativa ela teria? A meu ver, ela teve a dignidade de restringir-se ao âmbito do labirinto no qual se encontrava aprisionada, sem que a justiça tivesse exatamente honrado essa lealdade aos rigores sociais.

Em 2005, o procurador-geral adjunto do Ministério Público rejeitou o recurso da recorrente, decisão confirmada pelo Tribunal Distrital da Cidade. A decisão assumiu um caráter definitivo e não dava margem a novo recurso.

Diversas outras etapas marcaram o histórico do caso. Um elemento chama a atenção e é muito corriqueiro em casos judiciais: o prazo de prescrição para a acusação ter sido ultrapassado. O jogo de empurra-empurra dá margem a que isso aconteça. O mais importante, porém, parece-me ser o facto de que a solicitante é implicitamente acusada de não ter procedido corretamente nas rotas escolhidas para empreender a ação contra o parceiro, o que determina que ela arque com as consequências dos seus supostos erros. Na sua avaliação do caso, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE alude a esse estado de coisas mencionando a exigência de

uma vítima atuar como o seu próprio procurador. Os erros dela são vistos com implacável rigor pelos agentes da lei. Os crimes do marido, não.

O Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE considera que questões jurídicas fundamentais não foram devidamente tratadas. Ele examinou e transcreveu inúmeros desenvolvimentos no direito internacional e fez menção ao apoio que recebem por parte da psicologia contemporânea. Segundo ele, o Estado lituano tinha a obrigação de proteger a requerente; sendo que LV ficou sem justiça.

5. Considerações finais

Acredito ter sido capaz de informar o leitor suficientemente sobre o conceito de complexo cultural, além de ter traçado comentários pontuais sobre um fator agravante no caso examinado: o facto de o acusado ser portador de índole psicopática. São tantos e tão lesivos os hábitos culturais que permeiam a vida coletiva!

Espero, ainda, ter podido sensibilizar o profissional do Direito para a necessidade de conhecer as informações relevantes que a Psicologia traz para desvendar enigmas das relações interpessoais, quando patológicas e passíveis de causar sérios danos a tantas pessoas. Assim como a Psicologia se esforça por fazer a leitura clínica de fenómenos dessa ordem, o Direito há de empreender esforços para maximizar a qualidade das suas ações e intervenções sociais contando com o suporte desses saberes relativos às entranhas da vida emocional.

6. Referências bibliográficas

- BRANDÃO, J. (2000). *Mitologia grega*, Vol. 1. Petrópolis: Editora Vozes.
- JUNG, CARL. (2013). *A Natureza da Psique*, cap. III: «Considerações gerais sobre a teoria dos complexos», Obras Completas, Vol. VIII/2. Petrópolis: Editora Vozes, pp. 39-52.
- SINGER, T. e KIMBLES, S. L. (eds.). (2004). *The Cultural Complex – Contemporary Jungian Perspectives on Psyche and Society*. London and New York: Routledge.

CAPÍTULO II
DISCRIMINAÇÃO DE CRIANÇAS

Fabris c. França

D.M.D. c. Roménia

Fabris c. França

O princípio da proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento e o seu impacto no âmbito sucessório. Comentário breve às decisões do TEDH e observações sobre o direito português

RUTE TEIXEIRA PEDRO*

1. Introdução

Dedicaremos a nossa atenção, nas próximas páginas, a refletir, brevemente, sobre a apreciação feita pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos¹ do caso *Fabris c. França*². Consideraremos, pois, em especial, as decisões proferidas pela *Grand Chambre*³, em 7 de fevereiro de 2013 e em 28 de junho de 2013. Na primeira decisão (a «decisão principal», i.e., «l'arrêt au principal»), o Tribunal apreciou o fundo da questão que suscitava a interpretação e aplicação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁴ e de um dos seus Protocolos (o Protocolo n.º 1), pronunciando-se no sentido da verificação de uma violação, pela Alta Parte Contratante demandada (França), dos direitos que ali eram reconhecidos ao requerente (Henry Fabris). A segunda decisão, como veremos, destinava-se à apreciação da necessidade de atribuição ao lesado de uma reparação razoável nos termos do art. 41.º.

Como explicitaremos na próxima secção deste comentário, trata-se de um caso em que se discutiu a ocorrência de uma discriminação relativamente a filhos

* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora Integrada do CIJ-FDUP.

¹ Para nos referirmos ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos usaremos a sigla TEDH. Prevenimos também que, quando fizermos referência ao Tribunal sem indicações adicionais, estamos a referir-nos ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

² *Fabris c. França*, n.º 16574/08, [GC], 7 de fevereiro de 2013 (fundo) e 28 de junho de 2013 (reparação razoável – arquivamento). Advertimos que, sempre que nos referirmos à decisão *Fabris c. França* sem indicação adicional, deve entender-se que nos estamos a referir à decisão principal sobre o fundo do caso.

³ Pontualmente, faremos referência ao sentido em que se pronunciou a 5.ª secção do Tribunal sobre o caso, na sua decisão emitida em 21 de julho de 2011, antes da devolução a *Grand Chambre* que proferiu as duas decisões referidas em texto e a que dedicaremos, precipuamente, a nossa atenção neste comentário.

⁴ Para nos referirmos à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos Humanos) usaremos a sigla CEDH. Prevenimos também que, quando fizermos referência à Convenção sem indicações adicionais, estamos a referir-nos à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Finalmente, sempre que haja menção a um artigo sem indicação do corpo normativo a que pertence, deve entender-se que integra a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

nascidos fora do casamento com impacto no âmbito sucessório. Procederemos, pois, na secção 3 deste trabalho, a uma breve descrição da situação que conduziu ao recurso ao TEDH e, de seguida, na secção 4, à análise do conteúdo das duas decisões *supra* referidas. Para esse efeito, será de significativa importância considerar as observações tecidas pelo Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, na sua opinião concordante em relação à decisão de 7 de fevereiro de 2013 e na sua opinião dissidente em relação à decisão de 28 de junho de 2013. Finalmente, refletiremos, brevemente, sobre o relevo da proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento na evolução recente do direito português, muito especialmente na proteção sucessória que é reconhecida em função dos laços familiares que unem o *de cuius* aos sucessíveis depois da entrada em vigor da Constituição da República de 1976.

2. A proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento

Diversamente do que ocorre na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵ e na Convenção Americana dos Direitos Humanos⁶, não se encontra, nem na CEDH, nem nos Protocolos anexos, previsão expressa da proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento. Apesar desse silêncio, o TEDH não tem estado silente quanto a esse ponto, tendo afirmado, como demonstraremos, de modo reiterado, essa proibição na jurisprudência do Tribunal ao longo das últimas décadas.

Cumprе, ademais, recordar que o objetivo de eliminação⁷ das diferenças de tratamento entre filhos nascidos dentro e fora do casamento inspira uma das Convenções que foi celebrada no quadro do Conselho da Europa⁸: a Convenção Europeia sobre o Estatuto Jurídico das Crianças Nascidas fora do Casamento concluída

⁵ No n.º 2 do art. 25.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê-se que «A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma protecção social».

⁶ No art. 17.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sob a epígrafe família, inclui-se no seu n.º 5 a previsão de que «A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento». Sobre as relações entre a CEDH e esta convenção, referindo a convocação que o Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE faz na sua declaração de voto na decisão principal do caso *Fabris c. França*, da jurisprudência do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, veja-se SORAYA SCKELL, 2019, «Relações entre a Convenção e o direito interamericano dos direitos humanos», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos protocolos adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, pp. 230 a 239, p. 231.

⁷ Nos termos dos considerandos desta convenção (cujo texto data de 1975), revelava-se «necessário estabelecer fases progressivas para os Estados que considerem não estar habilitados a adoptar imediatamente algumas das disposições da presente Convenção». Faz-se notar a obsolescência de algumas normas da convenção decorrente da evolução ocorrida nos direitos da família e das sucessões a que procurou dar resposta o projeto de recomendação a que se fará referência em texto.

⁸ Para uma visão panorâmica sobre o relevo do Conselho da Europa no direito da família europeu, em que se assinala a Convenção de que vamos falar, de seguida, em texto, veja-se NIGEL LOWE, 2016, «The impact of the Council of Europe on European family law», in *European Family Law, Volume I, The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Jens M. Scherpe (ed.), Edward Elgar Publishing, pp. 95 a 123, nomeadamente, pp. 101-102.

em 15 de outubro de 1975⁹. No seu art. 9.º, que é dedicado aos efeitos sucessórios, prevê-se que «os direitos da criança nascida fora do casamento à sucessão de seus pais e dos membros da família destes são os mesmos que os da criança nascida do casamento». No mesmo sentido, pode chamar-se a depor – como fez o TEDH no Acórdão *Fabris c. França* (§ 35) – o projeto de recomendação [CM/rec (2012)] dirigida a reformar o texto da Convenção, substituindo as normas obsoletas que nela se incluem, considerando nomeadamente o sentido das decisões que o TEDH vinha proferindo¹⁰.

O princípio da proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento¹¹ – que constitui, transversalmente¹², um princípio central no direito da família moderno e apresenta repercussões significativas no plano da proteção sucessória¹³ – encontra-se presente, de forma constante¹⁴, na jurisprudência do TEDH.

Um périplo sobre as decisões mais significativas sobre a matéria em análise deverá começar pela decisão proferida, em 1979, no caso *Marckx c. Bélgica*¹⁵, em que se encontra a afirmação de que a proteção da vida familiar¹⁶ – no que, também, se

⁹ A Convenção Europeia sobre o Estatuto Jurídico das Crianças Nascidas fora do Casamento (aparece sob o n.º 85 na lista de tratados e acordos celebrados no âmbito do Conselho da Europa e abertos para assinatura: veja-se <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>) entrou em vigor na ordem jurídica internacional em 11 de agosto de 1978. São 23 os Estados que ratificaram a Convenção, contando-se entre eles Portugal (a Convenção foi assinada por Portugal, em 22 de novembro de 1979, tendo a mesma sido aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 34/82, de 15 de março, com publicação no *Diário da República I*, n.º 61, de 15 de março de 1982), mas não a França, Estado demandado no caso em análise.

¹⁰ E que reiterou, posteriormente à decisão *Fabris c. França*, na sua jurisprudência, como se dirá.

¹¹ No qual se incluem os filhos adulterinos. Na verdade, como conclui o TEDH, na decisão *Fabris c. França*, referindo-se aos dados recolhidos de 42 países cujos ordenamentos foram estudados, «*La notion d'enfant "adultérin" est très peu répandue, ces enfants étant en général assimilés aux enfants naturels*» (§ 34).

¹² Vejam-se, aliás, nesse sentido, os elementos de direito comparado que o TEDH incluiu na decisão *Fabris c. França* (§ 34).

¹³ Outros planos em que este princípio tem um significado importante são os dos regimes jurídicos relativos ao estabelecimento da filiação e ao exercício das responsabilidades parentais.

¹⁴ Nas palavras de CARMEN DRAGHICI, «A constant feature of Strasbourg case law is the concern to ensure that the legislation of Council of Europe States guarantees equal protection for children born out the wedlock», in *The Legitimacy of Family Rights in Strasbourg Case Law. "Living Instrument" or Extinguished Sovereignty?*, Modern Studies in European Law, Bloomsbury, p. 115.

¹⁵ *Marckx c. Bélgica*, n.º 6833/74, 13 de junho de 1979, a que JENS SCHERPE atribui o significado de marcar «the end of illegitimacy and the beginning of European Family Law», in 2016, *The Present and Future of European Family Law*, Edward Elgar Publishing, p. 7.

¹⁶ Para mais desenvolvimentos sobre a proteção da família ao abrigo da CEDH e da jurisprudência do TEDH, veja-se CARMEN DRAGICI, *The Legitimacy of Family Rights in Strasbourg Case Law. "Living Instrument" or Extinguished Sovereignty?*, cit., em especial pp. 80 a 124 no que respeita à filiação ilegítima, e DAGMAR COESTER-WALTJEN, «The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law», in *European Family Law, Volume I, The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, cit., pp. 49 a 94, e, na doutrina portuguesa, SUSANA ALMEIDA, 2008, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas*

contém a proteção de interesses patrimoniais¹⁷ – prevista no art. 8.º da Convenção abrange quer a família «natural» quer a denominada «família legítima»¹⁸ e a afirmação de que, ainda que se aceitasse – como algo «legítimo», e até «meritório», nas palavras do TEDH¹⁹ – o encorajamento da «família tradicional», tal não poderia resultar de soluções que se destinem ou conduzam à lesão («*destinées ou aboutissant à léser*») da «família natural»²⁰, nem poderia redundar na privação dos direitos fundamentais dos membros da última²¹. Ora, como se sublinha na mesma decisão, o respeito pelo dever de proteção da vida familiar importa a vinculação dos Estados-Partes não só ao cumprimento de obrigações negativas – o Estado, através dos seus órgãos, deve abster-se de adotar ações que produzam a violação dos direitos protegidos pela CEDH –, mas também ao cumprimento de obrigações positivas – o Estado deve adotar comportamentos positivos tendentes à tutela do direito em causa, nomeadamente, atuando contra atos que consubstanciem atentados contra a mesma praticados por terceiros²².

Não nos detendo só na decisão do caso *Marckx c. Bélgica* e continuando a percorrer a jurisprudência do TEDH, importa destacar, de seguida, as decisões proferidas nos casos *Johnston e Outros c. Irlanda*²³, *Inze c. Áustria*²⁴, *Kroon e Outros c.*

formas de família, Coimbra, Coimbra Editora, e, mais recentemente, JORGE DUARTE PINHEIRO, 2019, «Direito ao respeito pela vida familiar», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos protocolos adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, pp. 1511- 1537; CRISTINA DIAS, 2019, «Direito ao Casamento II», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, Vol. II, cit., pp. 1934 -1951, e 2012, «A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família», in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 15, Porto, Universidade Portucalense, pp. 35-48, e ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, «Direito ao Casamento I», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, Vol. II, cit., pp. 1909 -1933.

¹⁷ *Marckx c. Bélgica*, cit., § 52, destacando as obrigações alimentares ou os direitos sucessórios (legitimários) previstos nos direitos internos.

¹⁸ *Marckx c. Bélgica*, cit., § 48.

¹⁹ *Marckx c. Bélgica*, cit., § 40. O Tribunal reiterou a afirmação de que não pode ser excluído o caráter legítimo da proteção da família tradicional. Veja-se, por exemplo, *Mazurek c. França*, n.º 34406/97, 1 de maio de 2000, § 50.

²⁰ *Marckx c. Bélgica*, cit., § 40.

²¹ *Id.*, § 48.

²² A consagração da proteção do direito ao respeito pela vida privada no art. 8.º, n.º 1, tem, primeiramente, o significado de que o «Estado não pode imiscuir-se no exercício desse direito, salvo sob as estritas condições enunciadas no n.º 2 (art. 8-2)». O objeto do artigo é «essencialmente» o de proteger «o indivíduo contra ingerências arbitrárias das autoridades públicas». Mas a tutela do citado direito, «não compele, no entanto, o Estado apenas a abster-se de tal interferência: a este compromisso primariamente negativo podem ser acrescentadas obrigações positivas inerentes a um efetivo “respeito” pela vida familiar (...) permitindo às pessoas conduzir “uma vida familiar normal”», como se lê no § 31 da decisão do caso *Marckx c. Bélgica*, cit. Para mais desenvolvimento sobre o relevo do impacto desta decisão no direito da família, veja-se, por todos, WALTER PINTENS e JENS SCHERPE, 2011, «The Marckx case: a “whole code of family law”?», in *Landmark Cases in Family Law*, Hart Publishing, pp. 155 a 175.

²³ *Johnston e Outros c. Irlanda*, n.º 9697/82, 18 de dezembro de 1986.

²⁴ *Inze c. Áustria*, n.º 8695/79, 28 de outubro de 1987.

*Países Baixos*²⁵, *Mazurek c. França*²⁶, *Camp e Bourimi c. Países Baixos*²⁷, *Haas c. Países Baixos*²⁸, *Merger e Cros c. França*²⁹, *Pla e Puncernau c. Andorra*³⁰, *Brauer c. Alemanha*³¹, todos decididos antes do caso *Fabris c. França*, em que centramos a nossa atenção. Já depois deste, não podem deixar de ser consideradas as decisões no caso *Mitzinger c. Alemanha*³² e no caso *Quilichini c. França*³³.

Feito esse percurso, somos conduzidos à conclusão de que o tratamento diferenciado dos filhos nascidos fora do casamento em relação ao que é reconhecido aos filhos nascidos na constância do casamento importará a violação do princípio da proibição de discriminação prevista no art. 14.º da CEDH³⁴, a menos que se possa afirmar que existe «justificação objetiva e razoável». Essa conclusão corresponde a «jurisprudência constante» do TEDH, como relembra o Tribunal na decisão do caso *Quilichini c. França*³⁵. Assim sendo, como reiteradamente³⁶ é afirmado, se a distinção operada entre pessoas que se encontram em «situações comparáveis» não prosseguir um «fim legítimo» ou se não existir uma «relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado», a distinção não assentará numa justificação que mereça ser qualificada como «objetiva e razoável» do que resultará o seu carácter discriminatório.

Ora, o TEDH, dando por assente que existe um tratamento diferenciado de um filho nascido fora do casamento em relação ao que é reconhecido aos filhos nascidos na constância do casamento, averigua se essa diferenciação é, nos termos referidos, discriminatória, violando o art. 14.º. Como se sabe, este preceito «complementa as outras disposições substantivas da Convenção e dos seus protocolos», não tendo «existência independente», na medida em que tem efeito «somente em relação com “o gozo dos direitos e liberdades” reconhecidas nessas disposições»³⁷. Assim sendo, «ainda que a aplicação do art. 14.º não pressuponha a violação dessas disposições – e, nessa medida, é autónoma – não pode haver lugar à sua aplicação [do art 14.º] a menos que os factos em questão se enquadrem numa ou mais»

²⁵ *Kroon e Outros c. Países Baixos*, n.º 18535/91, 27 de outubro de 1994.

²⁶ *Mazurek c. França*, cit.

²⁷ *Camp e Bourimi c. Países Baixos*, n.º 28369/95, 3 de outubro de 2000.

²⁸ *Haas c. Países Baixos*, n.º 36983/97, 13 de janeiro de 2004.

²⁹ *Merger e Cros c. França*, n.º 68864/01, 22 de dezembro de 2004.

³⁰ *Pla e Puncernau c. Andorra*, n.º 69498/01, 13 de julho de 2004. Sobre esta decisão, veja-se DANIEL MORAIS, «Proibição de discriminação e liberdade testamentária», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos protocolos adicionais*, Vol. II, cit., pp. 1973 a 1995.

³¹ *Brauer c. Alemanha*, n.º 3545/04, 28 de maio de 2009 (fundo) e 28 de janeiro de 2010 (reparação razoável – resolução amigável).

³² *Mitzinger c. Alemanha*, n.º 29762/10, 9 de fevereiro de 2017 (fundo) e 25 de janeiro de 2018 (reparação razoável – arquivamento).

³³ *Quilichini c. França*, n.º 38299/15, 14 de março de 2019.

³⁴ No artigo é destacada a distinção fundada no «nascimento».

³⁵ *Quilichini c. França*, cit., § 35.

³⁶ Vejam-se, por exemplo, *Marckx c. Bélgica*, cit., § 33; *Inze c. Áustria*, cit., § 41; *Mazurek c. França*, cit., §§ 46 a 48; *Fabris c. França*, cit., § 56; *Mitzinger c. Alemanha*, cit., § 36, e *Quilichini c. França*, cit., § 35.

³⁷ *Mitzinger c. Alemanha*, (fundo), cit., § 30.

dessas disposições³⁸. No âmbito em análise, considerando o sentido das decisões analisadas, conclui-se que, no que respeita ao âmbito sucessório, a discriminação dos filhos nascidos fora do casamento consubstanciou uma violação do art. 14.º conjugado com o art. 8.º da CEDH³⁹ ou uma violação do art. 14.º conjugado com o art. 1.º do Primeiro Protocolo⁴⁰ que consagra a proteção da propriedade.

À luz deste contexto, consideremos, agora, então, o caso *Fabris c. França*.

3. Breve descrição do caso *Fabris c. França*

A situação fáctica que serve de base ao caso *Fabris c. França* é a que passaremos, sucintamente, a expor⁴¹. Henry Fabris nasceu em 1943, tendo sido reconhecido à nascença pelo seu pai. A sua mãe (R) era, ao tempo da sua conceção, casada com outro homem, M (de quem se separou por decisão de 28 de fevereiro de 1967), tendo nascido desse casamento dois filhos (A, nascido em 1923, e J.L., nascido em 1941).

Em 24 de janeiro de 1970, R e M celebram, através de ato notarial, uma «*donation-partage*»⁴² dos seus bens entre os seus dois filhos (legítimos), A e J.L., – declarando aí os doadores não ter outros descendentes –, ato em que incluem a reserva a favor dos doadores do direito vitalício de usufruto sobre os bens doados e a previsão do direito de revogação para garantir o cumprimento dos termos do contrato.

M falece em 1981 e, por decisão de 24 de novembro de 1983 do Tribunal de Grande Instância de Montpellier, R é reconhecida judicialmente como mãe de Henry Fabris, com base na demonstração da posse de estado de filho natural daquela. Alguns meses depois, em janeiro de 1984, Henry Fabris apresenta oposição ao ato de «*donation-partage*» celebrado em 1970, fundando-a no estabelecimento da sua filiação em relação a R. Esta falece em 28 de julho de 1994, tendo Henry Fabris recebido, em 7 de setembro do mesmo ano, comunicação do notário responsável pela sucessão de R, em que aquele era informado que, como filho «adulterino», não receberia mais do que metade daquilo que cabia aos filhos legítimos de acordo com os arts. 913 e 915 do Código Civil francês nas versões então vigentes. Ademais, o notário comunicava que a sua meia-irmã, A, e seu meio-irmão, J.L.,

³⁸ *Idem*, seguindo *Brauer c. Alemanha*, cit., § 28, e, também, o em análise, *Fabris c. França*, cit., § 47.

³⁹ Vejam-se os casos *Marckx c. Bélgica*, cit. (neste caso também se verificou uma violação do art. 8.º *per se*); *Camp e Bourimi c. Países Baixos*, cit.; *Pla e Puncernau c. Andorra*, cit.; *Brauer c. Alemanha*, cit., e *Mitzinger c. Alemanha* (fundo), cit.

⁴⁰ Considerem-se os casos *Inze c. Áustria*, cit.; *Mazurek c. França*, cit.; *Merger e Cros c. França*, cit.; e *Quilichini c. França*, cit.

⁴¹ Vamos seguir, nesta secção, os §§ 9 a 23 da decisão principal.

⁴² Para uma enunciação do que é uma «*donation-partage*», veja-se o que é dito pelo TEDH na decisão do caso *Fabris c. França*, cit., § 24. Trata-se de uma figura próxima da partilha em vida prevista no art. 2029.º do Código Civil português. Sobre a partilha em vida, veja-se, entre nós, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, 2000, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, pp. 36 e ss.; RITA LOBO XAVIER, 2022, *Manual de Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, pp. 211 e ss.; JORGE DUARTE PINHEIRO, 2022, *O Direito das Sucessões contemporâneo*, 5.ª ed., Gestlegal, pp. 328 e ss., e CRISTINA DIAS, 2023, *Lições de Direito das Sucessões*, 8.ª ed.ª, Coimbra, Almedina, pp. 59 e ss.

estavam dispostos a pagar-lhe, em dinheiro, uma determinada quantidade de francos franceses (correspondente a cerca de 45 477 euros), recordando, do mesmo passo, que a redução da «*donation-partage*», em caso de surgimento superveniente de um filho dos doadores, seria apenas uma redução pecuniária e, em nenhuma circunstância, uma redução em espécie. Não se alcançou, no entanto, entre os três irmãos, acordo sobre a matéria e Henry Fabris, em 7 de janeiro de 1998, intentou uma ação contra os seus dois meios-irmãos, para redução da «*donation-partage*» ao abrigo da versão então vigente dos arts. 1077-1 e ss. do Código Civil e atribuição ao requerente de uma quota legitimária («*part réservataire*») igual à daqueles no património hereditário da sua mãe, invocando, para o efeito, o regime adotado em França⁴³, pela Lei n.º 2001-1135, de 3 de dezembro de 2001⁴⁴, que reconhecia aos filhos «adulterinos» direitos sucessórios iguais aos direitos dos filhos legítimos. Tratava-se de uma lei que havia entrado em vigor antes de ser proferida decisão na ação e cujas disposições transitórias previam que o regime da lei nova quanto à revogação dos artigos do Código Civil relativos aos direitos dos filhos «adulterinos»⁴⁵ se aplicava às sucessões já abertas à data da publicação da lei no jornal oficial (4 de dezembro de 2001) em que não tivesse havido partilha antes dessa data, ressaltando-se apenas a existência de acordo prévio entre as partes ou de decisão judicial definitiva. Segundo o entendimento de Henry Fabris, a Lei de 2001 havia operado a revogação tácita do art. 14.º da Lei de 3 de janeiro de 1972⁴⁶. Esta lei consagrava a igualdade no tratamento sucessório dos filhos nascidos fora do casamento em relação aos nascidos dentro do casamento com a exceção dos filhos adulterinos a quem era reconhecido apenas o direito a metade do que cabia aos outros filhos e, no seu art. 14.º, consagrava uma regra de direito transitório que afastava a aplicação imediata do novo regime (quer quanto a filhos naturais não adulterinos, quer quanto a filhos adulterinos, *i.e.*, quanto a filhos «ilegítimos» em que se abrangem ambas as situações) às sucessões abertas antes da sua entrada em vigor (1 de agosto de 1972) e impedia que os filhos nascidos fora do casamento (todos os filhos «ilegítimos», portanto) impugnassem doações *inter vivos* concluídas antes da entrada em vigor da lei⁴⁷.

Em primeira instância, o Tribunal de Grande Instância de Béziers, por decisão de 6 de setembro de 2004, deferiu o pedido do requerente, considerando que o regime de 1972 não subsistia por contrariedade ao regime adotado em 2001 e

⁴³ Na sequência da condenação da França, pelo TEDH, no caso *Mazurek c. França*, cit. Para uma descrição da evolução do direito francês, nomeadamente no sentido da implementação da igualdade (também de ordem patrimonial) nos efeitos da filiação, considere-se FRANÇOIS TERRÉ e DOMINIQUE FENOUILLET, 2018, *Droit Civil. La famille*, 9.ª ed., Dalloz, pp. 359 e ss.

⁴⁴ Doravante vamos referir-nos a esta lei como Lei de 2001.

⁴⁵ De acordo com o art. 25.º I da Lei de 2001, a entrada em vigor da mesma era diferida para 1 de julho de 2002, mas excepcionava-se a entrada em vigor das normas referidas em texto.

⁴⁶ A partir deste ponto, vamos referir-nos a esta lei como Lei de 1972.

⁴⁷ Este regime transitório operava, portanto, uma limitação significativa ao âmbito da reforma introduzida em 1972, limitação que abrangeria sucessões ainda não abertas, na medida em que quanto a elas houvessem sido celebradas doações *inter vivos* (nomeadamente «*donation-partage*»).

afirmando que o art. 14.º da Lei de 1972 violava os arts. 8.º e 14.º da CEDH, à luz da decisão no já citado caso *Marckx c. Bélgica* e que contrariava também o sentido de várias outras decisões, nomeadamente a proferida no caso *Mazurek c. França* – já emitida no momento em que se decidiu a ação proposta em 7 de janeiro de 1998 –, em que a França havia sido condenada e em que reiterou a afirmação do caráter discriminatório das diferenças de tratamento sucessório entre os filhos nascidos dentro do casamento e os filhos nascidos fora do casamento. Concluiu, portanto, que os direitos sucessórios legais de Henry Fabris eram iguais aos dos seus dois meios-irmãos.

Este entendimento não foi acompanhado pela segunda instância. O Tribunal de Recurso de Montpellier, em decisão de 14 de fevereiro de 2006, concluiu que o pedido de redução da «*donation-partage*» concluída em 1972 não procedia. Ancorou a sua decisão na seguinte linha de argumentação: por um lado, entendeu que o art. 14.º da Lei de 1972 não tinha sido revogado – nem expressamente, nem tacitamente⁴⁸ – pela Lei de 2001; por outro lado, considerou que a conclusão a que chegava e de que resultava um tratamento diferenciado de Henry Fabris, filho adulterino, face aos seus meios-irmãos não importava violação da CEDH, não sendo «inconciliável» com o princípio geral de igualdade de direito dos filhos, dado que existia «uma justificação objetiva e razoável» para o regime transitório previsto no art. 14.º da Lei de 1972, dado que o mesmo prosseguia um interesse legítimo, na medida em que garantia «uma certa paz nas relações familiares, assegurando direitos adquiridos nesse quadro, por vezes de longa data, sem, ao mesmo tempo, criar um desequilíbrio excessivo⁴⁹ entre herdeiros»⁵⁰.

A *Cour de Cassation*, por decisão de 14 de novembro de 2007, negou provimento ao recurso apresentado pelo requerente⁵¹, trazendo à colação *ex officio* um argumento puramente jurídico. Convocou o regime transitório da Lei de 2001, cujas disposições ressalvavam da aplicação imediata da nova lei às sucessões já abertas em data anterior à data da publicação da lei os casos em que já tivesse havido partilha antes dessa data. Ora, a *Cour de Cassation* entendeu que a partilha da herança de R havia ocorrido aquando da morte de R – que aconteceu em julho de 1994 –,

⁴⁸ Segundo o Tribunal, não havia contrariedade entre as leis e, de qualquer modo, o âmbito de aplicação do art. 14.º era mais amplo (contendo uma regra geral relativa aos efeitos retroativos das novas regras sobre filiação introduzidas em 1972) do que o do art. 915.º do Código Civil francês (artigo em que se previa que os direitos dos filhos adulterinos correspondiam apenas a metade do que coubesse aos outros filhos legítimos e os naturais não adulterinos que, por essa lei, foram equiparados) que a Lei de 2001 revogou expressamente.

⁴⁹ Segundo o Tribunal, o art. 14.º da Lei de 1972 conjugado com a Lei de 2001 apenas impedia a impugnação das doações *inter vivos* concluídas antes de 1 de agosto de 1972, deixando intocados os direitos sucessórios legítimos dos filhos adulterinos. Tratava-se de um argumento formal dado que, tendo a «*donation-partage*» abrangido todos os bens do *de cuius*, como aconteceu no caso *sub iudice*, o reconhecimento desses direitos, sem mais, traduzia-se no reconhecimento de direitos vazios.

⁵⁰ Em favor da posição adotada também era convocado o âmbito limitado (em termos temporais e quanto às liberalidades abrangidas) de aplicação.

⁵¹ No seu recurso, Henry Fabris invocava a violação do art. 14.º conjugado com o art. 1.º do Protocolo 1.

portanto, muito antes de dezembro de 2001, momento em que a Lei de 2001 entrou em vigor.

Henry Fabris (doravante, o requerente) apresentou, então, ao abrigo do art. 34.º da CEDH, uma queixa contra a República francesa junto do TEDH, alegando ter sofrido, no âmbito da sucessão da sua mãe, uma discriminação fundada no nascimento em violação do art. 14.º da CEDH conjugado com o art. 1.º do Protocolo 1 e com o art. 8.º da Convenção⁵².

4. As decisões do TEDH e as opiniões emitidas do Juiz Pinto de Albuquerque

Consideremos, então, necessariamente em traço grosso, os aspetos centrais das decisões proferidas pela 5.ª secção e pela *Grand Chambre* relativamente ao caso em análise e as observações tecidas pelo Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, nas suas opiniões às duas decisões proferidas pela *Grand Chambre*.

4.1. A decisão da 5.ª secção de 21 de julho de 2011

Ora, o caso *Fabris c. França* foi, inicialmente, atribuído à quinta secção do TEDH que, por decisão datada de 21 de julho de 2011, concluiu por cinco votos contra dois que não ocorria violação do art. 14.º da CEDH, conjugado com o art. 1.º do Protocolo n.º 1⁵³, e concluiu, por unanimidade, que não havia necessidade de analisar separadamente a queixa assente na violação do art. 14.º da Convenção conjugado com o art. 8.º.

Quanto ao primeiro aspeto, a 5.ª secção do TEDH considerou que, uma vez que a sucessão já estava aberta aquando da formulação da queixa pelo requerente, esta deveria, inicialmente, ser analisada à luz da averiguação da existência de uma alegada violação do direito ao respeito dos seus bens previsto no art. 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, em conjugação com o princípio da não discriminação consagrado no art. 14.º da Convenção⁵⁴.

⁵² § 3 da decisão da 5.ª secção no caso *Fabris c. França*, n.º 16574/08, 21 de julho de 2011, e § 36 e § 76 da decisão da *Grand Chambre Fabris c. França*, n.º 16574/08, [GC], 7 de fevereiro de 2013 (fundo).

⁵³ Os Juízes SPIELMAN e COSTA apresentaram a sua opinião dissidente, invocando, entre outros argumentos, a prevalência do princípio da não discriminação sobre os princípios dos direitos adquiridos e da segurança jurídica. Destacaram o facto de vários Tribunais franceses, na sequência da condenação da França no caso *Mazurek c. França*, cit., terem aplicado a lei nova de 2001, afastando a lei anterior, convocando a CEDH em conformidade com o art. 55 da Constituição francesa. Ademais, faziam notar que o sentido da decisão que foi adotada por maioria da 5.ª secção no caso *Fabris c. França* equivalia a reconhecer ao legislador nacional a possibilidade de afastar a força vinculativa (art. 56.º) das decisões definitivas do Tribunal nos litígios. Finalmente, defendiam que o sentido a atribuir ao direito interno deveria ser o mais conforme à CEDH tal como ela é interpretada pelo TEDH e, portanto, o sentido mais favorável ao filho adulterino. Rejeitaram, portanto, que existisse «uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo que se pretende alcançar».

⁵⁴ §§ 50 e 51 da decisão da 5.ª secção no caso *Fabris c. França*, n.º 16574/08, 21 de julho de 2011. O Tribunal seguiu, aqui, a sua jurisprudência anterior, nomeadamente a decisão proferida no

Assente este ponto, cabia ao TEDH averiguar se a aplicação do direito interno francês ao caso *sub iudice*, que gerava uma diferença de tratamento do filho adulterino face aos outros filhos, era discriminatória, violando o art. 14.^{o55}. Ora, a 5.^a secção, a esse propósito, acompanhou o Tribunal de Recurso de Montpellier, considerando que a solução prevista no art. 14.^o da Lei de 1972 (não revogada pela Lei de 2001) visava «garantir a segurança jurídica que as doações [*inter vivos* celebradas antes da entrada em vigor da lei] demandavam»⁵⁶, apresentando, portanto, «uma justificação objetiva e razoável relativamente ao objetivo legítimo prosseguido» que era o de «assegurar relações familiares pacíficas através da garantia de direitos estabelecidos nesse contexto, por vezes de longa data»⁵⁷. Considerando que, no caso *sub iudice*, já tinha havido partilha de bens⁵⁸, a 5.^a secção concluiu que a diferença de tratamento entre Henry Fabris e os seus meios-irmãos, quanto à herança da sua mãe, era proporcional àquele objetivo, já que os tribunais nacionais, na interpretação feita do regime transitório das Leis de 1972 e de 2001, haviam alcançado, naquela concreta situação, «um equilíbrio adequado entre os interesses concorrentes – nomeadamente, os direitos há muito adquiridos pelos filhos legítimos do casal M e R e os interesses pecuniários do requerente»⁵⁹. A interpretação adotada no caso vertente pelo Tribunal de Recurso de Montpellier e pela *Cour de Cassation* não parecia, portanto «irracional ou arbitrária ou flagrantemente incompatível com a proibição de discriminação prevista no art. 14.^o e, mais amplamente, com os princípios subjacentes à Convenção»⁶⁰.

Assim sendo, existindo «uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo que se pretende alcançar», conclui-se, por maioria, que não se verificava violação do art. 14.^o da CEDH conjugado com o art. 1.^o do Protocolo n.º 1⁶¹.

4.2. A decisão da *Grand Chambre* sobre o fundo da questão de 7 de fevereiro de 2013

Ao abrigo do n.º 1 do art. 43.^o da CEDH, o requerente solicitou, em 6 de setembro de 2011, a devolução do assunto a *Grand Chambre*. Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, um coletivo composto por cinco juízes da *Grand Chambre* aceitou a petição,

caso *Mazurek c. França*, cit., § 24.

⁵⁵ *Idem*, § 55.

⁵⁶ § 57 da decisão da 5.^a secção no caso *Fabris c. França*, n.º 16574/08, 21 de julho de 2011. E o princípio da segurança jurídica, como o TEDH recordava, convocando o caso *Marckx c. Bélgica*, cit., é «necessariamente inerente ao direito da Convenção como ao direito comunitário» (§ 58). *Idem*.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ O TEDH destaca esta diferença face aos casos *Mazurek c. França* e *Merger e Cros c. França*, em que ainda não tinha havido divisão de bens. *Idem*.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ § 58 da decisão da 5.^a secção no caso *Fabris c. França*, n.º 16574/08, 21 de julho de 2011.

⁶¹ *Idem*.

entendendo, portanto, que o assunto levantava uma questão grave, nomeadamente quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus protocolos.

A *Grand Chambre* pronunciou-se sobre o caso, proferindo a sua decisão, quanto ao fundo da questão, a 7 de fevereiro de 2013, tendo-se nela afastado do entendimento acolhido pela 5.º secção cerca de ano e meio antes. Assim, depois de ter recordado que a afirmação da violação do art. 14.º pressupõe que os factos do caso *sub iudice* caibam no âmbito de aplicação de uma ou mais normas da Convenção ou dos seus Protocolos⁶², foi averiguar se os mesmos convocavam a aplicação do art. 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção. Recordou, a esse propósito⁶³, que a noção de «bens» a que se reporta a parte inicial do artigo tem um «significado autónomo que não se limita à propriedade de bens físicos e é independente da classificação formal no direito interno», abrangendo, portanto, «certos outros direitos e interesses que constituem ativos» e, nessa medida, podem ser considerados «bens» para efeitos desta disposição. Consequentemente, ainda que aquele preceito «não garanta o direito de adquirir bens [...] em particular por via de sucessão *ab intestat* ou liberalidades»⁶⁴, a noção de bens aí empregada abrange, para além de «bens atuais», também outros «valores patrimoniais» a que pode subsumir-se a existência de uma “esperança legítima” de obter o gozo efetivo de um direito de propriedade»⁶⁵. Para averiguar se, no caso concreto, o requerente era titular de um «interesse substancial» protegido por aquela norma⁶⁶, foi decisivo para a *Grand Chambre* a conclusão de que o argumento decisivo⁶⁷ para as autoridades internas terem negado ao requerente o direito de exigir a redução da «*donation-partage*» foi o facto de ele ser um filho adulterino da autora da sucessão, sua mãe. O TEDH ficou convencido de que, «se não existisse esse motivo discriminatório, o interessado teria tido o direito, sancionado pelos tribunais internos, sobre [...] o valor patrimonial” de que o requerente foi privado»⁶⁸. Concluiu, portanto, que os interesses patrimoniais do requerente cabiam no campo de aplicação do art. 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção⁶⁹.

De seguida, a *Grand Chambre* foi apreciar se o fundamento para o tratamento diferenciado do requerente, por ser filho adulterino, face aos outros dois filhos «legítimos» da autora da sucessão se fundava numa «justificação objetiva e razoável»⁷⁰, recordando que os Estados gozam de uma margem de apreciação na definição do tratamento diferenciado de situações análogas – margem que, variando em função

⁶² *Fabris c. França*, [GC], (fundo), cit., § 47. A esse ponto, referimo-nos, brevemente, *supra* na secção 2.

⁶³ *Fabris c. França*, [GC], (fundo), cit., § 49.

⁶⁴ *Idem*, § 50.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ *Idem*, § 51.

⁶⁷ A *Grand Chambre* usa expressões como «unicamente em consideração do carácter adulterino da sua filiação» ou «essa qualificação da sua filiação estando na origem da decisão da *Cour de Cassation*». *Idem*, § 52.

⁶⁸ *Idem*, § 52.

⁶⁹ *Idem*, § 55.

⁷⁰ Vejam-se as breves observações que já deixámos feitas *supra* na secção 2.

das «circunstâncias, domínios e contextos», cabe ao TEDH, em última instância, apreciar⁷¹. Ora, a esse propósito, a Grand Chambre recordou que, de acordo com a sua «jurisprudência constante» a partir do caso *Marckx c. Bélgica*, se consideraram as restrições aos direitos sucessórios dos filhos com base no nascimento (dentro ou fora do casamento) «incompatíveis» com a Convenção, merecendo, portanto, a proibição da discriminação de um filho nascido «fora do casamento» («filho natural») a qualificação como «norma de proteção da ordem pública europeia»⁷². Consequentemente, só a apresentação de «razões muito fortes» pode justificar que se considere «compatível com a Convenção uma diferença de tratamento baseada no nascimento fora do casamento»⁷³.

Nesta linha de raciocínio, a *Grand Chambre*, assente que havia uma diferença de tratamento sofrida pelo requerente por força apenas do seu nascimento fora do casamento, foi verificar se essa diferença de tratamento se justificava pela prossecução de um «fim legítimo». Começou por descartar a força de convencimento do argumento segundo o qual a negação de direitos sucessórios a algum ou alguns familiares contribuisse para «reforçar a paz no seio de uma família». Admitiu, no entanto, que a promoção da segurança jurídica possa alcançar-se com a proteção de direitos adquiridos⁷⁴, e que o afã em garantir «estabilidade» das soluções sucessórias acordadas é um fim legítimo⁷⁵. Importava, no entanto, saber se a prossecução desse fim era concretizada através de uma diferença de tratamento proporcional.

Ora, a esse propósito, a *Grand Chambre* é clara a afirmar que, apesar de, no caso em análise, os meios-irmãos já terem adquirido direitos patrimoniais por força da «*donation-partage*» concluída em 1970⁷⁶, a proteção da «“expetativa legítima” do *de cuius* e da sua família deve estar subordinada ao imperativo de igualdade de tratamento entre crianças nascidas fora do casamento e crianças nascidas dentro do casamento»⁷⁷. Ora, acresce que, na situação em apreciação, os meios-irmãos do requerente «sabiam» ou «deveriam saber» que os direitos adquiridos podiam ser impugnados, dado que, no prazo legalmente fixado de 5 anos a contar da data da morte da sua mãe, poderia ser intentada ação de redução da «*donation-partage*» e que, para além disso, na pendência da ação de redução interposta, em 1998, pelo requerente, foi proferida a decisão do TEDH no caso *Mazurek c. França* e foi publi-

⁷¹ *Idem*, § 55.

⁷² *Idem*, § 57. E ainda que não caiba ao TEDH intervir em litígios puramente privados, o Tribunal tem de intervir se se confrontar com um ato jurídico ou prática que se apresente como «irracional, arbitrária ou em contradição flagrante inconsistente com a proibição de discriminação prevista no art. 14 e, mais amplamente, com os princípios subjacentes à Convenção» (*Idem*, § 60).

⁷³ *Idem*, § 59.

⁷⁴ *Idem*, § 66. Por essa razão, aliás, o TEDH já havia decidido a não admissibilidade de uma queixa relativa à pretensão de um filho adulterino relativamente a uma herança aberta e partilhada antes da Lei de 2001.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ *Idem*, § 67. E, nesse ponto, o caso *Fabris c. França* também se distanciava dos casos *Mazurek c. França* e *Merger e Cros c. França*.

⁷⁷ *Idem*, § 68. Para esse efeito convoca a decisão no caso *Brauer c. Alemanha*, cit., § 43.

cada a Lei 2001 que, em cumprimento do estatuído naquela decisão que condenava a França, reformou o direito sucessório francês, eliminando a desigualdade dos direitos sucessórios dos filhos em razão do nascimento. Ademais, o reconhecimento judicial de que o requerente era filho de R ocorreu em 1983, pelos que os seus meios-irmãos não desconheciam a existência de mais esse herdeiro da sua mãe, o que bastava para gerar «dúvidas justificadas» sobre se a herança tinha efetivamente sido transmitida por morte de R, em 1994⁷⁸. Na aferição da proporcionalidade, não podia também ser olvidada, segundo o Tribunal, a tendência «clara» manifestada na jurisprudência europeia e nas reformas legislativas de vários direitos nacionais no sentido da «supressão de toda a discriminação» no tratamento sucessório dos filhos nascidos fora do casamento e a publicação da Lei francesa de 2001, no período em que a ação do requerente esteve pendente nos tribunais franceses. A consideração desses factos conduzia necessariamente à relativização da expectativa dos meios-irmãos do requerente de que os direitos adquiridos sobre os bens eram indiscutíveis⁷⁹.

Sopesando todos estes argumentos, a *Grand Chambre* concluiu que a proteção dos direitos sucessórios dos meios-irmãos do requerente, ainda que consubstanciasse um «fim legítimo», não tinha peso suficiente para postergar a «pretensão do último a obter uma parte da herança da sua mãe»⁸⁰, pelo que faltava a «relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim prosseguido»⁸¹. Consequentemente, a diferença de tratamento do requerente não assentava numa «justificação objetiva e razoável» do que resultava o seu caráter discriminatório e, nessa medida, a *Grande Chambre* decidiu, por unanimidade, que ocorria a verificação de uma violação do art. 14.º da CEDH em conjugação com o art. 1.º do protocolo n.º 1 da Convenção⁸². Ademais, foi também decidido, por unanimidade, que não havia necessidade de analisar separadamente a queixa assente na violação do artigo 14.º conjugado com o art. 8⁸³ e que não se estava em condições de apreciar a questão da atribuição à parte lesada uma reparação razoável nos termos do art. 41.⁸⁴

Chegados a este ponto, importa considerar a opinião concordante do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE quanto à decisão da *Grand Chambre* sobre o fundo da questão no caso *Fabris c. França*⁸⁵. O juiz vem pôr em destaque duas outras questões levantadas pelo caso *Fabris c. França* e que acrescem à problemática do princípio da igualdade e da proibição da discriminação perante a lei com base no nascimento fora do casamento. São elas: a questão da eficácia retroativa das decisões do TEDH e a questão da competência deste tribunal no controlo da execução pelas autoridades nacionais daquelas decisões. Trata-se de duas problemáticas que «revestem uma

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Idem*, § 69.

⁸⁰ *Idem*, § 70.

⁸¹ *Idem*, § 73.

⁸² *Idem.*

⁸³ *Idem*, §§ 76 a 81.

⁸⁴ *Idem*, §§ 82 a 85.

⁸⁵ Vamos seguir, aqui, a opinião do juiz tal como ela se encontra na versão inglesa da decisão, reportando-se, portanto, a nossa referência às páginas em que se encontram as afirmações do juiz à paginação dessa versão.

importância capital para o sistema de proteção dos direitos humanos na Europa» e que não são tratadas na decisão proferida pela *Grand Chambre*. Por esse facto, o Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, concordando com a afirmação da violação do art. 14.º da CEDH em conjugação com o art. 1.º do protocolo n.º 1 da Convenção, não acompanha a fundamentação que a sustenta⁸⁶.

Assim sendo, o juiz vem recordar que não pode extrair-se do disposto no art. 46.º da CEDH a conclusão de que os efeitos das decisões do TEDH se circunscrevem às partes do litígio. Na verdade, a leitura mais acertada do preceito acabado de referir tem de ser feita em articulação com o disposto no art. 1.º da CEDH, artigo em que está prevista a obrigação das Altas Partes Contratantes respeitarem os direitos humanos, reconhecendo «a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I» da Convenção. Nessa medida, afirma-se o efeito direto e *erga omnes* das decisões do TEDH⁸⁷. Assim, à luz de uma «interpretação ampla» da missão do Tribunal, que abrange quer as condições de admissibilidade e arquivamento das queixas apresentadas ao Tribunal, quer os efeitos das suas decisões, «os Estados Partes não envolvidos no processo não devem fechar os olhos à interpretação autêntica da Convenção feita pelo Tribunal, que é a última instância investida desse poder»⁸⁸. Nesse sentido, depõe também o «princípio de boa-fé na execução de um tratado e uma “aplicação rigorosa” do princípio da subsidiariedade»⁸⁹. Por isso, como sublinha o Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, «a plena implementação da Convenção a nível nacional exige que os Estados Partes tomem todas as medidas necessárias para reparar e, de preferência, prevenir as violações», acrescentando que «o incumprimento da jurisprudência do Tribunal, mesmo por Estados que não são partes nos litígios [...] seria contrário à obrigação [...] de agir de forma eficaz, rápida e preventiva, a fim de garantir a todos os direitos e liberdades da Convenção». Destaca, por isso, que, cabendo ao TEDH nos termos do art. 19.º, assegurar o respeito dos compromissos que resultam para as Altas Partes Contratantes da CEDH e dos seus protocolos, não podem os Estados parte limitar o efeito direto e *erga omnes* das decisões definitivas e vinculativas do Tribunal⁹⁰.

O Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE vem, também, pôr em destaque que as decisões do TEDH deixaram de ter uma natureza «puramente declaratória», ganhando crescentemente um «caráter prescritivo» e dando o Tribunal aos Estados «orientações» e mesmo «instruções sobre a maneira de executar uma decisão»⁹¹. Assim, a obrigação de os Estados cumprirem as decisões do TEDH desdobra-se numa dupla vertente, de obrigação de os resultado e de meios⁹². Ademais, para garantir

⁸⁶ Opinião concordante, decisão na versão em inglês, p. 29.

⁸⁷ *Idem*. O Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE traz à colação a decisões nos casos *Irlanda c. Reino Unido*, n.º 5310/71 (§ 239), 18 de janeiro de 1978, e *Karner c. Áustria*, n.º 40016/98, 24 de julho de 2003 (§ 26).

⁸⁸ *Idem*, p. 30.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ *Idem*, p. 31.

⁹¹ *Idem*.

⁹² *Ibidem*.

o efetivo cumprimento dos direitos humanos, ao interpretar os tratados que consagram esses direitos deve adotar-se a «interpretação mais protecionista» e não deve olvidar-se a afirmação *firme* do poder do TEDH de supervisão do decidido nos seus acórdãos⁹³. O controlo por parte do Tribunal relativamente à aplicação do art. 46.º apresenta-se «crucial»⁹⁴ e é um mecanismo que promove «a eficácia a longo termo do conjunto do sistema de proteção dos direitos humanos na Europa»⁹⁵.

A esta luz, o Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE entendeu que a decisão do caso *Fabris c. França* se apresentava como «um teste aos efeitos materiais e temporais» da decisão proferida, em 2000, no caso *Mazurek c. França*, dado que nele se apreciava a aplicação (retroativa) do sentido dessa decisão a uma sucessão aberta em França em 1994⁹⁶. Para o citado juiz, o reconhecimento judicial, em 1983, da sua filiação em relação a R originou a seu favor uma esperança legítima de ser um dos herdeiros de sua mãe, tendo-se convertido essa esperança, na data da morte da última, em direito adquirido a uma quota hereditária na herança da mesma que merece a proteção do art. 1.º do protocolo 1 e contra o qual não pode valer a «*donation-partage*» realizada antes da abertura da sucessão de R⁹⁷. Na verdade, para o Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, decorria da regra de direito transitório da Lei de 2001 um tratamento diferenciado sem justificação suficiente dos filhos nascidos fora do casamento, que consubstanciava uma violação da decisão do caso *Mazurek c. França* que o TEDH não deveria deixar de assinalar. Por seu lado, os tribunais franceses, perante a insuficiência do regime reformado⁹⁸, deveriam ter aplicado o sentido da decisão do caso *Mazurek c. França* retroativamente à sucessão de R, em detrimento dos regimes transitórios das Leis de 1972 e de 2001, dado que estava pendente a ação de redução intentada pelo requerente no momento em que a decisão citada do TEDH se tornou definitiva⁹⁹.

Finalmente, cumpre destacar a afirmação do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE segundo a qual, no contexto em análise, a convocação do princípio da segurança jurídica consubstancia uma «injunção dirigida aos Tribunais nacionais de se conformarem estritamente e sem nenhuma margem de apreciação aos acórdãos do Tribunal»¹⁰⁰.

Percorrida a linha argumentativa que, muito sinteticamente, expusemos, o citado juiz concluiu que se verificou uma falta de aplicação «de forma satisfatória»

⁹³ *Idem*, pp. 33 e 34. O juiz convoca o caso *Emre c. Suíça* (n.º 2), n.º 5056/10, 11 de outubro de 2011.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ *Idem*, p. 34.

⁹⁶ *Idem*, p. 35.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ Para uma reflexão recente e abrangente (que ultrapassa as questões colocadas pelo caso em análise) da consagração de uma quota reservada em favor de determinados familiares em França, dos fins que dessa forma se procuram prosseguir num contexto social em mudança, veja-se HUGUES FULCHIRON, 2023, «La “question” de la réserve héréditaire: retour sur un psychodrame franco-français», in *Cahiers de Droit*, 64 (1), março de 2023, pp. 137-156.

⁹⁹ *Idem*, pp. 36 e 37.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 38.

pela França, no caso concreto, do Acórdão *Mazurek c. França*, que importou uma violação do art. 14.º em articulação com o art. 1.º do Protocolo 1¹⁰¹.

4.3. A decisão da *Grand Chambre* sobre a reparação razoável de 28 de junho de 2013

Vejamos, por fim, a decisão da *Grand Chambre* destinada à apreciação da necessidade de atribuição ao lesado de uma reparação razoável nos termos do art. 41.º e que foi proferida em 28 de junho de 2013.

Nesta data, a *Grand Chambre*, apreciando a «resolução amigável» a que o Governo francês e o requerente haviam chegado – nos termos da qual seria atribuído a Henry Fabris o montante de 165 097,77 € em vista da reparação do conjunto de danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo mesmo e as despesas em que o mesmo incorreu como consequência da violação da CEDH que havia sido afirmada na decisão de 7 de fevereiro de 2013¹⁰² –, conclui que a mesma apresentava carácter equitativo, nos termos do art. 75.º, n.º 4, do Regulamento do TEDH, sendo, segundo o Tribunal, inspirada pelo «respeito pelos direitos humanos» como são reconhecidos pela Convenção e seus Protocolos. Nessa medida, a *Grand Chambre* decidiu arquivar o caso, em conformidade com o art. 43.º, n.º 3, do mesmo Regulamento¹⁰³. A decisão foi adotada por maioria de 16 votos contra um.

O Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE não acompanhou o sentido desta decisão da *Grand Chambre* expressando opinião dissidente. Concentremo-nos, pois, nas razões que sustentaram a discordância¹⁰⁴.

Face ao expendido na sua opinião concordante manifestada na decisão principal, compreende-se que o juiz citado considere que a decisão da *Cour de Cassation* – em que se desrespeita o sentido da decisão proferida no *Mazurek c. França* – constitui um facto ilícito internacional¹⁰⁵, não cabendo ao Estado condenado a possibilidade de manter a discriminação proibida, nem ao lesado uma decisão sobre a (não) correção da mesma¹⁰⁶. A França tem a obrigação de eliminar a discriminação de que o requerente foi vítima e integrar no seu direito interno o reconhecimento do direito do mesmo a suceder a uma quota dos bens da sua mãe. Ora, para o Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, a «resolução amigável» não conduz à consecução desses

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² O montante ficava abaixo do somatório dos valores peticionados pelo requerente e que resultava da adição dos seguintes valores parciais: 128 550,95 € correspondente à sua quota hereditária em igualdade face aos seus dois meios-irmãos e que deveria ser acrescida de juros legais; 30 000 € a título de reparação do dano moral; e 20 946 € a título de despesas realizadas.

¹⁰³ *Fabris c. França*, n.º 16574/08, [GC], 28 de junho de 2013 (reparação razoável – arquivamento), § 7.

¹⁰⁴ Vamos seguir, aqui, a opinião do juiz tal como ela se encontra na versão inglesa da decisão, reportando-se, portanto, a nossa referência às páginas em que se encontram as afirmações do juiz à paginação dessa versão.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 4.

¹⁰⁶ *Idem*.

resultados. Subsiste o facto judiciário internacionalmente ilícito e não se garante a devida proteção ao princípio da igualdade.

Segundo o juiz cuja opinião se expõe, a «plena execução» da decisão da *Grand Chambre Fabris c. França* exigia que a França tivesse dado concretização a «três consequências práticas»¹⁰⁷ que não dependem – nenhuma das três – da vontade do lesado: em primeiro lugar, a revisão da decisão impugnada da *Cour de Cassation* de 14 de novembro de 2007; em segundo lugar, a ocorrência de uma partilha *ex novo* do património de R, pelos tribunais nacionais, com a redução da «*donation-partage*» de 1970, para salvaguardar a quota hereditária do requerente; finalmente, em terceiro lugar, a revisão das regras de direito transitório da Lei de 2001 que importava exceções à aplicação do princípio da igualdade dos filhos nascidos dentro e fora do casamento nos casos em que a partilha tivesse ocorrido antes da data de publicação dessa lei. Trata-se de efeitos jurídicos que «decorrem obrigatoriamente» da decisão sobre o fundo da questão adotada a 7 de fevereiro de 2013. O facto de não terem sido implementados constitui para o juiz «um grave desrespeito pela autoridade do Tribunal»¹⁰⁸. Consequentemente, desaprova a «resolução amigável» e o arquivamento do pedido de «uma reparação razoável»¹⁰⁹.

5. O princípio da proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento e o seu relevo na proteção sucessória dos mesmos à luz do direito português

O percurso que vimos fazendo na análise do caso *Fabris c. França* no contexto mais amplo da jurisprudência do TEDH suscita-nos algumas observações sobre o relevo do princípio da proibição de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento na evolução recente do direito da família e, muito particularmente, sobre os reflexos da vigência do princípio na proteção sucessória dos membros de um agrupamento familiar. Centraremos a nossa atenção no direito português, considerando, muito especialmente, a problemática da aplicação no tempo, no âmbito sucessório, do princípio da proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento.

5.1. A emergência do princípio da igualdade no âmbito familiar e a proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento

A emergência do princípio da igualdade no âmbito familiar em Portugal ocorreu como consequência da entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa de 1976 (doravante, CRP). Enfatizando o significado da transformação que assim se operava no âmbito familiar, encontra-se no texto constitucional, para além da proclamação do princípio da igualdade no art. 13.º, a consagração, como

¹⁰⁷ Seguimos, aqui, de perto o que está exposto na p. 5.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

seus «corolários imediatos»¹¹⁰, da igualdade entre os cônjuges (art. 36.º, n.º 3) e da igualdade entre os filhos nascidos dentro e fora do casamento (art. 36.º, n.º 4).

O princípio da igualdade aparece, assim, como um dos pilares em que assenta o novo modelo familiar inaugurado, em Portugal, nas últimas décadas do século XX, por força da nova Constituição¹¹¹. No que à filiação respeita, alterações profundas no regime vigente decorreram da afirmação de que «os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação». O art. 36.º, n.º 4, provocou, por isso, a derrocada de um modelo familiar assente na ideia de que a família legítima assenta na celebração do casamento¹¹².

Proscreeveu-se, então, a discriminação, quer no plano formal, quer no plano material¹¹³. Não podem, portanto, ser usadas formulações discriminatórias (por exemplo, as de filho «ilegítimo», «natural», «bastardo»), nem pode ser previsto um regime substancial que discrimine os filhos pelo mero facto de terem nascido fora do casamento sem que para tal exista uma razão bastante à luz da CRP. Na verdade, não se deriva do art. 36.º, n.º 4, a imposição de que o regime aplicável aos filhos nascidos dentro e fora do casamento seja absolutamente idêntico, o que dele se retira é a proibição da consagração de uma solução que seja desfavorável aos filhos nascidos fora de casamento e que não seja justificada pela «diversidade das condições de nascimento»¹¹⁴. Aceita-se, por isso, a compatibilidade à Constituição de várias diferenças de regime, nomeadamente quanto ao estabelecimento da filiação¹¹⁵.

O princípio previsto no n.º 4 do art. 36.º é «susceptível de várias irradiações»¹¹⁶. Na verdade, a proibição constitucional de discriminação concerne não somente às normas jurídicas que diretamente procedem à definição do estatuto jurídico dos filhos e àquelas que com ele contendem diretamente, mas também àquelas em que

¹¹⁰ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, 2017, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I. *Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º*, 2.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, comentário ao art. 13.º, p. 178.

¹¹¹ Sobre essa transformação no plano matrimonial, veja-se, desenvolvidamente, o nosso 2018, *Convenções Matrimoniais. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, pp. 105 e ss.

¹¹² As ideias de tutela do casamento e da família legítima que pontificaram na definição dos critérios jurídicos da parentalidade foram sendo substituídas por outras diretrizes (biologista, sociológica, volitiva, funcional e assistencial). Sobre este assunto, ver, por todos, GUILHERME DE OLIVEIRA, 2016, «Critérios Jurídicos da parentalidade», in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, pp. 271-306.

¹¹³ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, 2016, *Curso de Direito da Família*, Vol. I. *Introdução. Direito Matrimonial*, com a colaboração de Moura Ramos, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, pp. 150 e 151.

¹¹⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, 1977, «Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 14.2.1978. Investigação da paternidade ilegítima: inconstitucionalidade do artigo 1860.º do Código Civil», in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, p. 170.

¹¹⁵ FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Direito da Família*, cit., p. 152.

¹¹⁶ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2007, *Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 1.º a 107.º*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, comentário ao art. 36.º, p. 565.

há uma conexão meramente indireta com ele, desde que, neste caso, «o interesse dos filhos seja elevado por lei a critério de decisão fundamental ou determinante»¹¹⁷.

O âmbito de aplicação do princípio sobre que nos debruçamos é muito amplo. Cumpre recordar que abrange todos os filhos nascidos dentro ou fora do casamento. Não podem, por isso, ser discriminados os filhos que nasçam na sequência de relações adulterinas, os filhos que nasçam no âmbito de união de facto ou os filhos que nasçam em famílias monoparentais. Acresce que o princípio não abrange apenas a relação familiar de parentesco de 1.º grau (a relação de filiação), antes abrangendo todas as espécies de parentesco¹¹⁸. Os seus efeitos não se circunscrevem tão-pouco às crianças, aplicando-se, portanto, também ao tratamento de pessoas que já tenham ultrapassado os 18 anos.

O n.º 4 do art. 36.º da CRP teve aplicação imediata e a mera entrada em vigor da Constituição de 1976, em 25 de abril de 1976, produziu, *per se*¹¹⁹, muitas alterações no direito ordinário anterior, à luz do previsto no, agora, n.º 2 do art. 290.º da CRP¹²⁰. Por força da superveniência da Constituição, ocorreu a cessação de vigência de várias normas infraconstitucionais, em virtude da sua desconformidade material à mesma. Foi o que aconteceu com as regras de direito sucessório que tratavam desfavoravelmente os parentes «ilegítimos», como nos referiremos na próxima secção.

¹¹⁷ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., comentário ao art. 36.º, p. 606. Foi o que ocorreu, por exemplo, no Acórdão n.º 359/91, de 9 de julho (*in* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910359.html>) em que foi declarada a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do Assento de 23 de abril de 1987 relativo à interpretação que deveria ser dada aos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil, na versão então vigente e que respeitava ao destino da posição contratual de arrendatário da casa de morada do casal em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens. O Assento do STJ ditava que essas normas não seriam aplicáveis à rutura das uniões de facto, mesmo que delas houvesse filhos menores. Considerando que o «interesse dos filhos» era erigido, pela lei, em critério relevante de decisão, o Tribunal Constitucional (TC) considerou que uma tal interpretação importava uma violação do princípio constitucional da não discriminação dos filhos, entendendo que a questão não se colocava «já no plano da diferente natureza do casamento e da união de facto, mas sim no plano do *interesse dos filhos* que, por força daquele preceito constitucional [art. 36.º, n.º 4], não podem conhecer tratamento discriminatório derivado do facto de os respectivos progenitores serem ou não casados». Semelhantemente, o Acórdão n.º 1221/96, de 4 de dezembro, do mesmo Tribunal (*in* <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19961221.html>) julgou inconstitucional, por violação do disposto no n.º 4 do artigo 36.º da CRP, «a norma do n.º 1 do artigo 1793.º do Código Civil na interpretação segundo a qual o regime nela previsto não é aplicável às situações de cessação de união de facto, se constituída esta *more uxorio*, havendo filhos menores nascidos dessa união».

¹¹⁸ O que tem impacto importante, no âmbito sucessório. Por isso, optamos por falar, nesse âmbito, do princípio da igualdade de parentesco.

¹¹⁹ Sem necessidade de intervenção legislativa, por exemplo, através do Dec.-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, que reformou o Código Civil.

¹²⁰ Correspondente ao n.º 1 do art. 293.º do texto originário da CRP. Sobre este fenómeno de cessação de vigência, *vide* JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, 2020, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, 2.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, pp. 831 e 832.

5.2. A aplicação no tempo da lei que eliminou o tratamento discriminatório dos filhos nascidos fora do casamento no âmbito sucessório em Portugal

Com a entrada em vigor da Constituição, várias normas de direito sucessório português não puderam subsistir dada a sua clara e manifesta incompatibilidade com o princípio previsto no art. 36.º, n.º 4. Assim aconteceu, por exemplo, com as normas que previam quotas desiguais para descendentes legítimos e ilegítimos na sucessão legítima (arts. 2139.º, n.º 2, e 2140.º, n.º 2) e na sucessão legitimária (arts. 2158.º, n.º 2, e 2159.º); as que determinavam uma preferência absoluta dos irmãos legítimos e seus descendentes legítimos sobre os irmãos ilegítimos e seus descendentes (arts. 2143.º e 2144.º), as que circunscreviam o direito de representação na sucessão testamentária aos descendentes legítimos (art. 2041.º, n.º 1) ou ainda as que consagravam a preferência dos parentes legítimos no exercício do cargo de cabeça de casal (art. 2080.º, n.º 2).

Do efeito revogatório das normas desconformes à Constituição nasceram lacunas que era necessário preencher. Ora, na tarefa de integração assim tornada necessária, e igualmente na de (re)interpretação, à luz do novo quadro constitucional, das normas cuja vigência subsistiu à entrada em vigor da Constituição¹²¹, o princípio da igualdade desempenhou um papel central. No âmbito sucessório, à luz das diretrizes traçadas pelo art. 10.º do Código Civil, esse princípio forneceu uma diretriz que devia ser observada na melindrosa tarefa de integração de lacunas, iluminando a operação de identificação da solução a aplicar às hipóteses carecidas de tratamento jurídico. Historicamente, muitas dessas lacunas viriam a desaparecer com a entrada em vigor do Dec.-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, diploma através do qual o legislador procurou adaptar as normas do Código Civil aos ditames constitucionais em matéria de direitos, liberdades e garantias.

Ora, no direito português anterior à CRP de 1976, havia um tratamento discriminatório dos filhos nascidos fora do casamento semelhante ao que ocorria no direito francês no caso em análise. Resultava, precisamente, do art. 2159.º conjugado com o art. 2139.º, n.º 2, do Código Civil português na redação original que, havendo concurso à sucessão de filhos legítimos ou legitimados e de filhos ilegítimos, cada um destes últimos tinha direito apenas a uma quota igual a metade da de cada

¹²¹ Também estas normas receberam da nova CRP «um novo fundamento de validade», sendo impregnadas pelos novos valores constitucionais, ainda que permaneçam formalmente inalteradas. Elas «são novadas no seu título ou na sua força jurídica, pela Constituição; e sistematicamente deixam de ser as mesmas». Por consequência, ao efeito extintivo de eficácia (por caducidade) referido, associa-se, por um lado, uma mudança no plano dos princípios enformadores dos vários ramos de direito, enquanto «revelações dos valores fundamentais da ordem jurídica acolhidos pela Constituição», e, por outro lado, e consequentemente, a necessidade de uma releitura das normas cuja vigência perdura, num esforço interpretativo que incorpore aqueles valores. Sobre os três principais corolários do fenómeno da «recriação ou novação» do direito anterior desconforme à nova Constituição, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, cit., pp. 831 e ss.

um dos outros. Com a entrada em vigor da CRP, passou a vigorar, no nosso direito sucessório, o princípio da igualdade de parentesco¹²².

Nos primeiros anos de vigência deste novo regime, em Portugal, surgiu também a controvérsia relativamente à aplicação no tempo, no âmbito sucessório, do novo regime de conformação do fenómeno sucessório com respeito pelo princípio da igualdade de parentesco. Divisaram-se, fundamentalmente, duas posições: aquela que propugnava a aplicação também às heranças abertas antes da data da entrada em vigor da Constituição, desde que ainda não tivessem sido objeto de partilha; e a outra que defendia que tal regime deveria aplicar-se apenas às sucessões abertas após aquela data.

Em abono do primeiro entendimento¹²³, chamava-se à colação, por um lado, a ideia de que o princípio da igualdade previsto no art. 36.º, n.º 4, concernia à personalidade jurídica dos filhos e os efeitos desta retroagem ao momento do seu início que é o do nascimento nos termos do art. 66.º do CC; por outro lado, a regra prevista à época, quanto à filiação «ilegítima» na redação então vigente do art. 1878.º, n.º 2 – e que hoje, desde a entrada em vigor do Dec-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, se encontra plasmada, de um modo geral, no art. 1797.º, n.º 2 –, da eficácia retroativa do estabelecimento da filiação e, finalmente, a perspetiva segundo a qual não cabia aqui trazer à colação as regras civilísticas da aplicação da lei no tempo – em que se ancora, como veremos, o segundo entendimento –, na medida em que, em caso de concurso temporal de uma lei constitucional e de uma lei ordinária, a primeira prevalece por força do princípio da hierarquia das leis.

Nesta linha de raciocínio, podem, também, convocar-se as palavras de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS quando afirmam, quanto à problemática em análise, que «não é seguro que do art. 18.º, n.º 1, da Constituição não possa, justamente, resultar que os direitos, liberdades e garantias que integram o núcleo da Constituição material portuguesa – traduzindo valores essenciais na nova ordem constitucional, e são elevados a limite material de revisão [art. 288.º, al. d)] – se aplicam imediatamente, ainda que projectando os seus efeitos para o passado»¹²⁴. Não foi, no entanto, como veremos, o entendimento que prevaleceu.

Não obstante, desenvolveu-se na doutrina e na jurisprudência e manteve-se de forma estável um outro entendimento¹²⁵, para que tendemos, e que se ancora na seguinte argumentação. Em primeiro lugar, chama-se à colação a regra que

¹²² Note-se que também esta igualdade não é absoluta e quando existam razões suficientes pode haver um tratamento diferenciado. É o caso dos direitos sucessórios previstos para os irmãos no art. 2146.º do CC.

¹²³ Que teve poucos adeptos. Sói apontar-se duas decisões judiciais nesse sentido: o Acórdão da Relação de Lisboa de 17 de junho de 1977 (in *Coletânea de Jurisprudência*, 1977, pp. 666 e ss.), e a sentença de 28 de outubro de 1977 do segundo juízo civil do Porto (in *Coletânea de Jurisprudência*, 1977, p. 787 e ss.).

¹²⁴ *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, cit., comentário ao art. 36.º, p. 607.

¹²⁵ Veja-se, na doutrina, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 126, nota 261; FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, cit., p. 153, e LUÍS CARVALHO FERNANDES, 2012, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Lisboa, Quid iuris, pp. 43 e 44.

se entende reger a identificação da lei aplicável à definição dos efeitos sucessórios decorrentes da morte de uma pessoa e dos efeitos da abertura de sucessão e da vocação sucessória que derivam da ocorrência da morte do *de cuius* e que com ela cronologicamente coincidem (arts. 2031.º e 2132.º¹²⁶): é a lei vigente nesse momento¹²⁷ que deve ser aplicada de acordo com o art. 12.º, n.º 1 e n.º 2, 1.ª parte. Não podia sequer dar-se preferência ao momento da partilha para a definição do novo regime, dado que o momento da mesma é «meramente acidental», podendo «até ser protelado por má-fé»¹²⁸.

Assim sendo, tendo-se a sucessão aberto no momento da morte e tendo-se dado o chamamento sucessório dos sucessíveis que reuniam os pressupostos de vocação sucessória, nesse momento, à luz da lei que então vigorava, concluíam-se que os sucessíveis chamados, nesse momento, e ainda antes da partilha, já haviam adquirido um direito a certo objeto sucessório – nomeadamente, quanto aos herdeiros, uma fração da herança – que até podiam ter alienado. Entendia-se, portanto, que, havendo uma sucessão de leis, a nova lei não deveria prejudicar os direitos assim adquiridos e os efeitos produzidos pelos mesmos. Nesse sentido depunha, aliás, também o princípio fundamental (não afastado *in casu*) da não retroatividade das leis.

¹²⁶ Ressalvam-se as situações em que existe uma vocação sucessória superveniente. De qualquer modo, também aí os efeitos se retrotraem ao momento da abertura da sucessão (art. 2032.º, n.º 2).

¹²⁷ Nesse sentido, entre outros, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 274; BAPTISTA MACHADO, 1968, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil. Casos de aplicação imediata. Critérios fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 188 e ss. e pp. 263 e ss.; desenvolvidamente, GALVÃO TELLES, 1996, *Direito das Sucessões, Noções Fundamentais*, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, pp. 307 e ss., em especial pp. 326 e ss.; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 43; OLIVEIRA ASCENSÃO, 2000, *Direito das Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, pp. 29 e ss. (em especial, p. 30), pp. 337 e 338 (questionando apenas se o novo regime «é imediatamente aplicável às sucessões abertas após a entrada em vigor da Constituição, mas anteriormente à do Dec.-Lei 496/77»). GALVÃO TELLES dá conta, com desenvolvimento, da problemática da aplicação da lei no tempo e das suas especificidades no âmbito do direito das sucessões, destacando que «o facto sucessório é um *facto complexo de produção sucessiva*», em cuja estrutura se integram «elementos vários» – uns principais e outros secundários – que «podem achar-se distanciados no tempo» e que os efeitos sucessórios se definem «pela lei vigente à data da morte do *de cuius*, o último dos factos principais que estão na base desses efeitos» (os sublinhados são do autor. *Op. cit.*, p. 327). Referindo-se à importância do momento da abertura da sucessão para a fixação dos factos designativos, RITA LOBO XAVIER afirma que «É esse o momento relevante para determinar quem é o titular, ou quem são os titulares, da designação sucessória prevalente», *Manual de Direito das Sucessões*, cit., p. 63. O momento da abertura da sucessão é crucial no fenómeno sucessório, retroagindo a ele os efeitos de vários atos, até para evitar a ocorrência de descontinuidade na titularidade das relações jurídicas de que o *de cuius* era titular. É o que se passa com eficácia da aceitação da herança e do legado (arts. 2050.º, n.º 2, e 2249.º), a eficácia do repúdio da herança ou do legado (arts. 2062.º e 2249.º) e a eficácia da partilha (art. 2119.º). É também em relação a esse momento em que é determinado o valor dos bens, seja dos *relicta* seja dos bens doados ou das despesas sujeitas à colação (arts. 2162.º, n.º 2, e 2109.º, n.º 1). É, igualmente, a partir desse momento que se admite a válida celebração de pactos sucessórios (art. 2028.º) e os atos de alienação da herança (arts. 2124.º e ss.) ou legado (arts. 2062.º e 2249.º).

¹²⁸ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *idem*.

Ademais, os argumentos esgrimidos pelo entendimento que primeiro expusemos têm resposta¹²⁹. Quanto à ideia de que estava em causa um efeito conexionado com a personalidade jurídica dos filhos, era necessário demonstrar que a CRP lhe tinha atribuído eficácia retroativa em desvio do que resultaria da aplicação do art. 12.º, o que não se considerava demonstrado, nem com base no art. 36.º, n.º 4, nem com as regras relativas à sua entrada em vigor (em nenhum ponto resultava que não ficavam ressalvados os efeitos produzidos no domínio da lei antiga). Não procedia também o argumento retirado do então vigente art. 1878.º, dado que a eficácia retroativa de uma filiação relativa a um filho fora do casamento respeitaria, ao recuar no tempo, precisamente aos efeitos que, então, se reconheciam à filiação extramatrimonial diversos dos da «filiação legítima». Finalmente, negava-se que houvesse uma concorrência temporal da lei constitucional com a lei ordinária, dado que não havia uma vigência «totalmente simultânea»¹³⁰ das duas leis (caso em que a primeira prevaleceria), mas antes uma vigência sucessiva, o que determinava que eclodisse um problema de aplicação da lei no tempo que se devia resolver nos termos do art. 12.º do CC, não resultando da CRP outra regra sobre a matéria, nem a derrogação daquele preceito.

Em Portugal, deu-se, desde o primeiro momento, a prevalência deste último entendimento, quer na doutrina, quer na jurisprudência. No âmbito jurisprudencial, o acolhimento constante¹³¹ desta perspectiva foi, recentemente, reiterado pelo Supremo Tribunal de Justiça em Acórdão de 25 de maio de 2023¹³². Nesta decisão, o Tribunal, depois de afirmar a importância nuclear do momento da abertura da sucessão para a definição da lei aplicável à sucessão e, portanto, para a definição dos efeitos sucessórios decorrentes da morte do seu autor, declara que o princípio constitucional da não discriminação entre filhos previsto no n.º 4 do art. 36.º da CRP «só se aplica às heranças abertas depois do 25 de Abril de 1976, data em que a Constituição entrou em vigor», dado que «as normas constitucionais não têm qualquer vocação de retroactividade» e que «o princípio geral ou tradicional em matéria de conflitos de leis no tempo é o consagrado no art. 12.º do CCiv, de que a lei nova não tem efeito retroactivo, só se aplicando para o futuro». Para o Supremo Tribunal Português, «a diferente entendimento não [...] levam, seguramente, nem a letra da Lei Constitucional, nem a sua história (*ut debates parlamentares*), ou, sequer, o seu espírito (não se vislumbra que o legislador constitucional tivesse a intenção de “expropriar” bens e direitos que os parentes legítimos tivessem adquirido definitivamente com base em regras de vocação sucessórias então vigentes».

¹²⁹ Seguiremos, aqui, de perto, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 126, nota 261.

¹³⁰ *Idem*, p. 127, nota 261.

¹³¹ Este entendimento já havia sido acolhido pelo mesmo Tribunal. Vejam-se, por exemplo, os Acórdãos de 26 de outubro de 1978 (in *BMJ*, n.º 280, p. 321), de 28 de outubro de 1980 (in *BMJ*, n.º 300, p. 417), de 11 de novembro de 1980 (in *BMJ*, n.º 301, ano 1980, p. 441) e de 4 de junho de 1996 (Processo n.º 96A251, Relator Machado Soares, in www.dgsi.pt)

¹³² Processo n.º 1504/2018.4T8PVZ.S1; Relator Fernando Baptista (in www.dgsi.pt). Tratou-se de uma decisão em que se apreciava uma disposição testamentária e não o regime legal da sucessão (legitimária).

A supressão do tratamento discriminatório dos filhos naturais ocorreu em Portugal com quase três décadas de antecedência em relação à Lei francesa de 2001, num momento – meados da década de 70 do século XX¹³³ – em que o princípio de igualdade dos filhos nascidos dentro e fora do casamento não se havia firmado com a solidez que conquistou nas últimas décadas. No direito português deu-se, desde os primeiros anos de vigência do novo regime, a aceitação pacífica de que o princípio da não discriminação só se aplicava às sucessões abertas depois da data de entrada em vigor da Constituição, em 25 de abril de 1976. Este entendimento foi-se consolidando com o passar do tempo, pelo que entendemos não haver razões suficientes para que, no momento presente, o mesmo seja alterado, no contexto português, que vimos descrevendo, desde logo à luz do princípio da segurança jurídica assente numa confiança construída com base num sentido estável de interpretação e aplicação da lei que se prolonga por quase 50 anos¹³⁴.

6. Referências bibliográficas

- ALMEIDA, SUSANA. (2008). *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS. (2019). «Direito ao Casamento I», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos protocolos adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Vol. II. Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 1909 a 1933.
- ASCENSÃO, OLIVEIRA. (2000). *Direito das Sucessões*, 5.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- CANOTILHO, GOMES e MOREIRA, VITAL. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 1.º a 107.º*, 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, comentário ao art. 36.º, p. 565.
- COELHO, FRANCISCO PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE. (2016). *Curso de Direito da Família*, Vol. I. *Introdução. Direito Matrimonial*, com a colaboração de Moura Ramos, 5.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, pp. 150 e 151.
- COESTER-WALTJEN, DAGMAR. (2016). «The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law», in *European Family Law, Volume I, The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Jens M. Scherpe (ed.). Edward Elgar Publishing, cit., pp. 49 a 94.
- DIAS, CRISTINA. (2012). «A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família», in *Revista Jurídica da Universidade portugalense*, n.º 15. Porto: Universidade Portucalense, pp. 35 a 48.

¹³³ Considere-se o contexto de conclusão da Convenção Europeia sobre o Estatuto Jurídico das Crianças Nascidas fora do Casamento, praticamente contemporânea da nossa CRP. Veja-se, *supra*, a nota 7.

¹³⁴ Veja-se DANIEL MORAIS, «Proibição de discriminação e liberdade testamentária», cit., pp. 1973-1995, com uma visão crítica sobre a decisão do TEDH no caso *Pla e Puncernau c. Andorra*, cit., relativamente à interpretação de uma disposição testamentária, em que, segundo o Autor, o TEDH, «perante a sua clara aversão a qualquer forma de discriminação com base na filiação, exorbitou a sua função, ao aplicar o princípio da não discriminação num âmbito caracterizado, por excelência, pela desigualdade, a saber, o da liberdade testamentária (*op. cit.*, pp. 1973 e 1974).

- DIAS, CRISTINA. (2019). «Direito ao Casamento II», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos protocolos adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Vol. II. Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 1934 a 1951.
- DIAS, CRISTINA. (2023). *Lições de Direito das Sucessões*, 8.^a ed. Coimbra: Almedina, pp. 59 e ss.
- DRAGHICI, CARMEN. (2019). *The Legitimacy of Family Rights in Strasbourg Case Law. “Living Instrument” or Extinguished Sovereignty?*, *Modern Studies in European Law*. Bloomsbury.
- FERNANDES, LUÍS CARVALHO. (2012). *Lições de Direito das Sucessões*, 4.^a ed. Lisboa: Quid iuris.
- FULCHIRON, HUGUES. (2023). «La “question” de la réserve héréditaire: retour sur un psychodrame franco-français», in *Cahiers de Droit*, 64 (1), março de 2023, pp. 137-156.
- LOWE, NIGEL. (2016). «The impact of the Council of Europe on European family law», in *European Family Law, Volume I, The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Jens M. Scherpe (ed.), Edward Elgar Publishing, pp. 95 a 123.
- MACHADO, BAPTISTA. (1968). *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil. Casos de aplicação imediata. Critérios fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI. (2017). *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I. Introdução Geral, *Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º*, 2.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI. (2020). *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, 2.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MORAIS, DANIEL. (2019). «Proibição de discriminação e liberdade testamentária», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos protocolos adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Vol. II. Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 1973 a 1995.
- OLIVEIRA, GUILHERME DE. (1977) «Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 14.2.1978. Investigação da paternidade ilegítima: inconstitucionalidade do artigo 1860.º do Código Civil», in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, pp. 164 a 173.
- OLIVEIRA, GUILHERME DE. (2016). «Critérios Jurídicos da parentalidade», in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Guilherme de Oliveira (coord.). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, pp. 271 a 306.
- PEDRO, RUTE TEIXEIRA. (2018). *Convenções Matrimoniais. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*. Coimbra: Almedina.
- PINHEIRO, JORGE DUARTE. (2019). «Direito ao respeito pela vida familiar», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos protocolos adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Vol. II. Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 1511 a 1537.
- PINHEIRO, JORGE DUARTE. (2022). *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 5.^a ed. Gestlegal.
- PINTENS, WALTER e SCHERPE, JENS. (2011). «The Marckx case: a “whole code of family law”?», in *Landmark Cases in Family Law*. Hart Publishing, 2011.
- SCHERPE, JENS. (2016). *The Present and Future of European Family Law*. Edward Elgar Publishing.
- SCKELL, SORAYA. (2019). «Relações entre a Convenção e o direito interamericano dos direitos humanos», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos protocolos adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 230 a 239.
- SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE. (2000). *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- TELLES, GALVÃO. (1996). *Direito das Sucessões, Noções Fundamentais*, 6.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- TERRÉ, FRANÇOIS e FENOUILLET, DOMINIQUE. (2018)., *Droit Civil. La famille*, 9.^a ed. Dalloz.
- XAVIER, RITA LOBO. (2022). *Manual de Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina.

Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

- Irlanda c. Reino Unido*, n.º 5310/71 (§ 239), 18 de janeiro de 1978.
Marckx c. Bélgica, n.º 6833/74, 13 de junho de 1979.
Johnston e Outros c. Irlanda, n.º 9697/82, 18 de dezembro de 1986.
Inze c. Áustria n.º 8695/79, 28 de outubro de 1987.
Kroon e Outros c. Países Baixos, n.º 18535/91, 27 de outubro de 1994.
Mazurek c. França, n.º 34406/97, 1 de maio de 2000.
Camp e Bourimi c. Países Baixos, n.º 28369/95, 3 de outubro de 2000.
Karner c. Áustria, n.º 40016/98, 24 de julho de 2003.
Haas c. Países Baixos, n.º 36983/97, 13 de janeiro de 2004.
Pla e Puncernau c. Andorra, n.º 69498/01, 13 de julho de 2004.
Merger e Cros c. França, n.º 68864/01, 22 de dezembro de 2004.
Brauer c. Alemanha, n.º 3545/04, 28 de maio de 2009 (fundo) e 28 de janeiro de 2010 (reparação razoável – resolução amigável).
Fabris c. França, n.º 16574/08, 5.ª secção do Tribunal de 21 de julho de 2011.
Emre c. Suíça (n.º 2), n.º 5056/10, 11 de outubro de 2011.
Fabris c. França, n.º 16574/08, [GC], 7 de fevereiro de 2013 (fundo) e 28 de junho de 2013 (reparação razoável – arquivamento).
Mitzinger c. Alemanha, n.º 29762/10, 9 de fevereiro de 2017 (fundo) e 25 de janeiro de 2018 (reparação razoável – arquivamento).
Quilichini c. França, n.º 38299/15, 14 de março de 2019.

Decisões de tribunais portugueses

- Acórdão da Relação de Lisboa, de 17 de junho de 1977, in *Coletânea de Jurisprudência*, 1977, pp. 666 e ss.
 Sentença do segundo juízo civil do Porto, de 28 de outubro de 1977, in *Coletânea de Jurisprudência*, 1977, pp. 787 e ss.
 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de outubro de 1978, in *BMJ* n.º 280, p. 321.
 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de outubro de 1980, in *BMJ*, n.º 300, p. 417.
 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de novembro de 1980, in *BMJ*, n.º 301, ano 1980, p. 441.
 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 359/91, de 9 de julho de 1991, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910359.html>.
 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de junho de 1996 (Processo n.º 96A251, Relator Machado Soares, in www.dgsi.pt).
 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1221/96, de 4 de dezembro de 1996, in <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19961221.html>.
 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de maio de 2023 (Processo n.º 1504/2018.4T8PVZ. S1; Relator Fernando Baptista, in www.dgsi.pt).

D.M.D. c. Roménia

O estatuto das crianças e jovens enquanto sujeitos (a maus tratos)

MIGUEL SIMÕES CORREIA*

1. Introdução

A «*exasperação*» é um dos sentimentos que PHILIPPE ARIÈS associa à infância no estudo sociológico que faz da História Social da Criança, entendendo que o mesmo nasce de uma vontade de disciplina e imposição de regras morais, que tem como origem o pensamento dos educadores e moralistas¹. De facto, os adultos tendem a relacionar-se com a criança com uma enorme preocupação pela sua educação, procurando, desde cedo, impor regras através da autoridade.

Contudo, nem sempre as crianças cumprem as regras que lhes são impostas, o que leva os seus educadores a reagir, muitas vezes, com violência. Várias formas de maus tratos físicos e psicológicos foram vistos, durante muito tempo, como uma forma de disciplina à qual os pais poderiam até estar obrigados, em virtude de lhes competir educar os seus filhos.

Assim, aquilo que, cometido contra um adulto, corresponderia indiscutivelmente à prática de um crime, é visto como uma prerrogativa (ou obrigação) quando cometido contra uma criança.

Vejamos de que forma é que a teoria da vulnerabilidade é desenvolvida por MARTHA FINEMAN², e que contributos traz para melhor apreciar o conceito de criança e a respetiva evolução. Tendo o conceito de criança presente, analisaremos um acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, com o qual entraremos em diálogo crítico, à luz da teoria da vulnerabilidade e da posição expressa na declaração de voto do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

2. A discriminação de crianças e jovens à luz da teoria da vulnerabilidade

2.1. A teoria da vulnerabilidade por Martha Fineman

A distinção que dá corpo à teoria da vulnerabilidade, tal como ela é concebida por FINEMAN, assenta em dois tipos de dependência.

* Mestrando em Direito – Especialização em Direito Social e da Inovação pela NOVA School of Law – Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa.

¹ PHILIPPE ARIÈS, 1981, *História Social da Criança e da Família*, Rio de Janeiro, Livros Técnicos e Científicos Editora, p. 198.

² MARTHA FINEMAN, 2019, «Vulnerability and Social Justice», in *Valparaiso University Law Review*, Valparaiso (Indiana), Valparaiso University Law School, pp. 341-370.

O primeiro refere-se à dependência inevitável, que decorre do facto do ser humano se encontrar limitado física e emocionalmente, o que leva à necessidade dos outros. É uma dependência relacionada com o desenvolvimento, podendo ser vista como episódica: concretamente, numa primeira parte da infância, dependemos do cuidado para sobreviver. Também haverá esta necessidade na velhice, doença ou deficiência. Como refere a Autora, «*as embodied beings, we are inevitably dependent on physical and emotional care from others. [...] We are dependent on care when we are infants or children because without care we would not survive*»³.

Já o segundo diz respeito ao conceito de dependência derivada, o qual se refere a pessoas que cuidam dos dependentes, ficando, elas próprias, condicionadas pelo acesso a vários recursos, nomeadamente materiais. Esta forma de dependência já não será universal, uma vez que nem todos passam por esta experiência, ao contrário das situações que se enquadram na dependência inevitável⁴.

No desenvolvimento que faz da teoria da vulnerabilidade, FINEMAN aponta a resiliência como forma de superar ambas as formas de dependência – «*Fortunately, however, there is resilience. Resilience is centrally important in a vulnerability analysis*»⁵. Esta resiliência seria produto de relações sociais e institucionais: a vulnerabilidade inerente à condição humana só poderia ser suplantada por estruturas sociais.

Assim, a teoria dá enfoque a medidas administrativas e legislativas que deveriam ser adotadas pelas instituições sociais ou no âmbito de relações sociais. A Autora assegura que tal é mais importante do que criar uma teoria que defina os limites de intervenção do Estado, deixando críticas às teorias liberais e sobretudo neoliberais que procuram definir uma margem exclusiva de atuação para as instituições privadas, em que o Estado deve abster-se de agir, deixando que seja o mercado livre a ordenar a sociedade^{6/7}.

2.2. Evolução do conceito ocidental de criança. Teoria liberal e neoliberal

Cumprir analisar o pensamento liberal e neoliberal que são amplamente criticados por FINEMAN. No princípio da sua exposição, afirma de forma categórica que «*the very existence of the child presents a dilemma for the liberal theorist concerned with the individual and preserving autonomy and choice*»⁸.

Também COLIN MACLEOD, numa tentativa de compatibilizar os direitos da criança com o fundamento da teoria liberal, tomando o exemplo do direito à liberdade de expressão, começa por admitir que «*a conspicuous feature of much contemporary liberal*

³ *Ibidem*, p. 360.

⁴ *Ibidem*, p. 361.

⁵ *Ibidem*, pp. 362 e ss.

⁶ *Ibidem*, pp. 347 e ss.

⁷ *Ibidem*, p. 367.

⁸ MARTHA FINEMAN, 2009, «Taking Children's Interests Seriously», in *What is Right for Children – The Competing Paradigms of Religion and Human Rights*, Ashgate, p. 229.

*political philosophy is the absence of sustained discussion of how basic liberal ideals of justice, equality, liberty, and rights apply to children»*⁹.

O que é comum ao liberalismo e neoliberalismo é a distinção vincada entre público e privado: esta é essencial para garantir o funcionamento do mercado, instituição que garante a redistribuição dos recursos, de maneira pretensamente meritocrática. Ora, a família, enquanto instituição social, pertence ao âmbito privado, estando totalmente excluída a intervenção estatal. O exercício dos direitos associados à família devem, pois, ser exercidos por aqueles que têm capacidade para tal, apresentando uma autonomia que se compadeça, verdadeiramente, com o ideal de liberdade. Tradicionalmente, os direitos serão, então, exercidos pelos pais: num primeiro momento, apenas o pai, e posteriormente, também a mãe¹⁰.

Veja-se as teorias liberais tradicionais de JOHN LOCKE e de JOHN STUART MILL. Ambos consideram que as crianças são incapazes de atingir uma certa racionalidade que seria essencial para que um indivíduo possa ser considerado enquanto sujeito jurídico, para efeito das suas teorias. O primeiro Autor defende mesmo que as crianças se encontram «*fora do domínio da lei da razão*»¹¹, ao passo que o segundo determina que a sua teoria se aplica apenas tendo o indivíduo atingido uma certa maturidade das suas faculdades – maturidade essa que as crianças não têm capacidade para atingir¹².

Para FINEMAN, o neoliberalismo levanta ainda mais problemas que o liberalismo no que toca à afirmação dos direitos das crianças. Refere-se que, ao contrário do liberalismo, o neoliberalismo faz a proposta de um Estado que não se encontra limitado pela liberdade individual, tendo como objetivo apenas a proteção do mercado. Seria através deste que seria assegurada a liberdade individual de escolha, fundamento da justiça social para os adeptos desta teoria. Assim, o Estado tudo deve fazer para garantir que o mercado funciona sem entraves, não devendo, porém, intervir de qualquer forma no seu funcionamento¹³.

A crítica a fazer parece decorrer dos próprios pressupostos do liberalismo, tal como desenvolvido pelas teorias *supra* mencionadas: a sociedade depende do funcionamento do mercado, mas o equilíbrio deste depende da racionalidade e liberdade de que dispõe cada indivíduo. Ora, não sendo reconhecida à criança nem a racionalidade nem a liberdade, esta será socialmente marginalizada, à semelhança

⁹ COLIN MACLEOD, 2004, «The Liberal Theory of Freedom of Expression for Children», in *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, Chicago-Kent College of Law, vol. 79, p. 55.

¹⁰ KELLY WEISBERG, 1978, «Evolution of the Concept of the Rights of the Child in the Western World», in *UC Hastings Scholarship Repository*, Califórnia, Hastings College of the Law, p. 6. A título exemplificativo: «*In France, under the Civil Code of 1804, the father alone exercised parental power*».

¹¹ JOHN LOCKE, 2007, *Segundo Tratado do Governo*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 80. Refere-se que «*os filhos de Adão não se encontram sob a alçada desta lei da razão, tão pouco são livres quando nascem e até que atinjam a idade da razão*».

¹² JOHN STUART MILL, 2001, *On Liberty*, Kitchener (Ontário), Batoche Books, p. 14. Refere-se: «*It is, perhaps, hardly necessary to say that this doctrine is meant to apply only to human beings in the maturity of their faculties. We are not speaking of children, or of young persons below the age which the law may fix as that of manhood or womanhood*».

¹³ FINEMAN, «Vulnerability...», cit., p. 347.

de outros grupos sociais que também recaíam na categoria de dependentes, de acordo com a teoria da vulnerabilidade. Tal leva FINEMAN a afirmar que «*the realities of human vulnerability and dependency reveal the fallacy in the conceptions of individual liberty and autonomy that lie at the heart of neoliberalism*»¹⁴.

2.3. O conceito hodierno de criança no Ocidente

O conceito de criança evoluiu bastante através de avanços nas várias ciências sociais. Numa síntese bem conseguida, CLARA SOTTOMAYOR descreve os contributos das várias áreas de conhecimento relevantes. Note-se que a Autora valoriza os contributos da psicologia e sociologia, mas acaba por concluir que «*o conhecimento das necessidades especiais das crianças, revelou-se, todavia, portadora de uma conceção de criança que perpetua o preconceito da sua inferioridade ou carácter incompleto em relação ao adulto*»¹⁵.

Relativamente ao conceito jurídico de criança, avanços há a assinalar, ao nível do Direito Internacional. A primeira vez que se consagra o Direito das Crianças na ordem jurídica internacional ocorre em 1924, numa incipiente Declaração de uma organização não governamental – a *Save the Children International Union* – que a Assembleia da Sociedade das Nações veio a adotar. Com a criação da Organização das Nações Unidas, veio a consagrar-se, já em 1959, uma nova Declaração dos Direitos da Criança. Esta continha um conjunto de normas que estruturavam um quadro moral, mas sem repercussões no plano jurídico.

Só em 1989, é que a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova a Convenção sobre os Direitos da Criança (doravante, CDC), que é posteriormente ratificada por Portugal, em 1990. A Convenção começa por definir o conceito de criança, no artigo 1.º, enquanto «*todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo*». Já no artigo 3.º, n.º 1, refere um princípio considerado estrutural no Direito das Crianças: o interesse superior da criança, a que devem atender todos aqueles que tomem decisões relativas a crianças.

Apesar deste consenso expresso na regra geral, que determina que a maioria seja atingida apenas aos 18 anos, os legisladores ocidentais, nomeadamente os europeus, têm vindo a consagrar maioridades especiais ou antecipadas. Estas correspondem a atribuir capacidade para o exercício de certos direitos a crianças e jovens, antes de perfazerem 18 anos. O esforço que os legisladores fazem, nesse sentido, parece-nos motivado por uma visão do desenvolvimento da criança ou jovem enquanto processo gradual, que não parece ser adequadamente acautelado por uma transição imediata da «menoridade» para a «maioridade».

Este instrumento jurídico internacional é encarado com muito entusiasmo, ainda hoje, pelo avanço que representa no paradigma do Direito das Crianças. Nas palavras de CLARA SOTTOMAYOR, «*é o documento internacional que reflecte a especificidade*

¹⁴ *Ibidem*, p. 354.

¹⁵ CLARA SOTTOMAYOR, 2014, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, p. 15.

da infância, concebendo, de forma inovadora, a criança como pessoa titular de direitos e liberdades fundamentais, com o direito de participar nas decisões que lhe dizem respeito»¹⁶.

Existem várias disposições inovadoras, que contribuem para a afirmação da criança enquanto sujeito jurídico titular de direitos subjetivos. Destaca-se o artigo 12.º que obriga os Estados Parte a atender à opinião da criança em todas as questões que lhe digam respeito, de forma gradual, atendendo à sua idade e maturidade¹⁷. A este artigo segue-se um conjunto de outros que fixam vários direitos, *e.g.*, o direito à liberdade de expressão (artigo 13.º), o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião (artigo 14.º), o direito à liberdade de associação (artigo 15.º).

Na sequência deste instrumento normativo, vários ordenamentos jurídicos densificaram os regimes normativos que protegiam as crianças e os jovens. Tal aconteceu em Portugal, tendo o legislador adotado uma Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo¹⁸. Reconhece-se, então, o caráter inovador desta Lei, sendo *«a intenção legislativa [...] a de criar um conjunto normativo visando a promoção e proteção dos direitos das crianças e dos jovens encarados como titulares de direitos individuais, económicos, sociais e culturais»¹⁹.*

Apesar de todos estes avanços, a doutrina não deixa de apontar que *«a noção mais moderna de infância é aquela que a define como um grupo social marginalizado ou excluído, em direção a um movimento de emancipação»²⁰.*

2.4. A criança enquanto sujeito ausente da teoria de Fineman

Ainda que a criança seja, hoje, vista como sujeito de direitos pelo legislador, gozando de alguma autonomia, ela assume um papel de sujeito passivo de políticas estatais, como qualquer cidadão. O caso mais paradigmático, sendo por isso também a perspetiva adotada por FINEMAN, é o do direito à educação. A criança goza de um direito à educação, consagrado nos mais variados instrumentos normativos²¹, mas a promoção deste direito é feita em articulação entre os pais, o Estado, e a própria criança.

¹⁶ *Ibidem*, p. 19.

¹⁷ Artigo 12.º da CDC:

- «1. Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.
2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.»

¹⁸ Lei n.º 147/99, de 1 de setembro.

¹⁹ BEATRIZ MARQUES BORGES, 2014, «Promoção e Proteção da Crianças e Jovens em Perigo: Perspetivas Futuras do Modelo Judicial», in *Julgar*, Coimbra, Coimbra Editora, n.º 24, p. 167.

²⁰ SOTTOMAYOR, *Temas...*, p. 15.

²¹ *Vide* artigo 28.º da CDC, artigo 17.º, n.º 1, al. a), da Carta Social Europeia Revista; artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos; artigo 14.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; artigo 2.º do Primeiro Protocolo adicional à Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Atualmente, nas sociedades ocidentais, a educação é garantida de forma gratuita pelo Estado. Tal sucede desde que se passou a entender que este deveria ter uma função prestadora, num Estado de Direito que ganhou, ainda, o epíteto de «social». Porém, a educação não se esgota na escola pública: paralelamente a esta, existe a possibilidade de recorrer ao ensino privado e a atividades extracurriculares desenvolvidas por entidades públicas ou privadas; ainda, a Educação é complementada pelos ensinamentos transmitidos pelos pais aos seus filhos, fora do âmbito escolar.

A educação trata-se de uma matéria em relação à qual, de forma geral, existe, pois, um consenso quanto à intervenção partilhada e articulada entre os pais e o Estado. As dificuldades que se levantam prendem-se, no entanto, com o limite da intervenção de cada um. FINEMAN afirma que «*the problem is that bringing parents and the state into the discussion often diverts attention away from children. [...] The independent interests of the child, if recognized at all, are submerged as we slip into a consideration of the competing claims of authority over children made on behalf of parent and state*»²².

A importância da Educação, para FINEMAN, estrutura-se em torno de três motivos que justificam que esta seja obrigatória. Por detrás de cada um destes motivos, encontra-se um interesse social diferente e potencialmente conflituante.

O primeiro objetivo que se salienta é o de contribuir para uma cidadania informada e disciplinada que permita a manutenção das estruturas e instituições sociais²³. Trata-se de um âmbito em que, naturalmente, são privilegiados os interesses do Estado, enquanto instituição social, que procura manter o *statu quo*.

De seguida, um outro objetivo é avançado: o de transmitir responsabilidade para com a família, a comunidade e as instituições cívicas²⁴. Este objetivo vai ao encontro dos interesses dos pais que valorizariam a manutenção das ligações familiares. Parece-nos que tanto o primeiro como o segundo objetivo se traduzem num conformismo social, que pode exercer pressão sobre a criança para que esta não procure causar qualquer rutura social.

Finalmente, um terceiro objetivo é considerado: o da «autoatualização» permitida pela educação. Esta consiste na possibilidade de a criança ganhar autonomia através dos conhecimentos que obtém. Esta perspetiva pode pôr em causa tanto os interesses do Estado como o dos pais. Refere-se, por demais, que os pais confrontam-se com um dilema, já que serão obrigados a escolher entre deixar a criança seguir um caminho em que a educação poderá permitir-lhe ganhar mobilidade social, ou obrigar a criança a manter a sua posição social – a mesma que a dos pais – mesmo que isso implique recuos no próprio acesso à Educação²⁵.

Relativamente ao Estado, a autoatualização pode gerar um conflito entre os interesses da criança e os do Estado, uma vez que implica o desenvolvimento de um pensamento pessoal e crítico que poderá colidir com uma certa conformidade

²² FINEMAN, «Taking Children's...», cit., p. 229.

²³ *Ibidem*, p. 230.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

social²⁶. De facto, tal é verificável no que toca à questão das alterações climáticas: a educação e consciencialização sobre o clima tem desencadeado, junto dos jovens, protestos e até verdadeiros atos de desobediência civil.

De forma simples e clara, mas em oposição com o panorama da educação nos Estado Unidos, conclui que a sugestão mais adequada é a de uma educação pública obrigatória e universal: os interesses parentais devem poder ser tidos em conta, mas a margem de decisão dos mesmos deve fundar-se numa ótica de complementaridade, e nunca de suplantação das instituições públicas. A estas cabe o papel de ensinar as lições básicas e fundamentais, que passam pela luta para a afirmação de todos tanto como indivíduos como quanto coletivo²⁷.

Como vimos, FINEMAN começa a sua análise por estranhar que a discussão em torno do direito à educação seja pautada por um equilíbrio entre os interesses dos pais e os interesses do Estado. Porém, apesar de levantar a hipótese de ultrapassar essa dualidade, seguindo o critério dos interesses próprios à criança, acaba por desconsiderar estes últimos.

A própria Autora parece acabar por cair no pensamento binário que critica inicialmente, não contribuindo para a emergência da criança enquanto sujeito na questão da educação.

Os interesses da criança ficam não só limitados pelos interesses parentais e estatais, como se reforça a ideia de que os interesses da criança devem ser definidos por estas mesmas entidades. Estas, alegando querer o melhor para a criança, impõem-lhe aquela que consideram ser a melhor solução.

À criança é de tal forma recusado o estatuto de sujeito que em momento nenhum FINEMAN fala de direitos da criança, mas tão-só de interesses, como se a criança fosse, na verdade, desprovida de direitos subjetivos. A criança não é vista como sujeito político, não é vista como titular de direitos, e os seus interesses são definidos por instituições que têm interesses que lhes são contrários.

3. Análise do caso

Passemos ao caso de um jovem romeno que intenta uma ação junto do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), alegando a ineficácia da investigação das autoridades romenas no caso de violência doméstica contra ele cometida, bem como a injustiça do processo que decorreu desta investigação²⁸.

A batalha judicial levada contra o pai abusador inicia-se muito antes, quando a mãe do requerente – tendo este à data apenas três anos – decide separar-se do marido que denuncia, em virtude dos maus tratos infligidos ao filho de ambos. O homem era acusado pela antiga companheira de bater no filho, insultá-lo, trancá-lo numa sala pequena e sem luzes e atirar-lhe água enquanto dormia. Mais tarde,

²⁶ *Ibidem*, p. 231.

²⁷ *Ibidem*, p. 237.

²⁸ TEDH: *D.M.D. c. Roménia*, n.º 23022/13, 3 de outubro de 2017.

concluir-se-á que «o requerente sofreu traumas durante a infância por causa do pai que fez tudo o que estava ao seu alcance para o atormentar e fazer sofrer»²⁹.

Após a separação, ainda em 2004, a mãe do requerente apresenta queixa junto da polícia. A primeira decisão judicial, proferida em 2008, depois de ouvidas testemunhas e psicólogos que atestaram a veracidade dos factos de que era acusado o pai do requerente, absolve o acusado por considerar que o comportamento dado como provado não constituía crime.

Após recurso para a instância superior, em 2009, o requerente vê o seu pai ser condenado a uma pena suspensa de quatro anos, pelos crimes de que era acusado. Uma nova decisão é proferida pelo mesmo tribunal, em 2012, após um recurso pedido pelo acusado: esta condena-o a um ano de pena suspensa e à suspensão dos seus direitos eleitorais e parentais pelo período de dois anos. O tribunal refere que a pena em causa é mais favorável ao arguido, uma vez que houve atrasos indevidos no processo judicial bem como nas investigações.

Ambas as partes recorrem novamente. O Tribunal de Recurso de Bucareste reafirma a matéria de facto e as sanções aplicadas, aumentando apenas a duração da pena suspensa de um para três anos. Esta decisão, a última por parte de instâncias nacionais, é proferida em novembro de 2012.

Note-se que desde a queixa que origina o processo judicial, em 2004, até à última decisão por parte do referido tribunal superior, em 2012, correm oito anos. O requerente, após ter vivido o período dos três aos onze anos assombrado por um litígio judicial com o pai, intenta uma ação junto do TEDH, a 22 de março de 2013. A decisão final é conhecida apenas em 2017: nesta altura, o requerente tinha já dezasseis anos.

Não é exagerada a palavra escolhida pelos Juízes GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE e MOTOC para se referirem ao processo pelo qual passou o requerente: este viveu um autêntico «*calvário*»³⁰.

4. Análise da decisão

Ainda na descrição dos factos, o Tribunal refere um conjunto de normas de Direito Internacional que compõem o quadro jurídico no qual se apoiará para fundamentar a posição adotada.

De facto, a criança goza hoje de ampla proteção por parte de instrumentos legais de Direito Internacional. Ao nível do Conselho da Europa, identificam-se nomeadamente normas constantes da Carta Social Europeia revista, ratificada pela Roménia: os artigos 7.º e 17.º que conferem proteção especial à infância e juventude. Das várias disposições referentes às Nações Unidas, destaca-se, naturalmente, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, nomeadamente o comentário que dela é feito pelo Comité dos Direitos da Criança da ONU. Este esclarece, em 2011, que o artigo 19.º da CDC não admite qualquer exceção: ao referir «*todas as formas de violência*» este artigo determina que «*all forms of violence against children, however*

²⁹ Vide ponto 7 do acórdão *sub judice*.

³⁰ Vide ponto 2 da declaração conjunta dos Juízes GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE e MOTOC.

light, are unacceptable»³¹. Quanto ao Direito da União Europeia, refere-se, apenas, a Diretiva 2012/29/UE, que contém medidas de apoio e proteção das vítimas, com normas especificamente dirigidas a crianças.

No que toca a disposições da própria Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), suscitadas pelas partes, *in casu*, são essenciais os artigo 3.º – proibição de tortura – e 6.º – direito a um processo equitativo. A violação de cada um destes artigos é avaliada separadamente pelo Tribunal.

4.1. Violação do artigo 3.º da CEDH

No entendimento do Tribunal, do artigo 3.º decorrem obrigações positivas para o Estado. No caso *M.C. e A.C. c. Roménia*, o Tribunal reconhece que este artigo obriga os Estados Parte a tomar medidas normativas que permitam a proteção dos direitos de todos os indivíduos, em especial os que sejam vulneráveis como as crianças³². Contudo, a responsabilidade do Estado não se esgota com a adoção de um quadro normativo: este deve também garantir que as violações ao artigo 3.º são devidamente investigadas pelas autoridades administrativas e judiciais³³. Finalmente, o Tribunal entende, ainda ao abrigo do artigo 3.º, que esta investigação e o processo judicial que dela possa decorrer devem obedecer a certos critérios, nomeadamente a que o mérito seja apreciado num prazo razoável.

Porém, o Tribunal verifica que, apesar de o Estado estar obrigado a tal, não tratou devidamente a violação do artigo 3.º que lhe foi reportada: *i*) as quatro primeiras queixas feitas pela mãe do requerente não foram investigadas; *ii*) a investigação durou três anos e seis meses e parece ter consistido apenas na audição de seis testemunhas e na consulta de relatórios; *iii*) o processo judicial durou mais de oito anos, tendo passado por três instâncias.

Apesar de o Tribunal entender que as instâncias nacionais – à exceção da primeira – alcançaram aquilo que era essencial, tendo o pai do requerente sido condenado a uma pena de prisão, encontra vários limites nas decisões judiciais.

Começa por referir que os Tribunais nacionais atenderam à excessiva duração do processo para atenuar a pena a que foi condenado o pai do requerente, mas o próprio requerente não foi contemplado com qualquer compensação. Mais: o requerente não recebeu qualquer compensação pelos abusos sofridos.

É deixada uma grande crítica à decisão do Tribunal de primeira instância. De facto, considerar que os atos de violência a que foi sujeita a criança são toleráveis é totalmente incompatível com o já referido enquadramento normativo que proíbe qualquer forma de violência contra crianças e jovens, bem como será incompatível com a própria noção da dignidade da criança. O Tribunal afirma mesmo que

³¹ General comment No. 13 (2011). Disponível em https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.13_en.pdf.

³² TEDH: *M.C. e A.C. c. Roménia*, n.º 12060/12, 12 de abril de 2016.

³³ Vide também *M. e M. c. Croácia* (n.º 10161/13, § 136, 2015); também, *mutatis mutandis*, *C.A.S. e C.S. c. Roménia*, n.º 26692/05, §§ 68-70 e 82, 20 de março de 2012, e *Z e Outros c. Reino Unido*, n.º 29392/95, § 73, 2001.

«está, então, claro que o respeito pela dignidade das crianças não pode ser assegurado se os tribunais domésticos aceitassem qualquer forma de justificação dos maus-tratos, incluindo castigos corporais, proibidos pelo artigo 3.º»³⁴.

O Tribunal acaba por concluir que houve uma violação do artigo 3.º, em virtude das falhas nos procedimentos (judiciais e administrativos) que se descreveu.

4.2. Violação do artigo 6.º da CEDH

O Tribunal analisa, ainda, o direito a uma compensação de que poderia gozar o requerente, e que não foi atribuída pelas instâncias nacionais. Defendem-se estas argumentando que o requerente nunca pediu tal compensação, não lhes sendo devido – nem tão-pouco possível, ao abrigo do princípio processual do pedido – que determinassem o pagamento da mesma.

Apesar da factualidade não ser discutida, o Tribunal manifesta o entendimento segundo o qual os Tribunais nacionais estavam obrigados a decidir sobre a questão da compensação. É que, no seu entender, o requerente, por ser uma criança, goza de uma tutela acrescida, uma vez que integra o conceito de «*pessoa vulnerável*»³⁵. Nesse sentido, entende-se que a responsabilidade do Estado é ativada, por força do artigo 6.º, o que tem como consequência que os próprios tribunais tivessem a obrigação de considerar a compensação, independentemente de ter havido um pedido por parte do requerente. Reforça-se que o requerente era menor de idade, carecendo, pois, de capacidade jurídica, o que determina que as autoridades devam ter um papel ativo também a respeito da compensação que poderia ser devida.

Ao não discutir a questão da compensação, o Tribunal entende que as instâncias nacionais incorreram numa denegação de justiça e consequente violação do artigo 6.º, § 1, da CEDH.

Quando à duração do processo, o Tribunal entende que não é necessário averiguar a admissibilidade ou mérito da alegação de violação do prazo razoável, uma vez que a violação do artigo 3.º, tal como descrita, assenta numa duração excessiva dos procedimentos criminais.

5. Contributo do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque para um diálogo crítico com o TEDH e com Martha Fineman

5.1. Conteúdo da declaração de voto

Numa declaração de voto, que assina juntamente com os Juízes GAETANO e MOTOC, PINTO DE ALBUQUERQUE expressa a sua discordância em relação a alguns dos pontos que constam da decisão do Tribunal.

Desde logo, chama-se a atenção para o facto de não se ter atendido, na decisão proferida, à complexidade e gravidade do fenómeno da violência doméstica associado à vulnerabilidade do requerente. Tal leva a que o âmbito protegido pelas

³⁴ Vide ponto 51 do acórdão *sub judice*.

³⁵ Ponto 38 do acórdão *sub judice*.

normas que incriminam os maus tratos a crianças não se quede claro. Da mesma forma, parece não ficar clara a natureza da denegação de justiça presente no caso concreto. No entender destes juízes, o simples facto de o requerente ser menor de idade deve levar a que surja, como requisito, uma diligência excecional³⁶.

Na posição subscrita pelo Professor, faz-se apelo ao princípio *in omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda sit*, na aplicação do artigo 17.º do Código de Processo Penal romeno³⁷. Este deveria ser lido como impondo uma obrigação legal aos Tribunais de considerar a atribuição de uma compensação pelos danos sofridos em consequência do crime, mesmo que não houvesse pedido. Recorre-se a esta base legal para encontrar uma exceção ao já referido princípio do pedido («*quantum appellatum, tantum devolutum*»). Os juízes estranham, ainda, que esta não tenha sido a decisão dos Tribunais nacionais, atendendo a que a mesma consta de várias decisões anteriores de Tribunais romenos superiores.

Finalmente, sublinha-se o entendimento segundo o qual o Tribunal deveria ter ido mais longe no que toca a deixar claras as exigências que decorrem da obrigação positiva que impende sobre o Estado no que toca à proibição de todas as formas de violência contra crianças, bem como a investigação efetiva e a punição dos que forem responsáveis por esses atos de violência. Entendem, pois, que as decisões dos Tribunais romenos ficaram aquém daquilo que lhes era legalmente exigido. Refere-se o artigo 45.º da Conferência de Istambul³⁸, que determina que «*as Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que as infrações previstas na presente Convenção sejam puníveis com sanções efetivas, proporcionais e dissuasoras, tendo em conta a sua gravidade*». Conclui-se que esta disposição foi ignorada, sendo manifesta a desproporção da sanção face aos atos cometidos: os Tribunais nacionais dão como provados maus tratos físicos e psicológicos que decorreram durante dois anos, mas condena o abusador apenas a uma mera pena suspensa.

6. Diálogo crítico com o TEDH e com Fineman

A teoria da vulnerabilidade, como concebida por FINEMAN, parece, como vimos, esquecer a criança enquanto sujeito. Mesmo levantando a questão da autonomia da criança face ao Estado e aos pais, no caso paradigmático do direito à

³⁶ Precisa-se que não se trata apenas de uma diligência especial, mas antes de uma diligência excecional, na esteira da decisão proferida no caso *H. c. Reino Unido*, n.º 9580/81, § 85.

³⁷ O conteúdo do artigo é reproduzido no acórdão da seguinte forma (*vide* ponto 24):

- «(1) *The civil action shall also be initiated and pursued on the court's initiative, when the aggrieved party is a person without legal capacity or with restricted legal capacity.*
- (2) *To this end, the investigative authority or the court shall ask the person concerned, through his legal representative, to explain the situation concerning the pecuniary and non-pecuniary damage and information concerning the acts that caused the damage.*
- (3) *The court shall examine on its own initiative the matter of compensation for pecuniary and non-pecuniary damage, even without a formal request for compensation from the victim.*»

³⁸ Trata-se da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011.

educação, acaba por ser inconsequente. Cai, então, no conformismo de se alinhar com a pesada tradição que recusa associar o estatuto de sujeito à criança: a única verdadeira rutura com esta tradição é a de que a educação deixa de estar sob o domínio dos pais para passar a estar sob o domínio do Estado. A criança, porém, não se emancipa de forma alguma.

Ao não ser vista como sujeito de direitos, a criança padecia sempre de um regime jurídico muito frágil. Se é verdade que a noção da criança enquanto propriedade que existia no Direito romano desapareceu³⁹, o mesmo não pode ser dito em relação à interpretação que durante demasiado tempo se fez sobre o poder-dever da educação. A ideia de que maus tratos de qualquer tipo podem ser uma forma de educar a criança, legitimada por este poder-dever, cujo exercício cabe aos pais, não é uma ideia ausente da nossa sociedade.

Aquele que parece ser o maior desafio é mesmo o de erradicar essa realidade como prática socialmente aceite. Note-se que a Convenção sobre os Direitos das Crianças existe já desde 1989, e que grande parte dos países ocidentais adotou legislação interna que densificasse os princípios consagrados na mesma – sendo a proibição de qualquer forma de maus tratos infantis basilar, neste aspeto. Ainda assim, parece existir uma convicção social forte que desafia os regimes jurídicos em causa, que se tornam, desta forma, letra morta.

Vejam os. No caso em apreço, começamos por identificar a ocorrência dos próprios maus tratos: isto, só por si, não implica uma aceitação generalizada dos abusos físicos e psicológicos cometidos.

Porém, quando o caso é relatado às autoridades, assistimos a uma autêntica inação por parte das autoridades perante o relato do cometimento de atos verdadeiramente escandalosos. Não queda clara a motivação das autoridades. Todavia, não parece sem cabimento, atendendo à evolução do contexto da criança e consequente banalização dos maus tratos, que a omissão das autoridades se tenha devido a uma desvalorização da gravidade dos atos cometidos.

Parece-nos que as dúvidas que pudesse haver se dissipam quando confrontamos a inação das autoridades com a sentença do tribunal de primeira instância. Como vimos, absolve o pai do requerente, apesar de dar como provados os abusos físicos e psicológicos.

Chegado o caso às instâncias superiores, estas, mais alinhadas com o quadro legal, condenam o pai do requerente, mas apenas com uma pena suspensa, medida extremamente pouco gravosa atendendo aos atos cometidos. Além disso, é favorecido o pai do requerente – recorde-se que falamos do abusador – na determinação da pena, por não ter sido respeitado o princípio do prazo razoável, não sendo a criança – recorde-se que falamos da vítima – de forma alguma compensada.

Por fim, o próprio TEDH censura as decisões nacionais, mas não diz uma palavra sobre a clara desproporção existente entre o crime praticado e a pena aplicada.

³⁹ A título exemplificativo, veja-se PAT THANE (1981) que escreve: «*in Roman law children before the age of majority had no legal rights. The concept of patria potestas subordinated them entirely to the control of the father or, if he was deceased, to a male guardian*» in «*Childhood in History*», in *Childhood, Welfare and Justice*, Londres, Batsford, p. 10.

Aqui chegados, não podemos senão concluir – ainda que com grande tristeza – que continua enraizada a crença de que a violência é justificada se for exercida pelos pais contra os filhos, num contexto pretensamente educativo. Ainda que a aceitação desta prática se vá esbatendo à medida que se avança na cadeia judiciária que percorreu este processo, esta visão apenas parece estar erradicada no pensamento que preside ao voto de vencido subscrito por PINTO DE ALBUQUERQUE.

7. Conclusão

Assim, consideramos que a criança tem, ainda hoje, um estatuto social e jurídico precário. A sua afirmação enquanto sujeito a par com os adultos não foi cabalmente assumida, e existem várias áreas em que a demora na emancipação da criança leva a que esta seja protegida por um quadro normativo frágil. Uma pessoa que, por ser vulnerável, deveria ser particularmente protegida, acaba a ser prejudicada.

Na questão concreta dos maus tratos infantis, apesar de a lei já prever a proibição total de maus tratos, a sociedade parece não ter avançado o suficiente para que as mais diversas instituições sociais estejam alinhadas com a legislação. O rumo parece ser claro, mas temos de apressar o passo se queremos proteger, de uma vez por todas, as nossas crianças e jovens de tantos maus tratos que continuam a ser socialmente legitimados.

8. Referências bibliográficas

- ARIÈS, PHILIPPE. (1981). *História Social da Criança e da Família*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora.
- BORGES, BEATRIZ MARQUES. (2014). «Promoção e Proteção da Crianças e Jovens em Perigo: Perspetivas Futuras do Modelo Judicial», in *Julgar*. Coimbra: Coimbra Editora.
- FINEMAN, MARTHA. (2009). «Taking Children's Interests Seriously», in *What is Right for Children – The Competing Paradigms of Religion and Human Rights*. Ashgate.
- FINEMAN, MARTHA. (2019). «Vulnerability and Social Justice», in *Valparaíso University Law Review*. Valparaíso (Indiana): Valparaíso University Law School.
- LOCKE, JOHN. (2007). *Segundo Tratado do Governo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- MACLEOD, COLIN. (2004). «The Liberal Theory of Freedom of Expression for Children», in *Chicago-Kent Law Review*. Chicago: Chicago-Kent College of Law.
- MILL, JOHN STUART. (2001). *On Liberty*. Kitchener (Ontário): Batoche Books.
- SOTTOMAYOR, CLARA. (2014). *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Almedina.
- THANE, PAT. (1981). «Childhood in History», in *Childhood, Welfare and Justice*. Londres: Batsford.
- WEISBERG, KELLY. (1978). «Evolution of the Concept of the Rights of the Child in the Western World» in *UC Hastings Scholarship Repository*. Califórnia: Hastings College of the Law.

CAPÍTULO III

DISCRIMINAÇÃO POR IDADE

Khamtokhu e Aksenchik c. Rússia

Khamtokhu e Aksenchik c. Rússia

Discriminação positiva de idosos no âmbito das penas aplicáveis

ANA SOFIA CARVALHO*

SOFIA B. NUNES**

1. Introdução

Os avanços verificados na persecução dos direitos humanos têm sido vastos, mas continua a haver uma certa lacuna no que toca a assegurar os direitos humanos das pessoas idosas. Apesar de existir cada vez uma maior consciencialização da necessidade de proteger este grupo – que muitas vezes é considerado mais vulnerável – e já haver mecanismos de *soft law* nesse âmbito, está ainda em falta uma convenção a nível mundial e/ou europeu que permita a proteção das pessoas idosas de qualquer tipo de discriminação.

Decidiu-se então comentar um caso do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que tem no seu cerne a discriminação (positiva) de homens idosos condenados por crimes graves – *Khamtokhu e Aksenchik c. Rússia*, n.ºs 60637/08 e 961/11, 24 de janeiro de 2017. O caso em concreto refere-se às queixas apresentadas por dois cidadãos russos contra o seu país por terem sido condenados a prisão perpétua por prática de crimes graves – algo que consideraram ser um tratamento discriminatório injustificado em razão do género e da idade. De facto, o Governo russo prevê a diferença de tratamento para mulheres, homens com menos de 18 anos ou com 65 ou mais anos na aplicação de prisão perpétua em crimes graves. Isto é, apenas os homens com mais de 18 anos e com menos de 65 anos poderão ser suscetíveis de ser condenados a prisão perpétua, pois os outros grupos identificados são considerados grupos sociais mais vulneráveis e com necessidade de tratamento diferenciado.

Por um lado, e segundo esta perspetiva, as mulheres dispõem de um papel específico na sociedade devido à sua capacidade reprodutiva – visão esta tradicionalista – e as características fisiológicas das mesmas em determinados períodos, como durante a gravidez ou a amamentação, levam a que sejam sujeitas a cuidados especiais. Por outro lado, os jovens são considerados como psicologicamente vulneráveis, havendo, por isso, a obrigação de os salvaguardar ao não aplicar as sanções criminais mais severas – algo que também a comunidade internacional reconhece. Paralelamente, as pessoas com 65 ou mais anos também foram agrupadas num

* Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Mestre em Direito Tributário e Fiscal pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa. Juíza de Direito nos Tribunais Administrativos e Fiscais.

** Licenciada em Economia pela Faculdade de Economia da Universidade do Porto. Mestre em Gestão e Administração Pública pela University College London. Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa. ORCID: 0000-0002-7182-9890.

grupo social vulnerável na medida em que poderiam ter capacidades diminuídas que não permitissem entender ou controlar as suas ações.

No final, também o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos concordou com esta posição do Governo russo, dado que considerou que tal posição pretendia promover os princípios da justiça e humanidade. Apenas o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE foi o único a discordar na íntegra desta decisão por considerar que não há motivo para haver uma diferença de tratamento em função do género e da idade *in casu*, tendo salientado também que este caso deveria ter servido de meio para abolir a prisão perpétua.

A discriminação positiva é necessária quando existe fundamento material e objetivo para tal e apenas nestas circunstâncias deverá ser adotada. Coloca-se então em questão se a aplicação da discriminação positiva no caso em concreto é legítima. Para tal, será analisado em maior profundidade o caso. Desta maneira, decidiu-se estruturar este comentário da seguinte forma: em primeiro lugar, é especificada a discriminação subjacente ao caso em concreto que será analisada; depois, é feita a descrição e interpretação do caso em questão e dos factos associados ao mesmo, seguindo-se da análise da decisão tomada neste âmbito, bem como da opinião dissidente do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ao que se seguirão breves conclusões.

2. A discriminação em questão e a perspetiva teórica a partir da qual será analisada¹

O processo de especificação dos direitos humanos no que diz respeito às pessoas idosas pode ser caracterizado como ainda inacabado, uma vez que, diferentemente do que acontece com outros grupos tradicionalmente considerados como vulneráveis (*e.g.*, mulheres e crianças), não existe ainda uma Convenção Internacional respeitante aos direitos humanos das pessoas idosas.

Contudo, isto não significa que o sistema internacional de direitos humanos não esteja a garantir a aplicação universal das normas que proíbem qualquer forma de discriminação em razão dos padrões etários.

Neste sentido, importa ressaltar algumas previsões importantes nos diplomas vigentes de direitos humanos: Carta das Nações Unidas de 1945 (artigo 55.º); Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948 (artigos 3.º, 22.º, 25.º, 27.º); Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966 (artigos 9.º, que reconhece o direito de todos à segurança social, incluindo seguros sociais; 11.º, que consagra o direito a um padrão de vida adequado; 12.º, dedicado ao direito de todos ao gozo do mais alto nível possível de saúde física e mental). Geralmente estes instrumentos consagram o direito à vida, à liberdade e à segurança, com atenção especial para grupos mais vulneráveis (entre os quais podemos incluir as pessoas idosas), sendo especialmente relevante mencionar a segurança social e proteção da saúde.

¹ Uma análise mais aprofundada da discriminação em questão poderá ser encontrada em ANA SOFIA CARVALHO e JORGE GRACIA IBÁÑEZ, 2022, «A idade avançada como fator de discriminação: uma perspetiva portuguesa», in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 19, n.º 38.

De todo o modo, importa destacar que a comunidade internacional se reuniu duas vezes em vinte anos para estudar a nível mundial a questão do envelhecimento: na Primeira Assembleia Mundial sobre Envelhecimento, em Viena, em 1982, e na Segunda Assembleia Mundial sobre Envelhecimento, que decorreu em Madrid, em 2002. Um dos principais frutos desta última reunião foi o Plano de Ação Internacional de Madrid sobre o Envelhecimento, em que se indica como objetivo principal garantir que em qualquer país ou lugar a população possa envelhecer com segurança e dignidade e que as pessoas idosas possam continuar participando nas suas respetivas sociedades como cidadãos com plenos direitos.

Antes, em 1991, a Assembleia Geral tinha dado mais um passo nessa direção, ao adotar os Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas, adotados pela Resolução n.º 46/91, da Assembleia Geral das Nações Unidas, a 16 de dezembro 1991. Este documento de *soft law* vem elencar as principais linhas a seguir no reconhecimento efetivo dos direitos das pessoas idosas: independência, participação, assistência, realização pessoal e dignidade. O eixo relacionado com os direitos humanos de autonomia liga-se ao princípio de independência. Por seu turno, os direitos de participação relacionam-se com o princípio homónimo e os direitos sociais têm que ver com o princípio do cuidado. Finalmente, o princípio da dignidade informa tudo o que respeita às garantias e aos sistemas de proteção. De ressaltar que a proteção contra a discriminação em razão da idade é explicitada no ponto 18, no qual se afirma que os idosos devem ser tratados de forma justa, independentemente da sua idade, género, origem racial ou étnica, deficiência ou outra condição, e ser valorizados independentemente da sua contribuição económica.

Devemos destacar ainda a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos adotada no âmbito da XLV Assembleia Geral Ordinária da OEA, a 15 de junho de 2015, em Washington DC. O texto lista, no artigo 3.º, uma série de princípios cujo conteúdo expande e especifica os cinco princípios das Nações Unidas para os idosos. Esses princípios abrangem vários aspetos essenciais para um reconhecimento real e efetivo dos direitos humanos dos idosos recolhidos no texto da Convenção. O artigo 5.º refere-se explicitamente à proibição de discriminação em razão da velhice².

No plano do Conselho da Europa, embora não exista uma convenção que se refira diretamente a idosos, como no caso interamericano, devem considerar-se aplicáveis aos idosos os direitos previstos na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, abreviadamente Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante, CEDH). Nos termos do artigo 14.º da CEDH, o gozo dos direitos e das liberdades reconhecidos na CEDH devem ser

² Como observa AÍDA DIEZ-TENDERO (AIDA DÍAZ-TENDERO, 2017, «La matriz de T.H. Marshall y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores», in *Anuario de Derecho Público*, n.º 1, p. 19), implica uma conceção mais ampla de discriminação que inclui também diferentes motivos como género, deficiência, orientação sexual, migração, pobreza, marginalização, afrodescendência, indigenismo e também discriminação contra pessoas sem-abrigo, prisioneiros e minorias étnicas do ponto de vista interseccional, ou seja, implicando a ideia de que as pessoas sofrem discriminação diferentemente, dependendo de suas identidades sobrepostas.

assegurados «sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação».

No entanto, este artigo não protege por si só, apenas podendo ser invocado conjuntamente com outro ou outros artigos da Convenção, sendo que o Protocolo n.º 12 estende o âmbito da discriminação ao gozo de qualquer direito previsto por lei³. Como concluem MANTOVANI, SPANIER e DORON⁴, a CEDH não faz referência explícita aos direitos dos idosos como tais e, portanto, em casos de discriminação, os idosos encontram o seu caminho para a CEDH na categoria «outro *status*». Eles devem provar que foram discriminados num (ou mais) dos outros artigos da CEDH. Eles também apontam que, embora «[o] Tribunal não tenha abordado expressamente a questão dos direitos dos idosos como um sujeito jurídico distinto, demonstrou sensibilidade pelas condições concretas em que os idosos vivem»⁵.

Um desses casos é o caso *Farbtuhs c. Letónia*, n.º 4672/02, de 2 de dezembro de 2004. Neste caso⁶, em termos factuais, o requerente, que em setembro de 1999 foi considerado culpado de crimes contra a humanidade e genocídio pelo seu papel na deportação e morte de dezenas de cidadãos letões durante o período de repressão estalinista em 1940 e 1941, queixou-se de que, em vista de sua idade e doença, e a incapacidade das prisões letãs para atender às suas necessidades específicas, a sua prisão prolongada constituiu tratamento contrário ao artigo 3.º (proibição de tratamento desumano ou degradante) da Convenção. Em 2002, os tribunais domésticos dispensaram o requerente de cumprir a pena restante depois de descobrirem, *inter alia*, que ele havia contraído mais duas doenças enquanto estava na prisão e que a sua condição geral havia piorado.

O Tribunal considerou que houve violação do artigo 3.º da Convenção. Observou que o demandante tinha 84 anos quando foi preso, paraplégico e incapacitado a ponto de não poder realizar a maioria das tarefas cotidianas sem ajuda. Além disso, ao ser detido já sofria de várias doenças graves, a maioria das quais crônicas e incuráveis. O Tribunal considerou que, quando as autoridades nacionais decidem prender uma pessoa nessas circunstâncias, devem ser particularmente cuidadosas para garantir que as condições de detenção sejam consistentes com as necessidades específicas decorrentes da doença do preso. Tendo em conta as circunstâncias do

³ PAULA ALBUQUERQUE e PAULO ALBUQUERQUE, 2020, «Idosos», org. Paulo Pinto de Albuquerque, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. III, Universidade Católica Editora, p. 2797.

⁴ EUGENIO MANTOVANI, BENNY SPANIER e ISRAEL DORON, 2018, «Ageism, Human Rights, and the European Court of Human Rights: A Critical Analysis of the Carvalho v. Portugal Case (2017)», in *DePaul Journal for Social Justice*, vol. 11, p. 2.

⁵ Alguns desses casos ficaram elencados na primeira *fact-sheet* publicada pelo TEDH acerca do tema – cfr. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, *Elderly People and the European Convention on Human Rights*. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Elderly_ENG.pdf (consultado em 29 de janeiro de 2023). Uma análise dos casos mais relevantes de discriminação etária, bem como de discriminação com base noutras questões que atingem os idosos, pode ser encontrada em PAULA ALBUQUERQUE e PAULO ALBUQUERQUE, «Idosos», cit., pp. 2799-2812.

⁶ *Ibidem*, p. 5.

caso, o Tribunal considerou que, tendo em conta a sua idade, enfermidade e condição, a detenção continuada do requerente não tinha sido apropriada. A situação em que ele foi colocado estava fadada a causar-lhe ansiedade permanente e um sentimento de inferioridade e humilhação tão agudo que chegava a ser um tratamento degradante. Ao atrasar a sua libertação da prisão por mais de um ano, apesar do facto de o diretor da prisão ter apresentado um pedido formal de libertação apoiado por provas médicas, as autoridades letãs não trataram o requerente de forma compatível com as disposições do artigo 3.º da Convenção.

A nível da União Europeia, segundo BARBOSA e colaboradores⁷, deve-se ressaltar que o artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (com a epígrafe «Não discriminação») expressamente refere a idade e a deficiência como fatores potencialmente discriminatórios, tendo os seus artigos 25.º (epigrafiado «Direitos das pessoas idosas») e 26.º (epigrafiado «Integração das pessoas com deficiência») redação manifestamente atual, em que as dimensões da independência e da participação são sublinhadas, questões que constituem alicerce para a intervenção centrada na pessoa.

A nível nacional, JORGE MIRANDA⁸ entende que é necessário reconhecer que não é possível determinar, com exatidão científica, todas as concretas implicações e consequências do princípio da dignidade da pessoa humana e que se terá de deixar nas mãos do legislador a escolha dos meios mais adequados à efetiva salvaguarda da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que a especificam, sendo assim a concretização do princípio feita de forma histórico-culturalmente aberta.

Ainda se deve ter em conta que a dignidade da pessoa humana legitima a imposição de deveres de proteção especiais: deveres públicos de proteção de pessoas em situações especiais propícias a graves atentados a essa dignidade (ex.: refugiados), assim como deveres públicos de defesa da vida e integridade do ser humano (ex.: tráfico de seres humanos). E também o princípio da igualdade o justifica, implicando que em alguns casos se adote um tratamento diferenciador, positivamente discriminatório, em benefício de determinados grupos ou situações⁹. Com efeito, segundo BACELAR GOUVEIA, o princípio da igualdade assenta em duas ideias fundamentais:

- «a) o tratamento idêntico, para tudo aquilo que é materialmente igual, proibindo-se o tratamento discriminatório, quer positivo quer negativo, que se funda em razões que não são objetivamente admissíveis; e
- b) o tratamento diferenciador, para tudo aquilo que é materialmente desigual, o que se justifica no facto de existir razões de substância que assim o justifique.»¹⁰

⁷ MARIA MIGUEL BARBOSA, PAULA GUIMARÃES, ROSA MARINA AFONSO, JAVIER YANGUAS e CONSTANÇA PAÚL, 2021, «Cuidados centrados na pessoa idosa: Uma abordagem de promoção de direitos», in *Olhares sobre o envelhecimento. Estudos Interdisciplinares*, vol. 1, pp. 23-35.

⁸ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, 2010, *Constituição Portuguesa Anotada*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª ed., p. 78.

⁹ JORGE BACELAR GOUVEIA, 2011, *Manual de Direito Constitucional*, II, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, p. 1095.

¹⁰ *Ibidem*, p. 1094.

Efetivamente, «medidas de diferenciação ou de discriminação positiva poderão (...) considerar-se admissíveis (...), desde que suportadas por um raciocínio adequado de justificação constitucional, designadamente apresentarem fundamento material e objetivo capaz de justificar a diferença de tratamento e passarem o teste de proporcionalidade dos meios utilizados. Seriam tratamentos discriminatórios ou privilégios, não fosse o facto de estarem justificadas pela prossecução de uma igualdade material»¹¹.

Este raciocínio pode ser transposto para a «Constituição» da Europa.

3. Análise do caso (dos factos)

Em 22 de outubro de 2008 e 11 de fevereiro de 2011, respetivamente através dos processos n.ºs 60367/08 e 961/11, dois cidadãos russos apresentaram as suas queixas contra a Rússia ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos termos do artigo 34.º da CEDH. Os seus processos foram apensados pelo Tribunal. Concretizando, os queixosos eram dois cidadãos russos condenados pelos tribunais russos a prisão perpétua por prática de crimes graves, mais concretamente Aslan Khamtokhu (nascido em 1970 e condenado em 2008 a prisão perpétua pela prática de vários crimes, incluindo fuga da prisão, tentativa de homicídio a polícias e oficiais do Estado, posse ilegal de armas) e Artyom Aksenichik (nascido em 1985 e condenado em 2010 pela prática de três homicídios). Ambos apresentaram queixas sem sucesso nos tribunais russos por pena discriminatória.

Junto do Tribunal Europeu, alegaram que a imposição aos mesmos de prisão perpétua constituía tratamento discriminatório injustificado em razão do género e da idade, em violação do artigo 14.º da CEDH, conjuntamente com o artigo 5.º da mesma Convenção, artigos que aqui se transcrevem para melhor compreensão do caso:

«ARTIGO 5.º

Direito à liberdade e à segurança

Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

- a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente; (...).»

«ARTIGO 14.º

Proibição de discriminação

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional

¹¹ FERNANDO REY MARTÍNEZ e LUÍSA NETO (coords.), 2021, *Direito Antidiscriminatório*, Lisboa, AAFDL, p. 217.

ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.»

Os queixosos alegaram que o tratamento diferente e menos favorável ao abrigo do artigo 57.º do Código Penal do grupo a que pertenciam – homens com idades compreendidas entre os 18 e os 65, em confronto com todas as mulheres e com homens abaixo de 18 e com mais de 65 – no que toca à prisão perpétua constituía uma diferença de tratamento com base no género e na idade.

Em termos de enquadramento legislativo do caso, o artigo 57.º do Código Penal russo prevê a possibilidade de aplicação de prisão perpétua em crimes graves contra a vida e a segurança pública, excetuando de tal aplicação mulheres, homens de menos de 18 anos aquando da prática do crime ou com 65 ou mais anos no momento da prolação da condenação. O Tribunal poderá considerar o condenado a prisão perpétua elegível para libertação antecipada após os primeiros 25 anos de cumprimento de pena, se tiver cumprido totalmente as normas da prisão nos últimos três anos (artigo 79.º, § 5).

Por seu turno, o Tribunal Constitucional russo rejeitava de forma consistente como inadmissíveis queixas relacionadas com a alegada incompatibilidade do referido artigo 57.º com a proteção constitucional contra a discriminação, afirmando que a diferença de tratamento na condenação, baseada no género e na idade, estava baseada em princípios de justiça e humanidade, tendo em conta as características fisiológicas de várias categorias de infratores com vista a atingir os objetivos da lei penal de forma compreensiva e eficiente num Estado democrático baseado no Estado de Direito¹² (cf. acórdão de 25 de fevereiro de 2016).

Salientaram os queixosos que não estavam à procura de uma aplicação universal de penas de prisão perpétua a todos os infratores, incluindo mulheres e homens abaixo de 18 e acima de 65. Antes entendiam que, tendo sido decidido que a prisão perpétua era injusta e inumana para com aqueles grupos, as autoridades russas deviam abster-se de sujeitar os homens entre 18 a 65 a prisão perpétua¹³.

Relativamente à diferença de tratamento baseada no género, os queixosos alegaram que a diferença na condenação carece de justificação objetiva e razoável, sendo um produto de uma visão ultrapassada e tradicionalista do papel social das mulheres e carecia de base científica, estatística ou principiológica. O alegado especial papel das mulheres na sociedade, relacionado, sobretudo, com a sua função reprodutiva e de educação de crianças, não fornecia base suficiente para tratar as infratoras mulheres mais favoravelmente que os homens. Alegaram que a maternidade e a paternidade têm papéis igualmente importantes no cuidado e educação de crianças e que as leis nacionais não faziam qualquer diferença entre os direitos e as obrigações de mães e pais.

¹² Este Tribunal já havia estabelecido previamente que a diferente idade de reforma para homens e mulheres era justificada não só pelas diferenças fisiológicas entre os géneros, mas também pelo especial papel da maternidade na sociedade, o que não constituía discriminação, mas antes servia para reforçar a igualdade efetiva, em vez da formal (cf. parágrafo 47 do caso).

¹³ Parágrafo 33 do caso *Khamtokhu e Aksenchik c. Rússia*.

Na perspectiva dos queixosos, a asserção do Governo de que as mulheres eram mais vulneráveis psicologicamente do que os homens e eram afetadas num maior grau pelas «durezas» da prisão também era infundada. Alegaram que a prisão é uma provação, tanto para homens como para mulheres, incluindo tais grupos de indivíduos com variados graus de vulnerabilidade.

Apesar de reconhecerem que as características fisiológicas de certas categorias de mulheres – e em períodos específicos, por exemplo, durante a gravidez, amamentação e educação infantil – (o que também é reconhecido por instrumentos internacionais¹⁴) poderiam constituir uma justificação razoável e objetiva para uma diferença de tratamento, o artigo 57.º do Código Penal assume que há características fisiológicas universais que diferenciam os homens e as mulheres infratores para todos os propósitos e em todos os momentos. Para os queixosos, não existe justificação razoável e objetiva para a abordagem prevista no artigo 57.º do Código Penal que exclui todas as mulheres da imposição de prisão perpétua, tal não perseguia qualquer objetivo legítimo, e deveria ser um juiz que devia tomar em consideração distinções baseadas no género ao exercer o poder penal, de outra forma a proporcionalidade entre os meios e fins faltaria.

Relativamente às diferenças na condenação baseada na idade, os queixosos reconheceram a existência de *standards* internacionais de direitos humanos¹⁵ que proibiam a aplicação das sanções criminais mais severas a jovens infratores e que tais infratores pertencem a um grupo social e psicologicamente vulnerável e necessitam de medidas de proteção especiais ditadas por considerações humanas.

Alegaram ainda que as diferenças de condenação com base na idade poderiam ser necessárias se as pessoas com 65 anos ou mais devessem ser tratadas como um grupo social vulnerável que tenha capacidade diminuída para controlar a sua conduta ou prever as consequências dos seus atos. No entanto, não havia estudos científicos demonstrando tal diminuição de responsabilidade em todas as pessoas de mais de 65 anos, bem pelo contrário, existiam importantes cargos na Rússia ocupados por pessoas com mais de 65 anos, o que põe em causa a referida generalização.

Ainda, tendo em conta que a esperança média de vida era, para os homens russos, de 65 anos e que essas estatísticas não refletiam as más condições de detenção em prisões russas que acabam por reduzir a esperança média de vida para os reclusos, o efeito de uma condenação a prisão perpétua num infrator de 40 anos seria dificilmente diferente para um de 65 anos: ambos teriam chances ilusórias de liberdade antecipada. Assim, o limite de idade estabelecido aos 65 anos era arbitrário, especialmente tendo em conta que a idade da reforma era de 55 anos para as mulheres e 60 para os homens.

¹⁴ Ver a propósito artigo 6.º, § 5, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e artigo 76.º, § 3, do Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949.

¹⁵ Exemplificativamente, artigo 6.º, § 5, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e artigo 37.º (a) da Convenção dos Direitos da Criança.

Alegaram que para os infratores mais velhos, a idade poderia ser vista em certos casos como uma circunstância atenuante¹⁶ (como permitido pelo artigo 61.º, parágrafo 2, do Código Penal), e que pessoas que desenvolvessem doenças graves depois de cometido um crime poderiam ser isentas de punição (artigo 81.º, parágrafo 2, do Código Penal), inexistindo justificação para afastamento em bloco das pessoas de mais de 65 anos da pena de prisão perpétua.

Acrescentaram que existia uma tendência internacional emergente para a abolição da prisão perpétua e que havia 25 países no mundo que não tinham a prisão perpétua prevista na sua legislação (um desses casos é o português). Apesar de tudo, mesmo assumindo que a prisão perpétua poderia ser a forma apropriada de sancionar em determinados casos, um alto grau de individualização da pena deveria fazer parte da política contemporânea de condenação e a individualização deveria ser usada como um princípio geral em vez da institucionalizada discriminação baseada no género e na idade¹⁷.

O Governo russo não considerou os queixosos vítimas de qualquer violação da Convenção, em particular de discriminação, já que as suas penas foram legais nos termos do artigo 5.º da CEDH, por determinadas de acordo com a gravidade dos crimes que cometeram e que não os punham em nenhuma desvantagem face a mulheres, jovens ou pessoas de 65 anos ou mais, sendo estes últimos grupos objeto de uma exceção que podia ser descrita como «desigualdade positiva» destinada a proteger grupos sociais vulneráveis e, como tal, sendo justificada.

Alegou que os queixosos pretendiam uma mudança na legislação criminal doméstica que permitisse a outros, incluindo mulheres, ter penas mais pesadas, enquanto que a sua situação pessoal não mudaria. Da perspetiva do Governo, encontrar uma violação do artigo 14.º da Convenção não constituiria motivo para

¹⁶ Em Portugal, «[a] “(senior)idade” é uma circunstância que, no Direito Penal, pode ser considerada uma atenuante ou uma agravante na análise de um facto típico e ilícito. Normalmente é vista como *atenuante* quando estamos a falar de um *criminoso-idoso*, e é vista como *agravante* como falamos de um *idoso-vítima*. Tradicionalmente, quando um criminoso tinha uma idade mais avançada, entendia-se que essa pessoa tinha menos capacidade para se motivar pelas normas (penais) e, portanto, teria menos liberdade para agir de forma diferente (e, necessariamente, menos culpa), devendo ser condenada numa pena mais reduzida, sendo a idade tida em consideração pelo julgador para *atenuar* a pena. Do outro lado, a idade é ponderada no processo decisório para *agrarar* a pena quando está em causa uma agressão a uma pessoa mais idosa, com menos capacidade para se defender e eventualmente com mais confiança/dependência do agressor que até poderia ter algum especial dever de cuidado, que também deve ser atendido no juízo condenatório» – cf. MIGUEL DA CÂMARA MACHADO, 2020, «Idosos agentes e vítimas de crime», in *Direito e Direitos dos Idosos*, coord. Carla Amado Gomes e Ana F. Neves, Lisboa, AAFDL, p. 274.

A título exemplificativo, em que a idade foi vista como circunstância atenuante, veja-se o Acórdão do STJ, de 27.05.2015, processo n.º 220/13.8TAMGR.C1.S1, no qual se reconhece que a idade superior a 70 anos, embora não seja mencionada expressamente no texto do Código Penal, não retira particular valor atenuativo geral, pelo fator mitigador da culpa do agente e pela diminuição da necessidade de pena em razão das menores exigências de prevenção especial.

¹⁷ Cf. parágrafo 41 do caso.

rever condenações individuais ou para abolir completamente a prisão perpétua na Rússia.

A legislação russa estabeleceu, como regra geral, que a prisão perpétua pode ser aplicada em crimes particularmente graves contra a vida e segurança pública, enquanto que a exclusão das três categorias – na base do género e da idade – era uma exceção a tal regra e não infringia os direitos da maioria dos reclusos condenados.

Na opinião do Governo, a discriminação apenas pode ser invocada em casos de restrições injustificadas, e recordou que os Estados-Membros do Conselho da Europa devem permitir uma margem de apreciação na decisão da duração apropriada da pena de prisão em crimes especiais.

Argumentou ainda que instrumentos internacionais demandavam cuidado especial para infratoras grávidas, que estudos científicos mostravam que muito frequentemente as mulheres eram as principais cuidadoras de crianças antes do seu encarceramento e ainda que cerca de 90% dessas mulheres tinha uma história de abuso familiar que contribuiu para a sua conduta criminal e para a sua vulnerabilidade. O Governo acrescentou que, em adição à Rússia, a Albânia, a Arménia, o Azerbaijão, a Bielorrússia e o Uzbequistão também não condenavam mulheres a prisão perpétua, e que, no momento, o parlamento ucraniano tinha adotado, em primeira leitura, um projeto de lei isentando as mulheres de prisão perpétua. Argumentou que a exceção penal estava justificada pelo especial papel das mulheres na sociedade russa que dizia respeito, no fundo, à sua função reprodutiva.

Quanto a jovens e pessoas de 65 anos ou mais, o Governo alegou que tais restrições baseadas na idade eram necessárias porque tais grupos constituíam grupos sociais vulneráveis que tinham uma capacidade subdesenvolvida ou diminuída de entender as implicações da sua conduta, de a controlar ou para prever as consequências dos seus atos. Tais grupos eram propensos a um comportamento impulsivo e irrefletido que poderia resultar em conduta criminalmente repreensível.

Em suma, o Governo russo entendia que, dados os traços específicos de natureza biológica, psicológica, sociológica e outras características particulares dos infratores mulheres, jovens e pessoas de 65 anos ou mais, condená-los a prisão perpétua e à sua reclusão em condições difíceis poria em causa o objetivo penal da sua reabilitação. Adicionalmente, a medida dizia respeito apenas a um pequeno número de condenados: na Rússia, em 1 de novembro de 2011, apenas 1802 infratores foram condenados a prisão perpétua, enquanto que havia um número total de 533 024 prisioneiros, sendo que destes 42 511 eram mulheres.

Como terceira parte, interveio o Equal Rights Trust (organização não governamental com sede em Londres, Reino Unido), que alegou que, com exceção das disposições relativas a ofensores juvenis, regras gerais a isentar grupos particulares de prisão perpétua não podem ser justificadas ao abrigo do artigo 14.º da CEDH. Entendia que uma isenção geral de todas as mulheres de algumas penas não era temporária e não perseguia qualquer objetivo relacionado com a igualdade de oportunidades. Relativamente a arguidos de 65 anos ou mais, esta parte alegou que a discriminação em função da idade era proibida por todos os tratados chave internacionais e que criar distinções entre pessoas acima e abaixo de determinada

idade era intrinsecamente problemático, requerendo um alto grau de prova e justificação. A generalização quanto à capacidade de uma medida atingir um objetivo legítimo era insuficiente. Mesmo que fosse demonstrado que uma sentença de prisão perpétua seria mais frequentemente considerada indevidamente severa nos casos de pessoas com mais de 65 anos do que em pessoas com menos de 65 anos, uma isenção geral não era necessariamente um meio proporcional de atingir o objetivo de evitar sentenças severas. A idade não era binária, e qualquer distinção com base na idade, em que um ponto de corte fosse identificado, poderia exigir uma análise comparativa da prática do Estado e da evidência científica para se considerar uma medida como justificada.

Com relação às formas de remediar a situação existente, a terceira parte argumentou que se um Estado, agindo a seu critério, decidisse que uma sentença de prisão perpétua seria «desumana» se imposta a certos grupos, e isso fosse considerado uma violação do artigo 14.º, o princípio de «não nivelar por baixo» significaria que um Estado não poderia remediar essa discriminação simplesmente removendo o tratamento mais favorável dos grupos protegidos. De acordo com os princípios jurídicos internacionais e o direito internacional consuetudinário, a implementação das decisões dos tribunais internacionais não deve abolir, restringir ou limitar os direitos existentes (cfr. artigo 53.º da Convenção). Propôs que para a Rússia cumprir com o artigo 14.º da CEDH deveria adotar uma abordagem individualizada à condenação que levasse em conta, entre outros fatores, as características particulares do infrator.

4. Análise da decisão (do direito)¹⁸

O TEDH primeiro estabeleceu que a questão cabia no âmbito dos artigos 5.º e 14.º da CEDH. Repetiu a sua posição de que a prisão perpétua, como tipo de pena, é legal e cabe no poder discricionário do Estado e então citou a sua jurisprudência firmada e *standards* adotados em casos de discriminação, que depois, aplicou no presente caso.

Para o Tribunal, para que uma questão surja ao abrigo do artigo 14.º, tem de haver uma diferença de tratamento de pessoas em condições análogas ou similarmente relevantes. Tal diferença de tratamento é discriminatória se não tem justificação objetiva e razoável, ou seja, se não persegue um objetivo legítimo ou não há uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios adotados e o fim pretendido. O Estado contratante goza de margem de apreciação na avaliação de se e em que medida diferenças em situações similares justificam uma diferença de tratamento. A noção de discriminação no âmbito do artigo 14.º também inclui casos em que uma pessoa ou um grupo são tratados, sem justificação adequada, menos

¹⁸ Atendendo à forma concisa de exposição, seguimos parcialmente a análise do caso efetuada por MILICA NOVAKOVIĆ, 2021, «Men in the Age of (Formal) Equality: The Curious Case of Khamtokhu and Aksenchik», in *On Equality & Liberty and their contemporary legal meaning: from SW 61 of the Lucerne IVR World Congress*, coord. Jasminka Hasanbegovic, Belgrado, Dosije Studio, pp. 235-239.

favoravelmente que outro, mesmo que o tratamento mais favorável não seja exigido pela Convenção¹⁹. Quanto ao ónus da prova em relação ao artigo 14.º da Convenção, o Tribunal entende que ao queixoso cabe provar a diferença de tratamento e que ao Governo cabe demonstrar que a mesma é justificada²⁰.

O Tribunal começou por afirmar que os queixosos estavam numa situação análoga a todos os outros infratores que foram condenados pela mesma ofensa ou ofensas comparáveis e que a isenção dos grupos de mulheres, jovens infratores e pessoas com 65 anos ou mais desta tipologia de pena constituía uma diferença de tratamento com base no sexo e na idade. Pelo que lhe caberia analisar se tal diferença de tratamento era justificada, tendo em consideração a margem de apreciação de que o Estado contratante goza neste contexto.

Na referida análise, o Tribunal aceitou a posição do Governo de que a diferença de tratamento era com vista a promover os princípios da justiça e humanidade que requeriam que a política de condenação tivesse em conta a idade e as características fisiológicas de várias categorias de infratores e, de tal forma, poderia perseguir um objetivo legítimo no contexto da política de condenação e para os propósitos de aplicação do artigo 14.º da Convenção em conjunção com o artigo 5.º, § 1²¹.

Quanto à proporcionalidade, o Tribunal observou que a prisão perpétua na Rússia não era obrigatória ou automática para qualquer crime, mas antes reservada para apenas alguns crimes especialmente graves, poderia ser aplicada apenas após escrutínio cuidadoso do caso pelos tribunais domésticos e perante a conclusão de que seria a única pena que convém ao crime praticado²². Adicionalmente, os infratores, incluindo os queixosos, poderiam ter acesso a libertação antecipada depois de cumprirem 25 anos. Em conclusão, em geral isto não torna a imposição de prisão perpétua uma medida excessiva.

Seguidamente, operando dentro das linhas da doutrina da margem de apreciação, e procurando a existência ou não de um consenso europeu, o Tribunal analisou em concreto as justificações apresentadas para a discriminação/isenção de pena de prisão perpétua.

Primeiramente, o Tribunal não encontrou razão para questionar a diferença de tratamento face a infratores juvenis, porque tal é consonante com uma abordagem que é comum aos ordenamentos jurídicos dos Estados Contratantes, sem exceção; veja-se, nomeadamente, a abolição de prisão perpétua em 32 dos Estados Contratantes bem como a criação de regimes especiais de condenação para infratores juvenis²³. A isenção é também compatível com recomendações nesta matéria do Comité de Direitos da Criança e da Assembleia Geral das Nações Unidas²⁴, tendo como propósito evidente facilitar a reabilitação dos delinquentes juvenis. O Tribunal considera que quando jovens infratores são responsabilizados pelas

¹⁹ Cfr. parágrafo 64 do caso.

²⁰ Cfr. parágrafo 65 do caso.

²¹ Cfr. parágrafo 70 do caso.

²² Cfr. parágrafos 71 e 72 do caso.

²³ Cfr. parágrafos 20 e 80 do caso.

²⁴ Cfr. parágrafos 25, 26 e 80 do caso.

suas ações, mesmo que graves, tal tem de ser feito tendo em consideração a sua imaturidade mental e emocional presumida, bem como a grande maleabilidade da sua personalidade e a sua capacidade de reabilitação e reforma.

Em segundo lugar, relativamente a infratores de 65 anos ou mais, o Tribunal considerou que face aos princípios já firmados em jurisprudência²⁵, uma pena de prisão perpétua será compatível com o artigo 3.º apenas se houver uma perspectiva de libertação e uma possibilidade de revisão (ambas devem existir no momento de imposição da condenação), pelo que o Tribunal não considera não haver justificação objetiva e razoável na isenção *in casu*, já que a redutibilidade de uma pena de prisão perpétua torna-se ainda mais importante no caso de infratores mais velhos, de modo a não se tornar uma mera possibilidade ilusória, tendo a Rússia usado um dos métodos possíveis para garantir uma perspectiva de libertação nestes casos ao impor um limite de idade para esta condenação, o que se situa no âmbito da sua margem de apreciação.

Terceiramente, quanto às mulheres, o Tribunal teve em consideração vários instrumentos europeus e internacionais [invocou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 6.º, n.º 5), a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (artigo 4.º), as regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres prisioneiras e medidas não custodiais para mulheres infratoras – Regras de Banguecoque – (preâmbulo, regras 5, 10, 31 e 48), a Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa Rec (2006) 2 sobre regras de prisão europeia (recomendações 13, 34.3) e a resolução do Parlamento Europeu de 13 de março de 2008 (recomendação 14)] que demandam dos Estados medidas especiais em função do género para mulheres reclusas, nomeadamente quanto a cuidados de higiene e saúde (em particular, quando grávidas e aleitantes) e proteção contra discriminação e violência baseada no género. O Tribunal concluiu, na base de circunstâncias particulares do caso concreto, de dados disponíveis e de instrumentos internacionais, que existe um interesse público subjacente à isenção das infratoras mulheres de prisão perpétua como regra geral na Rússia²⁶.

Face ao exposto, o Tribunal concluiu que, na ausência de substrato comum, esta área de política penal devia ser ainda vista como uma de direitos em evolução, sem consensos estabelecidos, nos quais os Estados devem gozar de uma ampla margem de apreciação. A Rússia, à luz destas circunstâncias, não ultrapassou a sua margem de apreciação e a sua legislação não está em contradição com os instrumentos internacionais aplicáveis, nem com a legislação de outros Estados²⁷. Mais, a isenção de

²⁵ Cfr. *Vinter e Outros c. Reino Unido* [GC], n.ºs 66069/09, 130/10 e 3896/10, 9 de julho de 2013.

²⁶ Cfr. parágrafo 82 do caso.

²⁷ Embora a prisão perpétua não exista em nove Estados Contratantes, a maioria dos Estados Contratantes optou por manter a possibilidade de condenação em casos de crimes particularmente graves. Neste último grupo, não existe uniformidade quanto à idade até à qual se aplica a isenção da prisão perpétua; muitos Estados fixaram a idade em 18 anos, noutros ela varia entre 18 e 21 anos.

A disparidade na abordagem de outros grupos de infratores que os Estados Contratantes optaram por isentar da prisão perpétua é ainda mais evidente. Alguns Estados Contratantes

certos grupos de infratores representa um progresso social em questões penais²⁸. Embora fosse claramente possível à Rússia isentar todas as categorias de infratores de prisão perpétua, na procura de promover o seu objetivo de promover os princípios da justiça e humanidade, não é obrigatório que o faça ao abrigo da Convenção Europeia, da forma como é atualmente interpretada pelo Tribunal. O Tribunal ficou satisfeito ao encontrar uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregues e o objetivo legítimo prosseguido, e concluiu que as isenções impugnadas não constituíam uma diferença de tratamento proibida nos termos do artigo 14.º, em conjugação com o artigo 5.º.

À luz das considerações expostas, em 24 de janeiro de 2017 a Grande Câmara do Tribunal deliberou:

- por 16 votos contra um, que não houve violação do artigo 14.º da Convenção, em conjugação com o artigo 5.º, relativamente à diferença de tratamento com base na idade;
- por dez votos contra sete, que não houve violação do artigo 14.º da Convenção, em conjugação com o artigo 5.º, relativamente à diferença de tratamento com base no sexo.

O acórdão também contém a opinião concorrente de quatro juízes, a parcialmente dissidente de cinco juízes e a opinião dissidente de um juiz (o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, cuja opinião se analisará seguidamente).

5. Análise da intervenção do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque

Neste processo em particular, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE foi o único a emitir uma opinião dissidente no que diz respeito à aplicação do artigo 14.º da Convenção, tomada em conjunto com o artigo 5.º, relativamente à diferença de tratamento em razão do sexo e também da idade. Assim, para além de acreditar que não há justificação para haver uma discriminação positiva em função do género e da idade *in casu*, este juiz considerou que a previsão de prisão perpétua prevista no Código Penal russo não é compatível com a Convenção. Fez questão, no entanto, de expor primeiro que o seu ponto de vista não punha em causa, de maneira alguma, a necessidade e legitimidade de haver legislação e políticas públicas no que concerne a defesa dos grupos mais vulneráveis.

Deste modo, o juiz começou por desconstruir o argumento relativo à proteção das mulheres. Apesar de as mulheres serem sujeitas a estereótipos e discriminação que muitas vezes as deixam em posições mais desfavoráveis para com os homens, é necessário olhar para as verdadeiras desigualdades que as mulheres sofrem nos mais variados aspetos e não assumir que as mulheres são mais fracas e vulneráveis

estabeleceram um regime de condenação específico para delinquentes com idade entre 60 e 65 anos; outros Estados Contratantes decidiram isentar as mulheres infratoras que estavam grávidas no momento do delito ou no momento da sentença de prisão perpétua; ainda outro grupo de Estados, incluindo a Rússia, estendeu essa abordagem a todas as mulheres infratoras.

²⁸ Cf. parágrafo 86 do caso.

que os homens e que, por isso, existe a necessidade de serem protegidas. O Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE acredita, desta forma, que o tratamento desigual entre mulheres e homens baseado na noção de que as mulheres são mais frágeis apenas leva à reprodução de estereótipos e discriminação para com as mulheres. Isto porque a discriminação positiva – que é aplicada em casos específicos quando se verifica que há desigualdades factuais – foi usada neste caso, segundo este juiz, incorretamente, dado que era fundamental que houvesse uma justificação objetiva para a sua utilização.

Pelo contrário, o papel das mulheres como mães foi usado como argumento para que houvesse esta diferença de tratamento, o que apenas perpetua a presunção de diferenças entre mulheres e homens e, por isso, a continuidade de estereótipos. Mais ainda, a discriminação positiva é um instrumento usado para combater desigualdades enquanto as mesmas persistem, não se podendo neste caso evocar o artigo 4.º, n.º 2, da CEDAW, pois o argumento apresentado tem por base preconceitos existentes na sociedade russa – algo que, em última análise, foi aceite pelo Tribunal.

Por outro lado, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE fez questão de fazer uma distinção entre o tratamento dos jovens menores de 18 anos e das pessoas com mais de 65 anos aquando da explicação do seu desacordo. De facto, existem vários instrumentos internacionais e de *soft law* que protegem os jovens delinquentes, pois é a reabilitação dos mesmos que está no cerne da sua detenção. Assim, as regras a serem aplicadas a estes jovens são bastante diferentes das relativas a adultos, havendo já uma onda internacional para a abolição da prisão perpétua para os jovens menores de 18 anos e, por isso, uma diferença de tratamento a favor dos mesmos – algo com que o juiz concorda.

Diferente é para com as pessoas com mais de 65 anos. Estes indivíduos – que muitas vezes têm doenças ou incapacidades e, por isso, precisam de cuidados específicos nestas circunstâncias – carecem de condições necessárias quando são detidas e há, deste modo, provisões neste sentido. Não existe, no entanto, nenhum instrumento internacional que indique que estes indivíduos devem ser beneficiados aquando da determinação da pena. Assim, este juiz acredita que não há uma justificação plausível para haver uma discriminação positiva para com as pessoas mais idosas *in casu*. O argumento invocado de que seria uma possibilidade ilusória estas pessoas serem elegidas para ter liberdade condicional não tem fundamentação, dado que a idade limite de 65 anos foi fixada arbitrariamente. De facto, o juiz argumenta que não foi dada qualquer justificação científica para se ter imposto esta idade limite. É dado o exemplo de um indivíduo com 50 anos que não seria elegível para pedir liberdade condicional até aos 75 anos quando a esperança média de vida à nascença de um homem russo é de 64,7 anos à data e, por isso, quer com uma pessoa de 50 anos quer com uma pessoa de 65 anos o efeito seria o mesmo – o de uma possibilidade ilusória de ter liberdade condicional.

Por último, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE acredita que este processo deveria ter servido de veículo de transformação para a abolição da prisão perpétua. Efetivamente, a prisão perpétua não permite que haja uma futura integração social da pessoa presa, o que entra em conflito com a proteção dos direitos humanos dado que se trata de um tratamento desumano. O juiz argumenta, também, que

a existência da possibilidade de liberdade condicional dá mais legitimidade para acabar com a prisão perpétua, uma vez que, na prática, tal apenas se transformaria numa sentença prisional dita clássica. Para além disso, não existem dados que comprovem que a prisão perpétua tenha efetivamente consequências ao nível da diminuição de crimes graves. Basta para isso olhar para o caso de Portugal – que não tem nem prisão perpétua nem uma grande percentagem de crimes – *versus* os Estados Unidos da América – que, por sua vez, tem a possibilidade de prisão perpétua e uma grande percentagem de crimes.

6. Breves conclusões

Uma convenção internacional ou regional europeia sobre os direitos humanos das pessoas idosas poderia significar uma mudança de atitudes em relação às mesmas, aumentando a visibilidade tanto das questões que lhes dizem respeito como das suas necessidades. Tais diplomas poderiam impulsionar uma «mudança de paradigma» que viesse substituir a conceção historicamente predominante das pessoas idosas enquanto «objetos de direitos» para passarem a ser vistas como «sujeitos de direitos»²⁹. O falhanço dos atuais mecanismos de direitos humanos em combater adequadamente o *edadismo* em todos os âmbitos sociais seria, aliás, um dos argumentos em prol de uma convenção de direitos das pessoas idosas³⁰.

«Exceccionalmente, a idade pode constituir um elemento de discriminação positiva, isto é, pode justificar um tratamento diferente. O TEDH reconhece, por exemplo, que a idade avançada pode justificar maior diligência por parte da justiça na resolução de um caso num intervalo de tempo razoável e utiliza a idade avançada, acompanhada de saúde débil, como critério de prioridade no tratamento dos casos em Estrasburgo.»³¹ Mas, para tal, é necessário definir rigorosamente o que se entende por pessoas idosas, nomeadamente a partir de que idade é que se pode considerar uma pessoa como pertencente a este grupo. E tal terá de ser baseado em factos científicos, estatísticos ou semelhantes, caso contrário continuaremos a ter países a escolher arbitrariamente um limite de idade como aconteceu no caso em questão.

As medidas de ação positiva constituem um dos temas mais polémicos no âmbito do Direito Antidiscriminação já que visam justamente impor um tratamento diferenciado precisamente por causa de um fundamento de discriminação de uma situação de desvantagem institucional associada a um fundamento de discriminação³² e, como tal, no nosso entender, constituem uma das faces da moeda de combate à discriminação. Estas medidas são, portanto, fundamentais para proteger

²⁹ LUIS RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2011, «El valor y la necesidad de una Convención internacional. Los derechos de las personas mayores», in *Materiales de estudio y divulgación*, 4, Santiago de Chile, CEPAL, pp. 11 e 12.

³⁰ ISRAEL DORON, ANN NUMHAUSER-HENNING, BENNY SPANIER, NENA GEORGANTZI e EUGENIO MANTOVANI, 2018, «Ageism and Anti-Ageism in the Legal System: A Review of Key Themes», in *Contemporary Perspectives on Ageism*, 1.ª ed., Cham, Switzerland, p. 307.

³¹ PAULA ALBUQUERQUE e PAULO ALBUQUERQUE, «Idosos», cit., p. 2797.

³² BRUNO MESTRE, 2020, *Direito Antidiscriminação – uma perspectiva europeia e comparada*, Vida Económica, p. 217.

grupos mais vulneráveis, mas têm de ser aplicadas apenas quando devidamente fundamentadas, pois caso contrário, servem de pretexto para isentar ou privilegiar situações que não o merecem.

7. Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, PAULA e ALBUQUERQUE, PAULO. (2020). «Idosos», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, org. Paulo Pinto de Albuquerque, vol. III, Universidade Católica Editora, pp. 2797-2812.
- BARBOSA, MARIA MIGUEL; GUIMARÃES, PAULA; AFONSO, ROSA MARINA; YANGUAS, JAVIER e PAÚL, CONSTANÇA. (2021). «Cuidados centrados na pessoa idosa: Uma abordagem de promoção de direitos», in *Olhares sobre o envelhecimento. Estudos Interdisciplinares*, vol. 1, pp. 23-35.
- CARVALHO, ANA SOFIA e GRACIA IBÁÑEZ, JORGE. (2022). «A idade avançada como fator de discriminação: uma perspetiva portuguesa», in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 19, n.º 38.
- DÍAZ-TENDERO, AIDA. (2017). «La matriz de T.H. Marshall y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores», in *Anuario de Derecho Público*, n.º 1.
- DORON, ISRAEL; NUMHAUSER-HENNING, ANN; SPANIER, BENNY; GEORGANTZI, NENA e MANTOVANI, EUGENIO. (2018). «Ageism and Anti-Ageism in the Legal System: A Review of Key Themes», in *Contemporary Perspectives on Ageism*, 1.ª ed., Cham, Switzerland.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. (2014). *Elderly People and the European Convention on Human Rights*. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Elderly_ENG.pdf (consultado em 29 de janeiro de 2023).
- GOUVEIA, JORGE BACELAR. (2011). *Manual de Direito Constitucional*, II, 4.ª ed., Coimbra, Almedina.
- MACHADO, MIGUEL DA CÂMARA. (2020). «Idosos agentes e vítimas de crime», in *Direito e Direitos dos Idosos*, coord. Carla Amado Gomes e Ana F. Neves, Lisboa, AAFDL, pp. 269-316.
- MANTOVANI, EUGENIO; SPANIER, BENNY e DORON, ISRAEL. (2018). «Ageism, Human Rights, and the European Court of Human Rights: A Critical Analysis of the Carvalho v. Portugal Case (2017)», in *DePaul Journal for Social Justice*, vol. 11.
- MESTRE, BRUNO. (2020). *Direito Antidiscriminação – uma perspetiva europeia e comparada*, Vida Económica.
- MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI. (2010). *Constituição Portuguesa Anotada*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª ed.
- NOVAKOVIĆ, MILICA. (2021). «Men in the Age of (Formal) Equality: The Curious Case of Khamtokhu and Aksenchik», in *On Equality & Liberty and their contemporary legal meaning: from SW 61 of the Lucerne IVR World Congress*, coord. Jasminka Hasanbegovic, Belgrado, Dosije Studio, pp. 235-257.
- REY MARTÍNEZ, FERNANDO e NETO, LUÍSA (coords.). (2021). *Direito Antidiscriminatório*, Lisboa, AAFDL.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, LUIS. (2011). «El valor y la necesidad de una Convención internacional. Los derechos de las personas mayores», in *Materiales de estudio y divulgación*, 4, Santiago de Chile, CEPAL.

CAPÍTULO IV

**DISCRIMINAÇÃO
DE DOENTES MENTAIS**

Murray c. Países Baixos

*Murray c. Países Baixos, Fernandes de Oliveira c. Portugal,
Kuttner c. Áustria*

Murray c. Países Baixos

Os culpados da prática de crimes graves não perdem a qualidade
de seres humanos e como tal merecem proteção

TERESA PIZARRO BELEZA*
HELENA PEREIRA DE MELO**

1. Introdução

Esta decisão do TEDH, *Murray contra Países Baixos*, diz respeito a matérias particularmente sensíveis e complexas, porque lida com as difíceis questões dos fundamentos e limites da responsabilidade criminal e respetivas sanções, em especial em casos de extrema gravidade dos factos praticados e, logicamente, das penas correspondentes. Deixando de lado a pena de morte, que felizmente já não existe na Europa (com exceção da Bielorrússia) e é aliás proibida quer no âmbito da União Europeia quer no do Conselho da Europa, a pena mais grave que muitos sistemas ainda conhecem é a de prisão perpétua. Rejeitando uma lógica puramente retributiva, os Estados democráticos tendem, também no cumprimento das suas obrigações «contratuais» derivadas de tratados internacionais, mundiais ou regionais, a encontrar mecanismos que permitam estabelecer equilíbrios entre a satisfação do porventura legítimo – pelo menos, humanamente compreensível – desejo de vingança das vítimas de crimes graves e a necessidade de proteger os direitos dos suspeitos, arguidos e mesmo dos condenados que, ao contrário do que algumas pessoas (e instituições e até Estados, como o Reino Unido) pensam, não deixam de ser titulares de direitos pelo facto de terem cometido crimes e por eles terem sido condenados a uma pena de prisão efetiva. Mesmo tratando-se de uma pena de prisão para toda a vida.

Com esta questão se cruza uma outra que é o problema de saber até que ponto os Estados responsáveis pelo sistema judicial e prisional estão ou não obrigados a cuidar do bem-estar físico e mental dos condenados, por um lado, e por outro a proporcionar aos detidos sob a sua autoridade a possibilidade de libertação condicional ou definitiva, eventualmente sujeita a certas condições, mesmo em casos de condenação a prisão perpétua.

Organismos como o CPT do Conselho da Europa têm insistido na necessidade de orientar a execução das penas de prisão num sentido de ressocialização dos condenados, não só porque essa é a justificação oficial da privação da liberdade

* Doutora em Direito, Professora Catedrática Jubilada da NOVA School of Law, Universidade NOVA de Lisboa.

** Doutora em Direito, Professora Associada com Agregação da NOVA School of Law, Universidade NOVA de Lisboa.

(ou uma delas, na ótica da chamada «prevenção especial» como uma das legítimas finalidades da sanção penal) mas também porque, apesar de todas as críticas e dificuldades, a renúncia a uma perspectiva puramente retributiva ajuda a fundamentar as exigências humanitárias de uma prisão «decente». E isto significa assegurar condições pelo menos razoáveis de alojamento e higiene, alimentação suficiente, assistência na saúde, desenvolvimento de atividades lúdicas ou profissionais, incluindo a possibilidade de suprir a falta ou mesmo melhorar a educação académica ou a preparação / treino profissional, etc.

O TEDH tem acompanhado esta maneira de ver as coisas – aliás, a coexistência do Tribunal e do Comité tem-se manifestado como uma feliz cumulação de garantias do respeito pelos direitos dos detidos ou presos, sobretudo a partir do momento em que o Tribunal passou a referir-se expressamente aos documentos emanados do Comité e não apenas o inverso, como acontecia inicialmente, em que era sobretudo o Comité a ponderar nas suas recomendações e sugestões as decisões do Tribunal.

2. Análise do caso (dos factos)

O requerente, um cidadão dos Países Baixos, o Senhor James Clifton Murray, nasceu na ilha de Aruba em 1953.

Em 1979, o tribunal de primeira instância das então Antilhas Neerlandesas condenou-o a vinte anos de prisão, pelo homicídio, por esfaqueamento, de uma menina de seis anos, sobrinha da sua ex-namorada, praticado na ilha de Curaçao. A decisão tomou em consideração o relatório psiquiátrico requerido pelo Ministério Público, que concluiu que o requerente sofria de perturbação mental que lhe limitava seriamente as faculdades mentais, nomeadamente no que concerne à capacidade de raciocinar, de se expressar verbalmente e de se relacionar no plano social. Embora essa perturbação tivesse sérias implicações na sua capacidade de discernimento, não fundamentava um verdadeiro juízo de inimizabilidade. O aludido relatório alertava, ainda, para o risco elevado de reincidência e para a necessidade de o requerente, se condenado, ser submetido a tratamento psiquiátrico enquanto estivesse preso. Quer o requerente quer o Ministério Público interpuseram recurso desta decisão da primeira instância.

Em março de 1980, o tribunal de segunda instância – o então «Tribunal Comum das Antilhas Neerlandesas» – agravou a pena aplicável ao requerente, condenando-o a pena de prisão perpétua, com fundamento em que ele teria praticado o crime de forma intencional e premeditada, para se vingar do facto de a sua ex-namorada ter terminado a relação que existia entre ambos. O Tribunal considerou ser muito elevado o risco de reincidência oferecido pelo delinquente e, por isso mesmo, este dever ser considerado como de séria perigosidade social. Como era impraticável assegurar-lhe tratamento psiquiátrico penitenciário adequado nas Antilhas Neerlandesas (cujo Direito interno não o previa expressamente) ou facultar-lho em território continental neerlandês, transferindo-o para o efeito, o Tribunal entendeu que apenas a referida conversão da pena inicialmente determinada satisfaria os fins de prevenção especial requeridos no caso.

O requente interpôs recurso desta decisão para o Supremo Tribunal dos Países Baixos, que confirmou a decisão da segunda instância, em novembro do mesmo ano. Em novembro do ano seguinte, o requerente solicitou uma revisão da sentença ao Tribunal de segunda instância, que indeferiu o pedido.

O requerente cumpriu os primeiros 19 anos da pena de prisão a que foi condenado na prisão Koraal Specht em Curaçao. Apesar de a prisão dispor, desde 1990, de uma unidade especial para tratamento psiquiátrico, James Murrey não foi nela internado. Em 1999 foi transferido para o Korrektie Intituut Aruba, em Aruba, para poder ficar mais perto da família.

Em setembro de 2013, o requerente solicitou o perdão da pena a que havia sido condenado, com fundamento na deterioração do seu estado de saúde, uma vez que padecia de doença oncológica grave, já não suscetível de tratamento de índole curativa. O perdão foi-lhe concedido pelo Governador de Curaçao, tendo sido transferido para um estabelecimento de saúde, na mesma ilha, para que pudesse falecer de forma digna, na presença da sua família, o que aconteceu em novembro de 2014.

3. Análise da decisão (do Direito)

James Murray apresentou queixa no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos contra o Reino dos Países Baixos em fevereiro de 2010. Tendo falecido, como referido, em 2014, o seu filho e a sua irmã decidiram dar continuidade ao processo por ele intentado, fundando a sua petição no facto de o Governo neerlandês «não ter cumprido o seu dever de providenciar ao requerente tratamento adequado, que lhe permitisse recuperar a sua liberdade, juntar-se à sua família e restabelecer os seus laços familiares»¹. O TEDH reconheceu-lhes legitimidade processual para o efeito, ao abrigo do disposto no artigo 34.º da CEDH.

O requerente inicialmente invocara ter havido por parte do Estado neerlandês violação do artigo 3.º da CEDH («Proibição da tortura») por a sentença de prisão perpétua a que fora condenado ser irredutível *de iure* e *de facto*, por as prisões onde esteve detido não apresentarem condições de internamento aceitáveis, em particular em matéria de prevenção da violência entre reclusos, e por não ter sido preparado um plano de execução da pena de prisão que atendesse às suas necessidades específicas de cuidados de saúde mental. Em 2012, na sequência da acima aludida revisão da sentença, o requerente alargou o âmbito da sua causa de pedir, com fundamento no mesmo artigo da Convenção, alegando que, embora no plano jurídico pudesse ter sido delineado um plano de liberdade condicional, de facto nunca o foi, e como nunca lhe foi facultado acesso a tratamento psiquiátrico, o risco de reincidência nunca foi avaliado como tendo diminuído significativamente ao longo do seu período de encarceramento.

O caso foi julgado pela 3.ª Secção do TEDH, tendo o Tribunal decidido, em abril de 2011, não ter havido violação por parte do Estado neerlandês do artigo 3.º da Convenção no caso em apreço.

¹ TEDH, *Murray c. Países Baixos*, n.º 10511/10, 26 de abril de 2016, p. 32.

O Tribunal considerou que a pena de prisão aplicada ao Sr. James Murray fora efetivamente revista ao longo do período em que se encontrou detido e que as condições em que esteve detido não tinham sido incompatíveis com o disposto no artigo 3.º da Convenção, uma vez que fora realizada observação psiquiátrica e oferecido tratamento para o distúrbio de personalidade de que padecia na prisão de Curaçao, oferta que apenas fora interrompida por ter solicitado transferência para Aruba, onde tal tratamento não se encontrava, à data, disponível.

Em março de 2014, os requerentes solicitaram a devolução do assunto à Grande Câmara, que aceitou a petição e sobre ele emitiu sentença em abril de 2016. A Grande Câmara decidiu o caso atendendo aos princípios e normas de Direito Internacional Universal e Regional aplicáveis na matéria² e à jurisprudência anteriormente proferida em que os concretizava³.

Considerou, deste modo, que a imposição de uma pena de prisão perpétua ao Sr. Murray ofendeu o artigo 3.º da CEDH, não por se tratar de uma pena de prisão perpétua, mas por ter ofendido o princípio, concretizado em jurisprudência anteriormente emitida, de esta poder ser redutível *de iure* e *de facto*, ou seja, o princípio segundo o qual, «uma pena de prisão perpétua só será compatível com o artigo 3.º da Convenção se houver simultaneamente uma perspectiva de libertação e uma possibilidade de revisão, devendo ambas existir desde o momento da imposição da sentença»⁴. O mecanismo nacional de revisão da sentença de prisão deveria ter previsto que esta fosse revista antes de decorridos 25 anos sobre o início do cumprimento da pena e subseqüentes revisões periódicas, o que não sucedeu no caso *sub iudice*.

A Grande Câmara entendeu igualmente ter sido violado, no caso em análise, o princípio da ressocialização dos prisioneiros que cumprem penas de prisão perpétuas, conjugado com o dever do Estado Parte na CEDH de prever um plano individualizado de execução desta pena que permitisse ao recluso eventualmente aceder à liberdade condicional. Ou seja, afirma o Tribunal, «(...) seria incompatível com a dignidade humana – que está no cerne do sistema estabelecido por esta Convenção – privar forçadamente uma pessoa da sua liberdade sem lhe assegurar condições que permitam a sua reabilitação e dar-lhe a possibilidade de recuperar a sua liberdade numa qualquer data futura»⁵. Ou seja, e como também se pode ler no Acórdão, deveriam ter sido facultadas ao requerente «oportunidades de se reabilitar a si mesmo»⁶, ao longo do período em que esteve preso, independentemente

² Nomeadamente o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aberto à assinatura em Nova Iorque, em 1966, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aberto à assinatura em Roma, em julho de 1998, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos das Nações Unidas que estabelecem critérios mínimos para o tratamento de prisioneiros, aprovadas pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas em 1957 e em 1977, e as Regras Penitenciárias Europeias na versão que lhes foi nomeadamente dada pela Recomendação Rec. (2006) 2 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros, em janeiro de 2006.

³ Cf., por exemplo, *Vinter e Outros c. Reino Unido*, *Kafkaris*, *Bodein c. França*, *Ocalan c. Turquia*.

⁴ TEDH, *Murray c. Países Baixos*, n.º 10511/10, 26 de abril de 2016, pp. 38-39.

⁵ TEDH, *Murray c. Países Baixos*, n.º 10511/10, 26 de abril de 2016, p. 40.

⁶ TEDH, *Murray c. Países Baixos*, n.º 10511/10, 26 de abril de 2016, p. 45.

de ele as ter ou não requerido ou aproveitado, na medida em que a sua existência poderia ter aumentado a probabilidade de ser libertado.

O Estado neerlandês, ao não ter sido facultado ao Sr. Murray tratamento psiquiátrico adequado ao seu estado de saúde mental durante o longo período em que esteve encarcerado, retirou-lhe a possibilidade de ser libertado, ainda que condicionalmente, por não haver fundamento para um juízo de valor sobre a probabilidade de vir a reincidir na prática de crime(s) e, deste modo, sobre a sua real perigosidade social. Como o seu processo de ressocialização social dependia do acesso a tratamento psiquiátrico adequado e este não lhe foi efetivamente prestado, a redução de facto da pena de prisão perpétua a que fora sentenciado não podia dar-se, em violação do artigo 3.º da CEDH.

A Grande Câmara, no que concerne à aplicação do artigo 41.º da CEDH, recusou a atribuição aos herdeiros do Sr. Murray de uma reparação por danos não patrimoniais, considerando que a declaração de violação do artigo 3.º constituiria ela própria uma «reparação justa» no que se refere aos danos inicialmente invocados pelo requerente.

Quanto ao pagamento das despesas em que o requerente incorreu para apresentação do caso ao TEDH, incluindo o reembolso dos honorários dos seus advogados, o Tribunal considerou-as excessivas, decidindo em equidade atribuir-lhe a importância de 27 500 euros para o efeito.

4. Opiniões separadas do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque

O Magistrado PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE participou no processo em análise, tendo expressado duas opiniões (uma a título individual e outra em conjunto com outros três magistrados que nele também participaram), que foram apenas à sentença. A primeira dessas opiniões é uma «opinião parcialmente concordante», em que explicita as razões que o levaram a votar com a maioria dos juízes que integraram a Grande Câmara, embora não estivesse inteiramente de acordo com a solução final alcançada, e a segunda uma opinião parcialmente dissidente, em que explicita os motivos que levaram os signatários a discordarem, em parte, da opinião da maioria dos juízes.

A primeira destas opiniões é particularmente importante porque salienta a importância do caso em estudo para uma melhor proteção dos direitos dos reclusos no âmbito do Conselho da Europa, na medida em que permite densificar o conteúdo das obrigações positivas dos Estados que se encontram vinculados à CEDH, no âmbito do Direito Penitenciário. Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE sublinha, em particular, o carácter essencial dos deveres das Altas Partes Contratantes de «promoverem a ressocialização dos reclusos através de planos individualizados de execução da pena e de estabelecerem mecanismos de controlo judiciais, justos e objetivos, de revisão dos motivos de índole criminal suscetíveis de fundamentarem uma decisão de manter presa uma pessoa»⁷.

⁷ TEDH, *Murray c. Países Baixos*, n.º 10511/10, 26 de abril de 2016, p. 52.

Pela primeira vez a Jurisprudência do TEDH reconhece, nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, que «as obrigações legais do Estado de promover a ressocialização e de facultar e implementar um plano individualizado de execução da pena, previsto na sentença de condenação, constituem as duas faces da mesma moeda»⁸.

A primeira das aludidas obrigações, a dos Estados Parte na CEDH de promover a ressocialização do prisioneiro, é uma obrigação de meios, na medida em que o Estado «apenas se compromete a facultar os meios que permitam ao prisioneiro esforçar-se por se reintegrar na sociedade»⁹. As restantes obrigações já são obrigações de resultado, ou seja, «o plano individualizado de execução da pena é o pilar central de uma política prisional orientada para a ressocialização, mas deve ser articulado com um conjunto de condições de detenção, de acesso a bens e serviços, e a tratamento médico psiquiátrico, psicológico ou de outra natureza»¹⁰.

Estas obrigações, em particular as relativas à possibilidade de aceder a tratamento médico, devem ser cumpridas pelos Estados, relativamente a todos os reclusos, qualquer que seja o seu estado de saúde mental e o modo como este tenha sido qualificado ao longo do seu processo de condenação. O Estado não pode invocar – como fez o Estado neerlandês quanto ao território das Antilhas Neerlandesas – a falta de recursos materiais a nível local para justificar o não facultar o adequado tratamento médico de saúde mental, a que se encontrava obrigado pelos seus compromissos internacionalmente assumidos, ao recluso. Aliás, de acordo com as normas do Direito Internacional Público, é o Reino dos Países Baixos (que é o Estado que assinou e ratificou este tratado internacional), e não os territórios autónomos de Curaçao ou de Aruba, que pode ser responsabilizado por incumprimento do disposto na CEDH.

A pretensa vontade ou ausência de vontade do recluso em aceder a cuidados de saúde mental também é irrelevante para efeitos de verificação do cumprimento da acima referida obrigação do Estado de facultar acesso a esse tratamento no âmbito do sistema prisional nacional. Ou seja, nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, «claro que o recluso deve ser encorajado a aderir e a cooperar no plano individualizado de execução da pena, mas o facto de ele ou ela o rejeitar ou manifestar indiferença relativamente a ele não liberta o Estado do dever de o preparar, implementar e rever, em qualquer circunstância considerada. O não cumprimento por parte do Estado desta sua obrigação fa-lo-á incorrer em responsabilidade»¹¹.

O plano individualizado de execução da pena de prisão com duração igual ou superior a cinco anos deve prever a avaliação periódica do nível de risco que o recluso apresenta para a sociedade, independentemente do estado de saúde mental do recluso, quer este tenha sido considerado imputável ou inimputável. Como

⁸ TEDH, *Murray c. Países Baixos*, n.º 10511/10, 26 de abril de 2016, p. 53.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Idem*, p. 61. Na Opinião Parcialmente Concordante e Parcialmente Dissidente que PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE emite em *Kuttner c. Áustria* (n.º 7997/08, acórdão de 16 de julho de 2015), é realçada, no parágrafo 3.º, a importância de o Estado facultar tratamento médico apropriado ao recluso com doença/deficiência mental, de modo a que, pelo menos, não se agrave o seu estado geral de saúde.

sublinha PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, «(...) quanto maior for o pendor retributivo de uma política criminal, maior será a necessidade de se investir de forma adequada no sistema prisional, de modo a contrariar os bem conhecidos reflexos negativos dessa política nas mulheres e nos homens a ela sujeitos»¹².

A Alta Parte Contratante tem também o dever de prever, desde que é decretada uma sentença de prisão perpétua, os requisitos que permitem o eventual acesso a liberdade condicional e os mecanismos de revisão periódica da sentença.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE salienta que a CEDH reconhece a todos os reclusos, independentemente da gravidade do crime praticado, o direito a aceder à liberdade condicional, independentemente de este vir ou não a ser efetivamente exercido. A regulamentação deste direito pelos Estados Parte neste tratado internacional deve obedecer aos critérios objetivos, preestabelecidos, que o Tribunal tem vindo a explicitar e a reiterar na jurisprudência adotada nas últimas décadas.

Na aplicação destes critérios a um caso concreto – por exemplo ao do Sr. Murray –, o princípio da ressocialização do delinquente deve orientar a interpretação que deles é feita. Tal implica, como escreve o Magistrado, que em «(...) caso de conflito entre vários critérios criminológicos, como, por exemplo, quando o objetivo de ressocialização da pena tiver sido alcançado e ainda possa haver uma justificação puramente retributiva para manter o encarceramento, o “progresso do recluso em direção à sua reabilitação” deva ser o mais valorizado na ponderação da necessidade de o manter ou não preso»¹³. Esta avaliação não pode ser feita apenas, como o foi no caso em análise, com base em «critérios de compaixão», como sejam os associados à falta de saúde ou à idade avançada, claramente restritivos para uma avaliação judicial que se pretende justa e não discricionária, e não satisfatórios face aos critérios europeus de direitos humanos.

Na aplicação dos aludidos critérios, nomeadamente no âmbito da revisão da pena de prisão perpétua que foi aplicada ao Sr. Murray, não podem prevalecer, como bem refere PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, razões puramente retributivas na aplicação do Direito Penal:

«(...) o facto de a posição das vítimas e dos seus parentes ser incluída no exame da questão sobre se a aplicação de uma pena de prisão perpétua continua a justificar-se confunde a análise de critérios criminológicos legítimos com a satisfação da sede das vítimas – ou dos seus parentes – de vingança. Ao concentrar-se no desejo de vingança ou no ressentimento, esta política atribui um papel predominante à pior forma possível de retribuição; ao

¹² TEDH, *Murray c. Países Baixos*, n.º 10511/10, 26 de abril de 2016, p. 53. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE já tinha realçado a importância da definição de um plano individualizado da execução da pena de prisão na Opinião Parcialmente Dissidente que emitiu em *Mironovas e Outros c. Lituânia*, n.ºs 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 e 70065/13, acórdão de 8 de dezembro de 2015, parágrafo 17. Vide, sobre este ponto, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, 2019, *Em Defesa dos Direitos Fundamentais*, Coimbra, Editora Almedina, pp. 327 e ss.

¹³ *Idem*, p. 64. Sobre a importância de a lei penal dever ser uma lei certa, determinada nos seus elementos, vide, por todos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, 2010, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed. atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 52.

sentimento cego, visceral, do “merece-o bem”, das vítimas ou dos seus parentes. O agressor deve “apodrecer na prisão” enquanto a sede de vingança dos parentes durar, mesmo que ele já se encontre preparado para viver em sociedade»¹⁴.

O facto de o Reino neerlandês não ter providenciado tratamento psicológico aos parentes da vítima do crime praticado pelo Sr. Murray também contribuiu para o não atenuar do seu desejo de vingança ao longo dos mais de trinta anos decorridos desde a sua prática e tornou possível que – como é dito na Opinião em estudo –, «ainda que “reabilitado”, o recluso possa ser mantido preso como bode expiatório do fracasso do Estado em satisfazer as necessidades das vítimas ou dos seus parentes»¹⁵.

Ao não ter sido facultado acesso a este tratamento ao Sr. Murray durante os mais de 34 anos em que esteve detido, quando este tratamento constituía condição necessária e indispensável para que o Tribunal o considerasse ressocializado e, deste modo, capaz de exercer o seu direito a aceder à liberdade condicional, o Estado criou uma situação – nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE – análoga ao «Catch 22»: «o Estado impõe uma condição para a libertação, mas nega ao recluso os meios para satisfazer essa condição. Neste contexto, falando de forma realista, o resultado de qualquer revisão a efetuar pelo Governador ou pelo Tribunal Comum das Antilhas Neerlandesas era não mais do que uma conclusão previsível»¹⁶.

Face a tudo o afirmado, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE conclui, de forma séria e perentória que:

«Não obstante o carácter odioso do crime praticado, nenhum prisioneiro merece ser tratado como “lixo humano” esquecido, lembrando as palavras do antigo Presidente João Paulo Costa. (...) A justiça tardou para o Sr. Murray. Não sobreviveu à dureza de 34 anos de encarceramento desumano. Embora não tenha podido beneficiar de compensação pelos danos não patrimoniais sofridos, teria sido um ato de justiça atribuir tal compensação aos seus herdeiros.»¹⁷

Esta posição, que defende que o TEDH deveria ter dado provimento ao pedido formulado pelos requerentes no caso em análise no que concerne à compensação por danos não patrimoniais sofridos pelo Sr. Murray, que morreu no decurso do processo, é reiterada na Opinião Parcialmente Dissidente, assinada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, conjuntamente com os Magistrados SPIELMANN, SAJÓ e KARAKAS¹⁸.

Os votos do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, em particular o voto individual, são muito interessantes pela diferença de entendimento que parece mostrar quanto

¹⁴ TEDH, *Murray c. Países Baixos*, n.º 10511/10, 26 de abril de 2016, p. 68.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Idem*, pp. 68-69.

¹⁷ *Idem*, p. 69.

¹⁸ *Idem*, p. 70.

à essência dos fins das penas, em particular no caso extremo de prisão perpétua e dos deveres estatais de as enquadrar num sistema prisional que assegure a efetiva possibilidade de ressocialização da(o) delinquente. A sua preocupação com as populações vulneráveis – que levou parte da Doutrina, no contexto da sua atenção à necessidade da defesa das mulheres contra a violência e outras violações dos seus direitos, a atribuir-lhe o merecido epíteto de «Juiz feminista»¹⁹ – encontra-se aqui bem patente, neste caso relativamente à proteção dos portadores de doença/deficiência mental e, em geral, aos condenados a pena de prisão, tipicamente esquecidos como sujeitos de Direito e de direitos pelos Estados que também têm, entre muitas outras, a obrigação de os proteger e respeitar como seres humanos.

Em conclusão, temos uma decisão do TEDH que avança na senda do reconhecimento dos deveres estaduais em matéria de condições e limites de penas, mesmo no caso de penas aplicadas a autores de crimes muito graves, com a insistência adicional, por parte do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, quanto ao alcance dessas obrigações e eventuais consequências da sua violação. Uma preocupação humanista louvável baseada num entendimento generoso da responsabilidade dos Estados na proteção dos seus cidadãos mais vulneráveis, mesmo se culpados da prática de crimes graves. Não perdem por isso a sua qualidade de seres humanos, como tal natural e legalmente titulares de direitos a que todos nós temos direito, como resulta da lógica universal e generosa da Declaração de Direitos Humanos de 1948.

5. Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE. (2010). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a ed. atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora.
- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE. (2019). *Em Defesa dos Direitos Fundamentais*, Lisboa, Universidade Católica Editora.
- BELEZA, TERESA PIZARRO. (2022). «A Violência Doméstica Tem Remédio? O Caso *Valiulienė c. Lituânia* (TEDH, 2013)», in *Direitos Humanos das Mulheres* (coordenação: Margarida Medina Martins, Mariana Cunha, Paulo Pinto de Albuquerque), Lisboa, Universidade Católica Editora.

¹⁹ Cf., sobre este ponto, TERESA PIZARRO BELEZA, 2022, «A Violência Doméstica Tem Remédio? O Caso *Valiulienė c. Lituânia* (TEDH, 2013)», in *Direitos Humanos das Mulheres* (coordenação: Margarida Medina Martins, Mariana Cunha, Paulo Pinto de Albuquerque), Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 66.

*Murray c. Países Baixos,
Fernandes de Oliveira c. Portugal,
Kuttner c. Áustria*

O direito à saúde mental.

Uma análise comparativa e crítica de três casos do TEDH

CAMILLA ROSSO*

Resumo: Este texto, dividido em três secções, analisa três casos jurídicos sobre a questão dos direitos no contexto dos doentes mentais. O primeiro caso considerado é *Murray c. Países Baixos*, analisado sob a perspetiva esclarecedora de Teresa Pizarro Beleza e Helena Pereira de Melo. Em segundo lugar, será tratado o caso *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, com a questão específica da responsabilidade das autoridades no caso de suicídio de um doente mental num hospital público. Por fim, o julgamento do caso *Kuttner c. Áustria*. A decisão oferece uma reflexão aprofundada sobre a noção de responsabilidade criminal do réu e a responsabilidade correspondente do Estado de cumprir os seus deveres de direitos humanos e de garantir apoio médico-legal adequado, especialmente em casos em que a patologia mental é uma variável crucial. O tópico em discussão é particularmente delicado e exige uma sinergia entre o direito e a psicologia para equilibrar a proteção dos direitos do acusado com a salvaguarda da segurança pública. Nesse contexto, enfatiza-se que o criminoso, mesmo que culpado de crimes, nunca se deve encontrar numa situação em que os seus direitos fundamentais sejam comprometidos. A análise realizada neste trabalho enfatiza a importância da ação correta, que se expressa primeiramente por meio da análise e do comentário de casos específicos e, posteriormente, por meio de uma observação conclusiva que, num nível comparativo e mais crítico, pretende evidenciar os pontos realmente relevantes. Essa análise contribuirá, portanto, para um debate informado e uma compreensão mais profunda do papel crucial que o direito e a psicologia desempenham nos direitos humanos e nas questões de saúde mental no direito penal.

Palavras-chave: CEDH; direitos fundamentais; justiça; direito da saúde mental; doença mental; segurança.

* Mestranda em Direito e Segurança na NOVA School of Law, Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa.

1. Caso *Murray c. Países Baixos*, a partir da análise de Teresa Pizarro Beleza e Helena Pereira de Melo

1.1. Introdução

Este texto aborda uma questão de importância crucial: até que ponto os Estados, que são responsáveis pelos sistemas judiciário e prisional, são obrigados a garantir o bem-estar físico e mental das pessoas condenadas, por um lado, e, por outro lado, a oferecer aos prisioneiros sob a sua autoridade a possibilidade de obter liberdade condicional ou definitiva, possivelmente sujeita a certas condições, mesmo em situações de prisão perpétua.

Intrincada nessa reflexão jurídica está a discussão entre o dever de punir os crimes cometidos e a obrigação de respeitar os direitos fundamentais e a dignidade humana dos indivíduos envolvidos no sistema penal.

A discussão gira em torno da responsabilidade do Estado de garantir o tratamento humano e o direito à integridade física e mental dos presos, sem esquecer o papel crucial da lei na determinação dos termos e condições da liberdade antecipada.

Este esclarecimento tem o objetivo de elucidar esses desafios complexos, destacando a importância de um equilíbrio cuidadoso entre a necessidade de fazer justiça e a necessidade de proteger os direitos humanos, especialmente nas circunstâncias de sentenças de prisão perpétua. A análise deste artigo ajudará a promover uma discussão mais informada e uma compreensão mais profunda das questões relacionadas com a justiça e o sistema prisional em relação à saúde mental e aos direitos fundamentais dos infratores.

O caso jurídico de James Clifton Murray, um cidadão neerlandês nascido na ilha de Aruba em 1953, é um desafio complexo que levanta questões fundamentais sobre o sistema jurídico e as necessidades de saúde mental das pessoas envolvidas em processos criminais. O Sr. Murray foi acusado de assassinato e condenado à prisão perpétua, mas o seu caso catalisou um debate acalorado sobre como a lei deve lidar com os intrincados problemas de saúde mental dos réus.

Inicialmente condenado em março de 1980 pelo Tribunal de Apelação das Antilhas Neerlandesas por assassinato intencional e premeditado, Murray recebeu posteriormente um perdão do governador de Curaçao e foi transferido para um centro de saúde na ilha. Lá, ele passou os anos seguintes antes de morrer em novembro de 2014. A sua história levanta questões importantes sobre a justiça da sua sentença e as condições de prisão às quais ele foi submetido.

Este artigo tem como objetivo examinar em profundidade o caso de James Clifton Murray, analisando como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos abordou as questões das condições da prisão, avaliação do risco de reincidência e acesso a tratamento psiquiátrico. Além disso, tentará esclarecer como esse caso pode influenciar futuros debates e decisões judiciais em relação aos direitos humanos e à saúde mental no sistema penal.

Numa época em que os direitos humanos e a justiça justa são o foco da atenção global, o caso de James Clifton Murray apresenta um desafio significativo para a

compreensão de como a lei deve abordar os intrincados desafios da saúde mental no contexto do direito penal de alto nível.

1.2. Desigualdade no acesso aos serviços de saúde mental

No caso de Murray, o problema da desigualdade no acesso aos serviços de saúde mental, que é, sem dúvida, um aspeto crucial da justiça social e constitucional, é evidente. Examinando essa desigualdade de diferentes perspetivas, vários detalhes e implicações a esse respeito precisam ser considerados.

O facto de o Sr. Murray ter enfrentado limitações significativas para obter o apoio de que necessitava para o seu distúrbio mental, devido aos recursos financeiros limitados de que dispunha, consequentemente levou a um acesso limitado a serviços de saúde mental de qualidade. A falta de fundos públicos alocados para esse setor levantou sérias questões sobre a consistência da ação do Estado com as normas constitucionais. Com efeito, a Constituição consagra o princípio fundamental da igualdade, que afirma que todos os cidadãos devem ter acesso igual aos serviços públicos, inclusive aos serviços de saúde mental. A discriminação, que foi efetivamente uma consequência da falta de recursos financeiros, questionou a adequação das medidas tomadas pelo Estado para garantir serviços de saúde mental acessíveis e equitativos para toda a população.

O caso de Murray, além disso, revela não apenas a questão da discriminação no acesso aos serviços, mas de alguma forma também uma possível discriminação socioeconómica nesse acesso. A sua incapacidade de sustentar financeiramente o tratamento adequado evidenciou como as oportunidades de acesso aos serviços de saúde mental podem variar muito de acordo com a renda e os recursos pessoais. Tal reação baseada na situação económica da pessoa envolvida revelaria uma clara violação do que está consagrado na Constituição como princípios de igualdade e não discriminação. Noutras palavras, a capacidade de uma pessoa de receber tratamento adequado de saúde mental não deve depender de sua situação económica.

As circunstâncias do caso Murray, portanto, trazem à tona questões sobre a qualidade e a cobertura das medidas tomadas pelo Estado para garantir serviços de saúde mental acessíveis e equitativos. Em suma, a desigualdade no acesso aos serviços de saúde mental no caso de Murray é um reflexo de várias questões mais amplas, incluindo recursos financeiros limitados, discriminação socioeconómica e adequação das medidas estatais. A falta de instalações adequadas e de financiamento suficiente apontam para uma possível falta de diligência por parte das autoridades estatais em fornecer serviços de saúde mental de alta qualidade. Isso pode constituir uma violação das obrigações constitucionais e internacionais do Estado de garantir o direito à saúde mental e à não discriminação.

A sua análise aprofundada é essencial para abordar esses problemas e avançar em direção a uma sociedade mais equitativa e justa.

1.3. Conformidade com as obrigações internacionais

Tendo analisado a posição do caso Murray em relação às obrigações do Estado, é possível ver como esse caso também é relevante para questões relacionadas com as obrigações internacionais do Estado envolvido. Considerando o texto do artigo 3 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH), ele afirma claramente que «ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou punição desumana ou degradante».

Esse princípio é obrigatório para cada um dos Estados-Membros que são obrigados a se comprometer a respeitar esse pilar fundamental, incluindo o Estado envolvido no caso Murray.

Nesse caso específico, o facto de não ter sido fornecido tratamento adequado para o transtorno mental de Murray pode levantar sérias questões sobre o cumprimento do artigo 3 da CEDH. Se considerarmos a falta de acesso a um tratamento adequado de saúde mental como uma falta de cuidado com uma situação particularmente delicada, isso poderia ser interpretado como uma forma de tratamento desumano ou degradante, pois exporia Murray a um sofrimento psicológico e físico injustificado. Como a tarefa da CEDH é proteger os indivíduos de tais situações de desvantagem e violação, é imperativo avaliar se o Estado cumpriu ou não as suas obrigações nesse caso específico.

Para poder demonstrar com precisão se a posição adotada pelo Estado estava ou não em conformidade com o artigo 3 da CEDH, é preciso uma análise completa das circunstâncias específicas do caso de Murray. O que é necessário é uma análise que avalie a decisão numa estrutura mais ampla, avaliando quais eram as alternativas do Estado para garantir o bem-estar mental de Murray, se ele efetivamente tomou as medidas adequadas para evitar o tratamento desumano e degradante a todo custo e, finalmente, se os princípios da dignidade humana e do respeito ao indivíduo foram realmente violados.

O caso Murray, portanto, levanta questões de considerável relevância no que concerne ao cumprimento das obrigações internacionais do Estado, em especial ao artigo 3 da CEDH. Aqui, a falha em fornecer tratamento adequado para o transtorno mental de Murray poderia constituir uma possível violação dessa disposição fundamental, exigindo uma avaliação cuidadosa das circunstâncias e ações do Estado, como observou o juiz Paulo Pinto de Albuquerque. Isso destaca a importância da adesão estrita aos padrões internacionais para a proteção dos direitos humanos, especialmente na área de saúde mental e bem-estar individual.

1.4. Negligência sistemática da saúde mental

Como resultado das considerações acima e em conclusão a uma análise minuciosa do caso e das suas respectivas questões, surge uma pergunta fundamental sobre como os indivíduos com transtornos mentais devem ser tratados dentro do sistema judiciário e prisional. De fato, o caso Murray levanta preocupações não apenas sobre a discriminação no acesso aos serviços de saúde mental, mas sobre toda a abordagem do sistema jurídico ao nível nacional e europeu em relação a

esses indivíduos. Para enfrentar esse desafio complexo, portanto, é necessário reformular uma nova abordagem que envolva diferentes aspetos e pessoas não apenas do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista médico e político.

Primeiro, há a necessidade de um papel ativo por parte do Estado para garantir que os indivíduos com transtornos mentais recebam tratamento adequado, inclusive serviços de saúde mental. Esse tratamento deve ser garantido em ambos os momentos: de investigação e detenção. Sem dúvida, isso implica uma série de investimentos necessários para poder garantir essa proteção, mas é necessário que o Estado seja o principal agente para garantir que os indivíduos com problemas psiquiátricos tenham acesso ao tratamento adequado, independentemente da sua situação económica. Com efeito, a falta de recursos públicos nunca deve ser uma barreira para o acesso aos serviços de saúde mental.

Em segundo lugar, surge a questão da preparação: os funcionários do sistema prisional, inclusive psiquiatras e psicólogos, devem ser adequadamente treinados para reconhecer, avaliar e tratar os transtornos mentais, independentemente da sua gravidade. Consequentemente, essa capacitação implica a capacidade de reconhecer e identificar os primeiros sinais de problemas de saúde mental e oferecer o apoio necessário.

Também devem ser estabelecidas diretrizes claras para o gerenciamento de detidos com transtornos mentais, com o objetivo de garantir que eles recebam cuidados adequados e que as suas necessidades sejam atendidas, sim, mas, acima de tudo, que sejam atendidas de forma humana.

Em terceiro lugar, um factor que não deve ser subestimado é a consideração da condição mental dos réus durante o julgamento. Para isso, é necessária uma abordagem interdisciplinar, uma colaboração entre os setores jurídico e médico, para garantir que os direitos dos prisioneiros com doenças mentais sejam adequadamente protegidos.

Por fim, é fundamental que a supervisão e a responsabilidade contínuas dentro do sistema judicial e prisional sejam garantidas para evitar situações em que indivíduos como Murray sejam negligenciados por anos. Há necessidade de órgãos de monitoramento transparentes que permitam que as leis e políticas funcionem adequadamente.

Em resumo, o caso de James Clifton Murray traz à tona a necessidade de uma abordagem holística que englobe as funções do Estado, do judiciário, da prisão e do pessoal médico para garantir que os indivíduos com transtornos mentais sejam tratados com humanidade, recebam cuidados adequados e que os seus direitos fundamentais sejam protegidos. É por meio dessa colaboração e reforma sistemáticas que se torna possível evitar futuros casos de negligência e discriminação contra aqueles que sofrem de problemas de saúde mental no contexto judicial e penitenciário.

1.5. Considerações finais

Creio ter sido exaustiva na abordagem da relevância e urgência da questão da doença mental em contexto prisional. A minha tentativa de esboçar uma breve análise de alguns dos pontos levantados durante este caso deve ser apenas, para o

leitor, um ponto de partida para a pesquisa pessoal e questionamento sobre como tais situações são abordadas nas políticas domésticas. Sem a necessidade de nos centrarmos exclusivamente num sistema legislativo como o dos Países Baixos relatado neste caso, este argumento abre-se aos vários cenários mundiais, onde cada um adotou medidas diferentes.

Por fim, espero ter conseguido sensibilizar, através de uma perspetiva crítica e analítica, a posição do direito para a necessidade de conhecer melhor a situação da doença mental. Tal como a psicologia se deve esforçar por colocar a questão sob o seu prisma, também deve existir um sistema de proteção que salvaguarde os direitos legais e a integridade de todos os seres humanos.

2. Caso *Fernandes de Oliveira c. Portugal*: suicídio de indivíduo doente mental, que se encontrava voluntariamente internado num hospital psiquiátrico, na sequência de uma tentativa de suicídio

2.1. Introdução

No caso *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, a questão da responsabilidade das autoridades foi questionada no caso do suicídio de um paciente com doença mental num hospital psiquiátrico público. A decisão tomada pelo tribunal reconhece a obrigação das autoridades de tomar medidas preventivas adequadas para proteger a vida dos pacientes em situações em que o risco de automutilação ou suicídio é reconhecido. Essa decisão evidencia, em particular, a situação específica do paciente, a capacidade de adaptação ao risco, o respeito à sua privacidade e à sua autonomia, bem como a eficiência do sistema jurídico no tratamento de casos de negligência ou omissão. Esse processo, portanto, ilustra pontos importantes, como direitos humanos, proteção da vida de pacientes com doenças mentais num ambiente hospitalar e medidas legais de proteção.

De acordo com a decisão tomada pelo tribunal, o princípio fundamental dos direitos humanos levantado é aquele do «direito à vida», que é garantido por vários tratados e convenções internacionais, incluindo a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Esse princípio, expresso no artigo 2 da CEDH, declara: «O direito de todos à vida é protegido por lei.

Ninguém pode ser intencionalmente privado da vida, exceto em cumprimento de sentença de morte proferida por um tribunal, após condenação por um delito para o qual a lei preveja tal pena.»

E é precisamente no contexto dos pacientes psiquiátricos que essa responsabilidade das autoridades se torna particularmente crítica. Nesses pacientes, indivíduos particularmente vulneráveis, o risco de automutilação ou suicídio aumenta consideravelmente devido à natureza debilitante de seus distúrbios. Portanto, como argumentou o juiz Paulo Pinto de Albuquerque, é responsabilidade das autoridades que dirigem as instituições psiquiátricas públicas tomar as medidas preventivas adequadas para proteger a vida de tais indivíduos.

2.2. A avaliação das circunstâncias e a avaliação de riscos

Para mencionar algumas das medidas preventivas que poderiam ser úteis em tais situações, o caso *Fernandes de Oliveira c. Portugal* enfatiza a importância de avaliar as circunstâncias individuais em relação à tragédia do paciente com doença mental. A decisão do tribunal destaca corretamente que cada paciente com transtornos mentais é um indivíduo único, com necessidades específicas e um histórico pessoal diferente; portanto, há necessidade de uma abordagem personalizada, sensível e precisa, capaz de lidar com a complexidade dos desafios ditados por tais condições mentais. De facto, no caso específico de Fernandes de Oliveira, a avaliação das circunstâncias individuais poderia ter desempenhado um papel fundamental para evitar o desfecho trágico. No seu histórico pessoal, o paciente em questão havia tentado suicídio anteriormente, o que indicava uma vulnerabilidade considerável. Uma avaliação precisa da gravidade dos seus problemas mentais, dos sinais de pensamentos suicidas e do seu estado mental deveria ter sido o ponto de partida para as autoridades de saúde.

Entretanto, parece que, nesse caso, a avaliação das circunstâncias individuais não foi suficientemente cuidadosa. O paciente não foi supervisionado ou protegido adequadamente, apesar dos sinais óbvios de risco. Isso levanta questões importantes sobre a qualidade da avaliação do paciente e das medidas preventivas tomadas pelo hospital psiquiátrico.

À luz desse trágico evento, é necessário reforçar a importância da avaliação das circunstâncias individuais em ambientes psiquiátricos. Essa avaliação deve ser realizada com o máximo de cuidado e sensibilidade, levando em conta os sinais de risco, o histórico do paciente e as necessidades específicas. É fundamental que os profissionais de saúde mental sejam adequadamente treinados para identificar e responder a esses sinais, garantindo a segurança e o bem-estar dos pacientes.

Em última análise, o caso *Fernandes de Oliveira c. Portugal* evidencia a importância de uma abordagem personalizada e cuidadosa no tratamento de pacientes com transtornos mentais e destaca a responsabilidade das autoridades de saúde de garantir que essa avaliação seja conduzida adequadamente para proteger a vida de pacientes vulneráveis.

Complementar à importância de avaliar as circunstâncias é o conceito de avaliação de risco. Ambos se concentram na importância de considerar cuidadosamente a situação individual do paciente, mas enfatizam aspetos distintos do gerenciamento de cuidados. A avaliação das circunstâncias individuais é uma primeira etapa fundamental para se obter uma compreensão profunda do paciente, enquanto a adaptação ao risco exige a capacidade de responder com flexibilidade às mudanças nas circunstâncias. Esses dois conceitos são pilares centrais no gerenciamento de pacientes com transtornos mentais, apesar de enfatizarem aspetos ligeiramente diferentes no processo de cuidado e proteção.

A «avaliação de risco» surge como um elemento crucial no processo de atendimento de pacientes com transtornos mentais, indo além de uma simples compreensão das circunstâncias pessoais do paciente. Esse conceito envolve uma análise detalhada e dinâmica das possíveis ameaças à vida do paciente, inclusive o risco

de automutilação ou suicídio, bem como uma avaliação da probabilidade e das consequências associadas a essas ameaças. A avaliação de risco envolve a coleta de dados relevantes, como o comportamento do paciente, declarações feitas por ele, tendências de sintomas, histórico médico e outros dados relevantes. Essa avaliação vai além da simples recolha de dados, exigindo também a capacidade de analisar as informações coligidas para identificar fatores de risco específicos e avaliar a sua gravidade.

Além disso, a avaliação de risco é caracterizada por ser um processo contínuo que leva em conta as mudanças nas circunstâncias do paciente. Isso implica que os profissionais de saúde mental devem ser capazes de adaptar constantemente a sua avaliação em resposta às mudanças no comportamento ou na condição do paciente. Essa adaptação dinâmica é um elemento-chave na implementação de medidas preventivas adequadas para lidar com um risco que pode mudar com o tempo.

2.3. Adaptação ao risco

Outro elemento crucial que surge na análise da decisão tomada no caso *Fernandes de Oliveira c. Portugal* é o da adaptação ao risco. Em particular, a decisão revela que o hospital envolvido demonstrou uma sensibilidade apreciável ao risco variável associado ao estado mental instável do paciente. Isso implica que as autoridades de saúde reconheceram que o perigo de suicídio não é estático, mas pode variar com o tempo, exigindo uma abordagem dinâmica e flexível para o gerenciamento do paciente.

A capacidade de adaptar o regime de vigilância e as medidas preventivas de acordo com as necessidades específicas do paciente representa uma abordagem pragmática e empática. Em vez de adotar uma solução padronizada, as autoridades demonstraram que são capazes de ajustar as medidas preventivas para atender às necessidades em evolução do paciente. Essa flexibilidade é de suma importância no tratamento de pacientes com transtornos mentais, pois permite uma abordagem mais eficaz para proteger as suas vidas e o seu bem-estar.

2.4. Proteção do paciente: uma abordagem completa

A decisão também enfatiza a importância de se encontrar um equilíbrio entre a proteção dos pacientes e o respeito à sua dignidade e privacidade.

Mesmo sendo essencial proteger o paciente de danos autoinfligidos, é igualmente importante evitar medidas excessivamente restritivas que possam prejudicar sua dignidade ou violar seus direitos. Nesse contexto, as medidas preventivas devem ser projetadas para serem o menos restritivas possível e, ao mesmo tempo, garantir a segurança do paciente. Isso reconhece a necessidade de tratar os pacientes com transtornos mentais de forma humana e respeitosa, preservando sua dignidade e autonomia.

Por fim, a decisão se refere à duração de um procedimento legal realizado pelo requerente, mas enfatiza que, apesar dessa duração, ele foi eficaz para determinar a responsabilidade pela morte do paciente. Isso destaca a importância de um sistema

jurídico eficiente e funcional que possa responder pelas ações das autoridades e garantir que elas sejam responsabilizadas em caso de negligência ou omissão. Esse sistema oferece uma forma de proteção aos direitos dos pacientes e garante que as autoridades sejam responsabilizadas por suas ações, ajudando a garantir transparência, equidade e justiça no tratamento de pacientes com transtornos mentais.

Resumidamente, esses pontos enfatizam a abordagem abrangente e equilibrada do tribunal ao considerar a responsabilidade das autoridades no caso de pacientes com problemas mentais internados em instalações psiquiátricas. A decisão reflete a necessidade de considerar as circunstâncias individuais dos pacientes, adaptar-se às suas necessidades, respeitar sua dignidade e garantir um sistema jurídico que assegure a responsabilidade das autoridades quando necessário. Essa abordagem é essencial para garantir o respeito aos direitos humanos e a proteção da vida de pacientes vulneráveis.

2.5. Considerações finais

O caso *Fernandes de Oliveira c. Portugal* chama a atenção para várias considerações finais relevantes e inovadoras no contexto da proteção de pacientes com transtornos mentais:

Em primeiro lugar, surge a necessidade de uma abordagem personalizada no gerenciamento de pacientes psiquiátricos. A avaliação das circunstâncias individuais, incluindo a gravidade dos transtornos mentais e a presença de sinais de risco, deve ser crucial. Essa abordagem individualizada não apenas leva em conta as necessidades específicas dos pacientes, mas também pode orientar a adoção de medidas preventivas específicas.

A adaptação ao risco é um aspecto crucial. Os hospitais psiquiátricos devem demonstrar flexibilidade para ajustar o regime de vigilância e as medidas preventivas de acordo com as necessidades variáveis dos pacientes. Isso requer uma comunicação eficaz entre a equipa médica e a equipa de tratamento para avaliar constantemente o risco e tomar decisões informadas.

O respeito à privacidade e à dignidade dos pacientes é fundamental. Embora seja necessário protegê-los, as medidas preventivas não devem ser intrusivas ou excessivamente restritivas. O equilíbrio entre a proteção e o respeito à dignidade do paciente requer atenção especial na elaboração de protocolos e procedimentos.

O caso ressalta a relevância de um sistema jurídico eficiente e eficaz para tratar de questões de responsabilização. Embora os processos judiciais possam levar tempo, é essencial que eles sejam capazes de estabelecer claramente a responsabilidade e garantir que as autoridades sejam responsabilizadas por suas ações.

Concluindo, o caso *Fernandes de Oliveira c. Portugal* oferece uma visão geral complexa dos problemas relacionados com o gerenciamento de pacientes com transtornos mentais em contexto psiquiátrico. Enfatiza a necessidade de uma

abordagem personalizada, adaptação ao risco, respeito à dignidade e eficiência do sistema jurídico, contribuindo assim para a promoção dos direitos humanos e a proteção da vida de pacientes vulneráveis.

3. Caso *Kuttner c. Áustria*

3.1. Introdução

No caso *Kuttner c. Áustria*, o requerente, depois de apresentar um pedido para ser libertado do hospital psiquiátrico, sofreu uma violação do artigo 5, § 4, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que trata do direito à liberdade e segurança da pessoa e do direito a uma revisão imediata da legalidade da detenção.

A violação desse artigo é confirmada pelo facto de que o requerente afirmou que o longo período de tempo em que o seu pedido de libertação foi considerado violou o direito a uma revisão imediata da sua detenção. O artigo 5 da Convenção, de facto, estabelece, em seu texto integral, as disposições relativas ao direito, à liberdade e à segurança pessoal e regula as condições sob as quais uma pessoa pode ser privada de liberdade. Ela também enfatiza a necessidade de revisão imediata por um tribunal da legalidade da detenção e estabelece os motivos pelos quais uma pessoa pode ser privada de liberdade. Estabelece igualmente os direitos das pessoas detidas, como o direito de serem informadas sobre os motivos da detenção e o direito de recorrerem a um tribunal para contestar a detenção.

Além dessa invocação do artigo 5, o requerente levantou uma questão relativa ao artigo 6, § 1, da Convenção, que concerne ao direito a um julgamento justo. Afirmou que a duração excessiva do processo constituía uma violação desse direito, pois as restrições impostas pela sua detenção numa instituição para doentes mentais afetavam os seus direitos civis.

O tribunal, após uma análise cuidadosa, concluiu que o artigo 5, § 4, da Convenção era aplicável aos procedimentos em questão, mas que os procedimentos não haviam durado tempo excessivo. Independentemente disso, foi reconhecida uma violação contra o requerente devido ao não cumprimento do requisito de celeridade, mas que esse dano não era pecuniário, e sim mental e emocional.

O caso *Kuttner c. Áustria*, portanto, tratou da violação do direito do requerente a uma revisão rápida da sua detenção numa instituição para doentes mentais, bem como da duração excessiva dos procedimentos relacionados com essa solicitação. As violações foram consideradas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que concedeu ao requerente uma indemnização pelos danos sofridos.

3.2. Proteção dos direitos de pessoas com transtornos mentais no sistema de justiça criminal

O caso *Kuttner c. Áustria* levanta questões cruciais sobre a proteção dos direitos das pessoas com transtornos mentais no sistema penal austríaco, lançando um raio de luz sobre os desafios e as oportunidades inerentes à conformidade das leis e práticas nacionais com os padrões internacionais de direitos humanos. No centro

dessa discussão jurídica está o artigo 5 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que estabelece o direito fundamental à liberdade e à segurança da pessoa, enfatizando que ninguém pode ser privado de sua liberdade de forma arbitrária. Em particular, o artigo 5, § 4, exige que qualquer pessoa privada de liberdade, incluindo aquelas hospitalizadas em instituições para doentes mentais, tenha o direito a uma revisão imediata da legalidade da detenção.

O caso Kuttner destaca a necessidade de garantir que essa revisão seja de facto oportuna e abrangente. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconheceu que o direito a uma revisão deve ser efetivo e não meramente formal. Entretanto, o caso Kuttner destacou uma discrepância entre o ideal de uma revisão oportuna e a realidade dos procedimentos legais austríacos.

Isso levanta uma questão crucial para a jurisprudência internacional: como garantir direitos efetivos e oportunos para pessoas com transtornos mentais dentro do sistema de justiça criminal?

Uma das considerações originais cruciais diz respeito à interseção dos direitos humanos e da saúde mental. O artigo 5, § 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelece claramente as circunstâncias em que uma pessoa pode ser privada de liberdade, mas como devem ser tratados os casos em que a detenção é legal, mas a pessoa em questão sofre de transtornos mentais? O Tribunal já decidiu que a detenção de pessoas com transtornos mentais só deve ser processada em circunstâncias excepcionais e quando estritamente necessária. Entretanto, o caso Kuttner sugere que essas diretrizes podem não ser suficientemente claras ou aplicadas de maneira uniforme.

Portanto, a jurisprudência deve examinar cuidadosamente o limite entre a proteção dos direitos humanos e o gerenciamento da saúde mental no contexto criminal, garantindo que as pessoas com transtornos mentais não sejam detidas de forma excessiva ou arbitrária. Além disso, deve-se dar mais atenção às garantias processuais para assegurar que as revisões sejam eficazes e oportunas, evitando prolongamentos injustificados como no caso Kuttner.

Em resumo, o caso *Kuttner c. Áustria* esclarece uma série de desafios e oportunidades relacionados com a proteção dos direitos das pessoas com transtornos mentais no sistema de justiça criminal. Ele representa um lembrete da necessidade de garantir que as normas internacionais de direitos humanos sejam estritamente aplicadas em tais contextos e oferece *insights* para futuros desenvolvimentos jurisprudenciais relativamente à proteção dessa população vulnerável dentro do sistema de justiça criminal. A jurisprudência deve buscar um equilíbrio entre a proteção legítima da sociedade e o respeito aos direitos humanos fundamentais, garantindo que ninguém seja deixado para trás.

3.3. A duração dos processos judiciais e o direito a um julgamento justo

A duração dos processos judiciais e o direito a um julgamento justo são princípios centrais do direito internacional dos direitos humanos. O caso *Kuttner c. Áustria* levanta questões cruciais em relação a esses princípios, enfatizando os desafios

e as oportunidades que o sistema judicial austríaco e outros sistemas jurídicos internacionais enfrentam.

Primeiro, é importante enfatizar que o artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que garante o direito a um julgamento justo, foi desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao longo dos anos. Esse Tribunal reconheceu que o direito a um julgamento justo inclui a exigência de rapidez e que a duração dos procedimentos legais deve ser razoável.

O caso Kuttner levanta a questão fundamental do que constitui uma «duração razoável» dos processos judiciais, especialmente quando se trata de indivíduos detidos em instituições para doentes mentais. O Tribunal Europeu enfatizou que a complexidade do caso e as circunstâncias específicas devem ser levadas em consideração. Isso significa que não há uma resposta universal e que cada situação deve ser avaliada individualmente.

Uma questão crítica que emerge desse caso, como enfatizou o juiz Paulo Pinto de Albuquerque, é a necessidade de garantir que os direitos das pessoas com transtornos mentais sejam totalmente respeitados em todo o processo legal, inclusive o direito a um julgamento em tempo hábil. Ao mesmo tempo, é importante garantir que a tempestividade não comprometa a qualidade da justiça. O caso Kuttner representa um marco na discussão sobre como encontrar um equilíbrio adequado entre esses dois imperativos.

Esse caso oferece uma valiosa oportunidade de reflexão para o sistema judiciário austríaco e para os tribunais internacionais. Também pode ser útil considerar casos semelhantes em outros contextos, a fim de identificar as melhores práticas e os desafios comuns na proteção dos direitos das pessoas com transtornos mentais no sistema de justiça criminal. Em última análise, o caso *Kuttner c. Áustria* enfoca o delicado equilíbrio entre a oportunidade e a justiça nos processos judiciais e convida à busca de soluções inovadoras para garantir que todos tenham acesso a um julgamento justo e oportuno.

4. Conclusões finais e observações comparativas

Os casos analisados *Murray c. Países Baixos*, *Fernandes de Oliveira c. Portugal* e *Kuttner c. Áustria* levantam questões profundas e complexas que exigem uma abordagem ponderada e humanitária.

Em primeiro lugar, é essencial reconhecer que o respeito aos direitos individuais deve ser equilibrado com a responsabilidade de proteger pessoas vulneráveis, especialmente aquelas com problemas graves de saúde mental. Em alguns casos, a tomada de decisão autónoma pode ser comprometida devido à doença mental, levantando dúvidas sobre a capacidade de tomar decisões informadas e fundamentadas.

Esse é certamente um ponto crucial na história do direito e da psiquiatria, em que o limite nítido entre a doença e a imputabilidade geralmente dá origem a soluções e métodos ineficazes. Qual é o limite em que uma pessoa age de determinada maneira por causa da sua doença e quando, por outro lado, o facto de estar dominado por emoções é tomado por uma escolha pessoal das emoções do momento?

Outro aspeto crucial a ser considerado é a eliminação do estigma relacionado com a saúde mental. O preconceito e a discriminação contra pessoas com problemas de saúde mental persistem em muitas sociedades e podem impedir que elas busquem ajuda e apoio.

Em conclusão, esses casos destacam a necessidade de uma abordagem equilibrada, baseada em evidências e favorável aos direitos humanos para lidar com os desafios da saúde mental. É fundamental eliminar o estigma, promover discussões abertas e críticas sobre essas questões e buscar soluções que respeitem a dignidade e os direitos de todos.

5. Referências bibliográficas

- BELEZA, TERESA PIZARRO e MELO, HELENA PEREIRA DE. (2024). «Os culpados da prática de crimes graves não perdem a qualidade de seres humanos e como tal merecem proteção. O caso *Murray c. Países Baixos*, do TEDH», in *Antidiscriminação no TEDH: Uma análise transdisciplinar das intervenções do juiz Paulo Pinto de Albuquerque*, Lisboa, UCP Editora.
- TEDH, *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, n.º 78103/14, 2019.
- TEDH, *Caso Fernandes de Oliveira c. Portugal* – queixa n.º 78103/14. Decisão de 31.01.2019 [GC]: Suicídio de indivíduo doente mental, que se encontrava voluntariamente internado em hospital psiquiátrico, na sequência de uma tentativa de suicídio.
- TEDH, *Kuttner c. Áustria*, n.º 10126/13, 2020.
- TEDH, *Murray c. Países Baixos*, n.º 10511/10, 26 de abril de 2016.

CAPÍTULO V

DISCRIMINAÇÃO DE MIGRANTES

Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta

Hirsi Jamaa e Outros c. Itália

Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta

Detenção, vulnerabilidade(s) e asilo

ANABELA COSTA LEÃO*

1. Introdução

Os Estados aplicam frequentemente medidas de detenção a estrangeiros que entram ou permanecem no seu território em situação irregular¹. A detenção traduz uma manifestação da soberania estatal e do poder soberano de determinar quem entra, permanece e sai do território do Estado, assumindo uma importante dimensão «simbólica»². Pelo seu impacto fortemente restritivo na liberdade e, também, na saúde e integridade pessoal, diversas instâncias internacionais, entre as quais o Comité das Nações Unidas para os Refugiados, têm sublinhado que a detenção de migrantes em geral e de requerentes de asilo em particular deve ser entendida como *ultima ratio* e sustentado o recurso a medidas alternativas³, sendo essa também a orientação no Direito da União Europeia (UE)⁴. A situação de menores, em

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora Integrada do CIJ-FDUP.

¹ A detenção é aqui entendida em sentido amplo, ou seja, privação da liberdade ou confinamento num espaço fechado que não é permitido abandonar, determinada por autoridades administrativas, judiciais ou privadas, em contexto criminal ou administrativo, tendo lugar em diversos contextos, desde a detenção na zona internacional de aeroportos a centros especializados ou na habitação, *vd.* UNHCR, 2012, *Detention Guidelines. Guidelines on the applicable criteria and standards relating to the detention of asylum-seekers and alternatives to detention*, p. 9, <https://www.unhcr.org/media/unhcr-detention-guidelines>. Para números, ver os dados sobre detenção de migrantes do *Global Detention Project*, em <https://www.globaldetentionproject.org>.

² Sobre este argumento, ROBYN SAMPSON e GRANT MITCHELL, 2013, «Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales», in *Journal on Migration and Human Security*, 1(3), pp. 97–121, pp. 107-108. <https://doi.org/10.1177/233150241300100302>.

³ Entre outros, *vd.* o «Objetivo 13: Usar a detenção de imigrantes apenas como último recurso e procurar alternativas» do *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* (A/RES/73/195), aprovado pelas Nações Unidas em dezembro de 2018, disponível em <https://www.iom.int/resources/global-compact-safe-orderly-and-regular-migration/res/73/195>, e COMMITTEE ON THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND MEMBERS OF THEIR FAMILIES, 2022, «General comment no. 5 (2021) on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention (CMW/C/CC/5)», <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/411/19/PDF/G2241119.pdf?OpenElement>. Para requerentes de asilo, *vd.* UNHCR, *Detention Guidelines*, cit., pp. 6-7, salientando que procurar asilo não é um ato ilegal. Para maior desenvolvimento, *vd.* SAMPSON e MITCHELL, «Global Trends...», cit., pp. 104 ss.

⁴ FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, 2015, «Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures», pp. 6 ss., <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/alternatives-detention-asylum-seekers-and-people-return-procedures>. Aí se nota que do artigo 8.º da

especial não acompanhados, é, como se verá, especialmente sensível. Não obstante a excecionalidade da privação de liberdade, na Europa muitas pessoas são detidas à entrada ou durante os procedimentos de afastamento⁵.

O controlo de fronteiras assenta numa diferenciação com base na nacionalidade, que permite aos Estados tratar diferentemente cidadãos e estrangeiros quanto à entrada e saída do território⁶. Apesar de o Direito internacional e europeu consagrar uma proibição de discriminação em função da nacionalidade, também se reconhece aos Estados soberanos o genérico poder de determinar quem são os seus nacionais e de controlar quem cruza as suas fronteiras⁷. Contudo, a soberania estatal tem limites e não permite subtrair os não-nacionais à proteção dos direitos fundamentais e humanos, aí incluída a proibição de discriminação, o que é aplicável também ao poder de determinar a detenção de migrantes (em sentido amplo)⁸.

Diretiva Condições de Acolhimento 2013/33/EU e do artigo 15.º da Diretiva Retorno 2008/115/EC resulta que a detenção não deve ser usada se existem medidas menos intrusivas que permitam atingir os mesmos fins, submetendo-se o recurso à detenção a um escrutínio de proporcionalidade, designadamente por constituir uma restrição a direitos fundamentais e, por conseguinte, submetida ao artigo 51.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, como se salienta em EUROPEAN LAW INSTITUTE, «Statement of the European Law Institute: Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law», 2017, *passim*, www.european-lawinstitute.eu. *Vd.*, ainda, FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY/COUNCIL OF EUROPE, 2020, *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, pp. 178 ss., https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-handbook-law-asylum-migration-borders-2020-ed_en.pdf

⁵ Assim, FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY/COUNCIL OF EUROPE, *Handbook...*, cit., p. 198.

⁶ CommDH/IssuePaper (2010)1, «Issue paper Criminalization of Migration in Europe: Human Rights implications» (prepared by Elspeth Guild), COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS/COUNCIL OF EUROPE, pp. 3-4, <https://rm.coe.int/16806da917>. *Vd.*, também, FERNANDO REY MARTINEZ, LUÍSA NETO, ANABELA LEÃO, ANA SOFIA CARVALHO, JORGE GRACIA IBANEZ e RUTE TEIXEIRA PEDRO, 2021, *Direito antidiscriminatório*, Lisboa, AAFDL, pp. 205-206. Como escreve ELSPETH GUILD, 2018, «The UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: What Place for Human Rights?», in *International Journal of Refugee Law*, 30(4), pp. 661-663, p. 662, <https://doi.org/10.1093/ijrl/eeey049>, os Estados justificam o tratamento diferenciado entre cidadãos e estrangeiros migrantes em relação a direitos universalmente aplicáveis com o argumento de que a proibição de discriminação resultante dos tratados internacionais de direitos humanos não impede essa diferenciação. A autora nota que, apesar de universais, direitos como o direito à liberdade ou à reserva da vida privada e proteção de dados sofrem limitações acrescidas no caso de migrantes. Uma atuação responsável dos Estados em matéria de migrações, tal como imposta pelo *Pacto Global para as Migrações* aprovado pela ONU em 2018, escreve, implica respeitar os direitos dos humanos e o princípio da não discriminação, *vd.* alínea f) do Ponto 15 do *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* (A/RES/73/195), cit.

⁷ FERNANDO REY MARTINEZ *et al.*, *Direito...*, cit., pp. 205-206. A proibição de discriminação em função da nacionalidade consta, *inter alia*, do artigo 2.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (adotada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas), do artigo 2.º e do artigo 26.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e seu Protocolo n.º 12.

⁸ Não obstante aceite na ordem interna e na ordem internacional, a detenção de migrantes é objeto de limites que vêm sendo estabelecidos legal e jurisprudencialmente, no plano interno e no plano internacional, escreve ANA RITA GIL, 2016, «A detenção de imigrantes na jurisprudência nacional e internacional», in AA. VV., *O contencioso de direito administrativo relativo a cidadãos estrangeiros e ao regime da entrada, permanência, saída e afastamento do território português*,

Tal como tem sido exigido pelo Comité para a Eliminação da Discriminação Racial, qualquer diferença de tratamento entre cidadãos e estrangeiros, ou entre grupos ou categorias de estrangeiros, tem de ter um fim legítimo e ser proporcional a esse fim⁹.

Em *Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta*¹⁰, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, TEDH) é chamado a apreciar à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos (doravante, CEDH) a detenção de dois menores não acompanhados que entraram de forma irregular em Malta, aí tendo requerido asilo. Apesar de a CEDH, aprovada pelo Conselho da Europa em 1950, não prever um direito de asilo nem ter normas especificamente dedicadas a refugiados ou a requerentes de asilo, o TEDH tem desenvolvido importante jurisprudência na matéria, designadamente ao abrigo dos artigos 3.º e 5.º da CEDH¹¹, com significativa influência na definição do nível de proteção europeia em sede de asilo¹². Um dos aspetos é, precisamente, o da detenção.

Neste comentário, após exposição breve das circunstâncias que motivaram o acesso ao TEDH e da decisão do Tribunal, analisaremos com mais detalhe a detenção de requerentes de asilo e, particularmente, a detenção de requerentes de asilo menores e não acompanhados e, por conseguinte, especialmente vulneráveis.

2. O caso *A. Elmi e A. Abubakar c. Malta*, em extrema síntese

O caso tem por base duas queixas apresentadas ao TEDH contra a República de Malta ao abrigo do artigo 34.º da CEDH em 17 de abril de 2013 por dois cidadãos da Somália, A. Elmi e A. Abubakar, nascidos, respetivamente, em 1996 e 1995¹³. Ambos chegaram a Malta de forma irregular em agosto de 2012, ainda que em datas diferentes, e foram detidos no centro de detenção de Safi, recebendo documentos em inglês contendo uma ordem de regresso e uma ordem de expulsão. Pouco tempo

bem como do estatuto de residente de longa duração, Lisboa, CEJ, pp. 189 ss., p. 189. V., também, CommDH/IssuePaper(2010)1, pp. 3-4.

⁹ ELSPEITH GUILD, 2018, «The UN ...», cit., p. 663, e UN COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION (CERD), *CERD General Recommendation XXX on Discrimination Against Non-Citizens*, 5 August 2004, <https://www.refworld.org/docid/45139e084.html>.

¹⁰ TEDH, *Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta*, Queixas n.º 25794/13 e 28151/13, 22/11/2016 (Quarta Secção), <https://hudoc.echr.coe.int/FRE?i=001-168780>.

¹¹ Sobre a questão, *vd.* SOFIA OLIVEIRA, 2020, «Refugiados e requerentes de asilo», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Lisboa, Universidade Católica Editora, Vol. III, pp. 2945-2968, para aí se remetendo para maiores desenvolvimentos, e EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2022, «Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Immigration», Council of Europe/European Court of Human Rights, <https://ks.echr.coe.int/web/echr-ks/immigration>.

¹² Que implica considerar o Direito da UE e os direitos nacionais, além da CEDH e da jurisprudência de Estrasburgo. Sobre a articulação entre estes níveis de proteção, de que não se cuida neste comentário, *vd.* EUROPEAN LAW INSTITUTE, «Statement...», cit., FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY/COUNCIL OF EUROPE, 2020, *Handbook...*, cit., e SOFIA OLIVEIRA, «Refugiados...», cit., pp. 2964-2967.

¹³ O TEDH decidiu juntar as queixas dos requerentes, por terem por base factos e um enquadramento legal semelhantes (artigo 42.º das *Rules of the Court*).

após a sua chegada, requereram asilo, declarando ser menores (com 16 e 17 anos), pelo que foram submetidos a exames de determinação da idade (entrevista e raio-X ósseo). Invocaram que, apesar de lhes ter sido oralmente comunicado que os exames tinham permitido concluir que eram menores, pelo que seriam libertados em breve, ao fim de oito meses ainda não tinham recebido uma comunicação escrita do resultado e continuavam detidos (§§ 18-21).

Apresentaram queixa ao TEDH com base no artigo 3.º (proibição de tortura e de tratamentos cruéis ou degradantes) e nos números 1 e 4 do artigo 5.º (direito à liberdade e à segurança) da CEDH, alegando que a sua detenção tinha sido arbitrária e ilegal e que não lhes tinha sido dada oportunidade de contestar a sua legalidade. Invocaram a falta de condições de detenção, reportando sobrelotação, falta de atividades recreativas, falta de segurança e privacidade, falta de acesso a bens básicos como calçado, dificuldades de acesso a cuidados de saúde, de contacto com familiares e de acesso a profissionais de saúde em razão da sua dificuldade em entender inglês (§§ 23 e 24).

Dois dias depois da apresentação da queixa ao TEDH, o Estado determinou a cessação da detenção dos requerentes e a sua colocação em centros para menores não acompanhados. O primeiro requerente abandonou Malta antes de terminarem os procedimentos de asilo e o segundo requerente obteve proteção subsidiária a 14 de setembro de 2013 (§§ 25 e 28).

Depois de analisar as normas internas de Malta¹⁴ (§§ 29 ss.), o TEDH passou em revista diversas normas internacionais e de direito da UE das quais resulta a exceção da detenção de menores não acompanhados e as condições em que a mesma, a ocorrer, deve ter lugar (§§ 40 ss.), bem como diversos relatórios de instâncias das Nações Unidas e de organizações da sociedade civil sobre as condições de detenção no campo de Safi. Em especial, o TEDH invocou os artigos 24.º (menores não acompanhados) e 11.º/3 (detenção de pessoas vulneráveis) da Diretiva Condições de Acolhimento¹⁵, dos quais resulta que, apesar de a detenção de menores não acompanhados não ser totalmente proibida, apenas é admitida em casos excecionais e nunca em estabelecimentos prisionais, e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças (1989), ratificada por Malta (1990), em especial os seus artigos 1.º (que define por regra como crianças os menores de 18 anos), 2.º (proibição de discriminação), 3.º (princípio do superior interesse da criança) e 37.º (proibição de tortura e tratamento degradante e proteção da liberdade).

Considerando os factos indicados e as alegações das partes, o TEDH declarou inadmissível a queixa interposta ao abrigo do n.º 1 do artigo 5.º¹⁶, mas deu

¹⁴ Que determinavam que os requerentes menores deveriam ser colocados em centros especiais e não em centros de detenção, admitindo, contudo, que no caso de menores não acompanhados com 16 ou mais anos estes fossem colocados em centros de detenção para requerentes de asilo maiores (§ 38), bem como garantias processuais e deveres de informação.

¹⁵ Diretiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional (reformulação) ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2013/33/oj>.

¹⁶ Nos termos da qual os requerentes alegavam que a decisão de regresso e a ordem de expulsão estavam em inglês, língua que não compreendiam, e não continham informação suficiente

provimento às restantes. Em extrema síntese, entendeu que a detenção por cerca de oito meses dos requerentes, especialmente vulneráveis enquanto menores não acompanhados, nas condições reportadas e sem demonstração de necessidade da detenção, não respeitou o disposto no artigo 3.º e no n.º 1 do artigo 5.º da CEDH, como se verá com mais pormenor *infra*. Mais considerou que os detidos não tiveram ao seu alcance garantias de defesa nos termos do n.º 4 do artigo 5.º referido, que estabelece que qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção ilegal tem direito a recorrer a um tribunal a fim de que este se pronuncie, em prazo curto, sobre a legalidade da sua detenção e determine a sua libertação em caso de detenção ilegal (§ 116-124). Determinou ainda o pagamento pelo Estado a cada um dos requerentes de uma quantia (12 000 euros) por danos não patrimoniais e dos custos e despesas, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 41.º da CEDH (§§ 155-162). A decisão foi adotada por unanimidade. Não foi interposto recurso para a Grande Câmara, tornando-se a decisão definitiva nos termos do n.º 2 do artigo 44.º da CEDH.

3. A detenção de requerentes de asilo na jurisprudência do TEDH

O artigo 5.º da CEDH prevê os direitos à liberdade e à segurança e a excecionalidade da privação da liberdade¹⁷. Nos termos deste artigo, ninguém pode ser privado de liberdade a não ser segundo procedimento legal e nos casos excecionalmente previstos, entre os quais os estabelecidos na alínea f) do n.º 1, ou seja, se se tratar de prisão ou detenção legal (prevista no direito interno) de uma pessoa para impedir a sua entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso processo de expulsão ou extradição, abrangendo, portanto, migrantes irregulares e requerentes de asilo¹⁸. Em *A. Elmi e A. Abubakar c. Malta*, o TEDH entendeu, na linha de jurisprudência anterior, que a detenção dos requerentes no período subsequente à apresentação do pedido de asilo se enquadrava na primeira parte da alínea f), tendo por fim prevenir uma entrada não autorizada e tendo base legal (§ 141)¹⁹.

Da CEDH e da jurisprudência do TEDH resultam limites ao recurso à detenção²⁰, como a exigência de previsão legal²¹ e a proibição de arbitrariedade. De

que lhes permitisse reagir à detenção (§ 149) por ter sido ultrapassado o prazo (que então era de seis meses) de interposição da queixa ao TEDH após o conhecimento das razões da detenção (§§ 152-154), nos termos dos números 1 e 4 do artigo 35.º da CEDH (condições de admissibilidade).

¹⁷ O TEDH distingue privação de liberdade nos termos do artigo 5.º de restrição da liberdade de circulação prevista no Protocolo n.º 4 à CEDH. Sobre a questão, *vd.* EUROPEAN LAW INSTITUTE, «Statement...», cit., pp. 164 ss.

¹⁸ *Vd.* SOFIA OLIVEIRA, «Refugiados...», cit., pp. 2959-2963.

¹⁹ Este é também um aspeto controvertido, como nota SOFIA OLIVEIRA, «Refugiados...», cit., p. 2962, ou seja, saber se, à luz da primeira parte da alínea f) do n.º 1 do artigo 5.º, a partir do momento em que o estrangeiro apresenta o pedido de asilo, a sua presença no território deve ser considerada regular, não havendo lugar a detenção – aspeto de que não curamos nesta análise.

²⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, «Guide ...», cit., pp. 16-17.

²¹ De acordo com a jurisprudência do TEDH, a legalidade da detenção para o efeito da alínea f) é apurada face aos requisitos substanciais e formais estabelecidos no direito interno. Contudo,

acordo com a jurisprudência firmada em *Saadi c. Reino Unido*²², reiterada no § 142 do caso em análise, para não ser considerada arbitrária, a detenção prevista na primeira parte da alínea f) do n.º 1 do artigo 5.º tem de decorrer com boa-fé, estar estreitamente relacionada com o fim de prevenir a entrada não autorizada de pessoas no território, o local e as condições da detenção têm de ser adequados e a duração da detenção não deve exceder o razoável para atingir o objetivo proposto. Ou seja, o TEDH controla a arbitrariedade, mas não a necessidade da detenção face a medidas alternativas menos intrusivas, o que merece críticas²³.

Assim, a jurisprudência do TEDH permite a detenção de requerentes de asilo cuja entrada não tenha sido autorizada pelo Estado e reconhece a estes uma ampla margem de conformação da detenção de requerentes de asilo, como nota SOFIA OLIVEIRA²⁴.

Apesar de o TEDH não aplicar por regra o teste da necessidade (como dimensão da proporcionalidade) da medida à detenção em caso de entrada irregular²⁵, exige-o nalguns casos, *e.g.* tratando-se de pessoas vulneráveis, como crianças, como sucede no caso *A. Elmi e A. Abubakar c. Malta* (§ 144)²⁶, obrigando os Estados a considerar medidas alternativas menos gravosas (menos coercivas) para atingir os fins visados à luz das circunstâncias específicas do caso individual²⁷. Para beneficiar da proteção acrescida reconhecida às pessoas vulneráveis, é necessário determinar a vulnerabilidade, sendo que os atrasos das autoridades nos procedimentos de determinação da vulnerabilidade podem indicar má-fé²⁸.

a conformidade com o direito interno não é suficiente, não podendo a detenção ser arbitrária. *Vd.*, seguindo a jurisprudência *Saadi*, o recente caso *J.A. e Outros c. Itália*, n.º 21329/18, 30/03/2023, <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-223716>, em especial § 80.

²² TEDH, *Saadi c. Reino Unido* [GC], n.º 13229/03, 29/01/2008. Como se lê no § 74, «*To avoid being branded as arbitrary, therefore, such detention must be carried out in good faith; it must be closely connected to the purpose of preventing unauthorised entry of the person to the country; the place and conditions of detention should be appropriate, bearing in mind that "the measure is applicable not to those who have committed criminal offences but to aliens who, often fearing for their lives, have fled from their own country" (see Amuur, cited above, § 43); and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued*».

²³ Como a que é realizada pelo Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE no seu voto ao acórdão aqui em análise e também, *inter alia*, por SOFIA OLIVEIRA, «Refugiados...», cit., p. 2962.

²⁴ SOFIA OLIVEIRA, «Refugiados...», cit., p. 2962.

²⁵ Apenas a análise da duração convoca uma análise de proporcionalidade, como escreve SOFIA OLIVEIRA, «Refugiados...», cit., p. 2962. Contudo, o controlo da necessidade pode surgir indiretamente através da análise do requisito da conformidade com o direito interno, se o direito interno, em cumprimento do direito secundário da EU, exigir a necessidade da detenção, *vd.* EUROPEAN LAW INSTITUTE, «Statement ...», cit., *passim*, em especial pp. 126 ss., e FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY/COUNCIL OF EUROPE, *Handbook...*, cit., pp. 212-213. Com efeito, apesar de influenciado pelo TEDH, o Direito de Asilo da UE é, neste aspeto, mais protetivo, exigindo essa necessidade, como nota SOFIA OLIVEIRA, «Refugiados...», cit., p. 2965.

²⁶ «*The Court reiterates that the necessity of detaining children in an immigration context must be very carefully considered by the national authorities (...)*»

²⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, «Guide ...», cit., p. 17, e jurisprudência aí citada.

²⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, «Guide ...», cit., p. 17, e jurisprudência aí citada.

No caso em apreço, o TEDH avaliou a detenção à luz do critério da arbitrariedade, mas também do critério da proporcionalidade/necessidade (§ 146). Segundo o Tribunal, mesmo entendendo que a detenção visava um fim legítimo – evitar uma entrada não autorizada e permitir o processamento do pedido de asilo e a realização dos necessários testes de determinação da idade – a demora no procedimento, em especial após a realização dos referidos exames de determinação da idade, levantava sérias dúvidas quanto à boa-fé do Estado, acrescentando a falta de garantias processuais do requerente. O Tribunal aplicou ainda o teste da necessidade, mostrando que a detenção é considerada *ultima ratio* para o direito maltês e que em nenhum momento o Estado procurou determinar se havia medidas alternativas à detenção dos requerentes. Em consequência, entendeu haver violação do n.º 1 do artigo 5.º (§ 146).

De acordo com a jurisprudência de Estrasburgo, as condições de detenção têm de ser conformes à CEDH e, designadamente, não violar a proibição absoluta de tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes consagrada no artigo 3.º da Convenção²⁹, o que exige determinar o grau de severidade das condições de detenção e se é ultrapassado o limiar de gravidade, determinado à luz das circunstâncias do caso, que o artigo 3.º pressupõe³⁰.

O TEDH afirmou em *M.S.S. c. Bélgica e Grécia* (§ 232)³¹ e reiterou no caso em apreço (§ 111) que os requerentes de asilo são particularmente vulneráveis por causa do que passaram durante a sua migração e das experiências traumáticas que provavelmente tiveram no passado. Mais afirmou que, no caso *A. Elmi e A. Abubakar c. Malta* em análise, os requerentes, sendo menores, eram ainda mais vulneráveis em razão da idade do que qualquer adulto requerente de asilo detido (§ 111). Note-se que, no caso em análise, se verificava uma cumulação de causas de vulnerabilidade dos requerentes pois, além de requerentes de asilo e menores, eram também menores não acompanhados, categoria de menores em relação aos quais o TEDH reconhece um especial dever estatal positivo de proteção e cuidado³². Da situação de vulnerabilidade resultam necessidades de proteção acrescidas reconhecidas no plano internacional e europeu³³.

²⁹ SOFIA OLIVEIRA, «Refugiados...», cit., pp. 2948-2950, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, «Guide ...», cit., p. 17, e jurisprudência aí citada, bem como §§ 99 a 14 do caso em apreço. Sobre este artigo e a proibição absoluta aí consagrada, sem previsão de exceções, «como núcleo de proteção absoluta do direito fundamental à integridade pessoal» (p. 708), *vd.* PEDRO GARCIA MARQUES, 2019, «Proibição de tratamento desumano e degradante», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Lisboa, Universidade Católica Editora, Vol. I, pp. 705-736.

³⁰ *Vd.* SOFIA OLIVEIRA, «Refugiados...», cit., pp. 2948 ss.

³¹ TEDH, *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, Queixa n.º 30696/09, 21/01/2011 (Grande Câmara), <https://hudoc.echr.coe.int/>.

³² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, «Guide ...», cit., pp. 20-21, e jurisprudência aí citada e § 113 do caso em análise.

³³ Tal como afirmado em *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, § 251, «The Court attaches considerable importance to the applicant's status as an asylum-seeker and, as such, a member of a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection [...]. It notes the existence of a broad consensus at the international and European level concerning this need for special protection, as

Para avaliar o respeito pelo disposto no artigo 3.º na situação de detenção de crianças ou de outras pessoas vulneráveis, o TEDH presta especial atenção às condições de detenção, à sua duração, às suas específicas vulnerabilidades e ao impacto que a detenção representa para a pessoa³⁴, o que, no caso de crianças, implica atender à sua idade e à adequação do espaço e das condições às suas específicas necessidades³⁵. Também no caso em apreço, o TEDH, depois de reiterar que o fator decisivo deve ser a extrema vulnerabilidade das crianças, tendo precedência sobre considerações relativas ao estatuto de imigrante ilegal, recordou a sua jurisprudência para determinar as especiais necessidades das crianças requerentes de asilo (§ 103), resultando da Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas deveres estatais de proteção, e que condições de receção desadequadas à idade seriam violadoras do artigo 3.º (§§ 103 e 104). Perante as circunstâncias reportadas e a constatação de que não tinham sido adotadas medidas adequadas a menores (não foi providenciado aconselhamento ou orientação especializadas nem entretenimento adequado à idade), mantendo-se a detenção por cerca de oito meses, o TEDH considerou haver tratamento degradante à luz da CEDH (§ 114). O facto de não se tratar de menores de tenra idade, mas de jovens de 16 e 17 anos, não relevou para este efeito (§ 111).

4. Asilo, detenção e vulnerabilidade(s)

Na sua Opinião Concorrente, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE insurge-se contra a «crimigração», tendência, com berço nos EUA, mas verificada também na Europa nos últimos anos, para fazer convergir direito penal e direito da imigração, traduzindo-se na perda de direitos de migrantes e, paralelamente, na criminalização crescente de comportamentos destes³⁶. Traduz uma estratégia de securitização das fronteiras face a movimentos migratórios de larga escala³⁷ e à entrada irregular de estrangeiros no território dos Estados, percebida como «ameaça externa», estando

*evidenced by the Geneva Convention, the remit and the activities of the UNHCR and the standards set out in the Reception Directive». Vd., ainda, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, «Guide ...», cit., pp. 19 ss., e FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY/COUNCIL OF EUROPE, *Handbook...*, cit., pp. 220 ss.*

³⁴ SOFIA OLIVEIRA, «Refugiados...», cit., pp. 2948-2950, e EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, «Guide ...», cit., p. 17, e jurisprudência aí citada.

³⁵ SOFIA OLIVEIRA, «Refugiados...», cit., p. 2950.

³⁶ Assim, MARIA JOÃO GUIA e JOÃO PEDROSO, 2015, «A insustentável resposta da “crimigração” face à irregularidade dos migrantes: uma perspetiva da União Europeia», in *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*, 23 (45), pp. 129-144, pp. 131-132, <https://doi.org/10.1590/1980-8585250319880004507>. Também voto do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE no caso *A. Elmi e A. Abubakar c. Malta*, cit., p. 48, escrevendo «*On the one hand, the State criminal-law machinery, including detention, prosecution and sentencing to imprisonment terms, is used for the purpose of immigration enforcement and, on the other hand, expulsion and deportation measures and detention for that purpose are imposed as a method of crime control. This has been called the crimmigration trend*» (ênfase no original).

³⁷ Sobre a securitização das migrações, *vd.* PHILIPPE BOURBEAU, 2019, «Detention and immigration: Practices, crimmigration, and norms», in *Migration Studies*, 7 (1), pp. 83–99, <https://doi.org/10.1093/migration/mnx069>.

associada ao recurso a medidas de direito penal ou ligadas ao universo penal para controlar os fluxos migratórios, como a detenção.

Nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, a detenção permite analisar de forma clara esta tendência para a fusão entre direito criminal e direito migratório. Os direitos internos, escreveu, permitem o recurso amplo a esta figura, usada para prevenir a entrada de futuros requerentes de asilo ou como medida punitiva para entradas ou presenças irregulares ou indocumentadas, frequentemente associada a garantias de defesa muito limitadas, duração prolongada e más condições das instalações, o que leva a uma desumanização dos migrantes (§§ 3-5). Ora, salienta, os direitos humanos, em geral, e o direito a obter estatuto de refugiado se preenchidas as condições estabelecidas para o efeito pelo direito internacional, em especial, limitam a liberdade dos Estados e o recurso a medidas «crimigratórias» como a detenção³⁸, tanto mais que alguém que tem o estatuto de refugiado ou já formulou um pedido de asilo já se encontra no território do Estado *de forma legal*.

Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (§§ 6-15), dos *standards* internacionais resulta a excecionalidade da detenção de requerentes de asilo, antes ou durante os procedimentos de asilo, submetida a critérios de necessidade e proporcionalidade, para atingir fins legítimos que não possam ser atingidos através de medidas alternativas, sendo o juízo mais exigente no caso de crianças que, se separadas ou não acompanhadas, não devem de todo ser detidas; uma vez legalmente no território do Estado, os refugiados e requerentes de asilo não devem ser submetidos a mais restrições à sua liberdade de movimentação do que as que se aplicam a outros não-cidadãos. Contudo, não foi essa a orientação adotada pelo TEDH em *Saadi c. Reino Unido*, no qual cedeu à «tendência crimigratória» e fez prevalecer a eficiência da gestão de fronteiras sobre a liberdade, admitindo que um Estado detenha um requerente de asilo para evitar uma entrada não autorizada e acelerar o pedido de asilo sem necessidade de apurar se a medida é necessária, bastando que não seja arbitrária (§§ 16 ss.) O Juiz critica precisamente o facto de o TEDH se bastar com um teste de baixa intensidade, exigindo apenas que a detenção não seja arbitrária, em vez de aplicar o mais exigente teste de necessidade da medida³⁹. Ao adotar este critério em *Saadi*, o TEDH desrespeitou o Direito internacional dos refugiados (§ 19), o princípio da necessidade, que é um princípio geral aplicável à afetação de todos os direitos da CEDH (§ 20) e a natureza excecional das privações de liberdade tal como configuradas no artigo 5.º da CEDH (§ 21)⁴⁰. Em especial, escreve,

³⁸ *Vd.*, designadamente, o artigo 31.º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951).

³⁹ Toma-se aqui necessidade como dimensão do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso. Contudo, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE distingue necessidade de proporcionalidade e reserva a terminologia «proporcionalidade» para o que se chama proporcionalidade em sentido estrito ou balanceamento, *vd.* § 24. Sobre a aplicação do princípio pelo TEDH, *v. inter alia* PAULA VEIGA, 2021, «Proporcionalidade e direitos humanos: TEDH e margem de apreciação», in AA. VV., *O princípio da proporcionalidade*, coord. Dulce Lopes, Catarina Santos Botelho e Francisco Pereira Coutinho, Coimbra, FDUC/Instituto Jurídico, pp. 103 ss., www.doi.org/10.47907/clq2021_2.

⁴⁰ Para uma densificação do teste da necessidade à luz dos critérios internacionais, *vd.* § 23 da Opinião de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (§ 23).

é entendimento generalizado na Europa e além dela que as restrições à liberdade apenas podem ter lugar se e na medida em que sejam necessárias, independentemente da vulnerabilidade das pessoas, *in casu*, dos requerentes de asilo (§ 22).

Ora, em *A. Elmi e A. Abubakar c. Malta*, o TEDH afastou-se da jurisprudência *Saadi*, aplicando o teste de necessidade da detenção em conformidade com os critérios internacionais (e com alguma jurisprudência divergente de algumas Secções) e dando um passo no sentido de a detenção de requerentes de asilo dever ser, por princípio, uma medida de último recurso, aplicável apenas quando nenhuma alternativa menos intrusiva esteja disponível, o que merece o seu inequívoco aplauso (§§ 25-29).

Contudo, na sua análise da necessidade da detenção, o TEDH levou em conta a especial vulnerabilidade dos requerentes⁴¹.

Em geral, o conceito de vulnerabilidade associa-se à «exposição ao sofrimento, à suscetibilidade de ser ferido ou ao risco»⁴², sendo um contexto discutido, seja na sua definição, seja nas suas aplicações, designadamente jurídicas. No seu conhecido trabalho sobre vulnerabilidade, MARTHA FINEMAN propõe a consideração da vulnerabilidade universal como uma forma de interrogar as práticas estatais e promover a igualdade substancial e a resiliência⁴³. A aceitação de uma condição de vulnerabilidade ontológica e universal, no sentido proposto por FINEMAN, não é incompatível com a existência de vulnerabilidades específicas e/ou acrescidas de pessoas ou grupos⁴⁴. Algumas pessoas e grupos, como as mulheres, os idosos, as crianças ou os portadores de incapacidade, são comumente identificados como sujeitos e grupos vulneráveis. Contudo, a determinação da vulnerabilidade coloca questões, designadamente saber se esta deve ser determinada em geral, identificando grupos e situações de vulnerabilidade, ou numa base individual⁴⁵. Com

⁴¹ O Tribunal utilizou pela primeira vez o conceito de vulnerabilidade no caso *Chapman c. Reino Unido*, Queixa n.º 27238/95, 18/01/2001, <https://hudoc.echr.coe.int/>, em que o Tribunal considerou os Roma um grupo vulnerável e admitiu a existência de obrigações estatais positivas em relação a estes (§ 86), tendo a partir daí recorrido ao conceito em diversos contextos, ainda que sem o definir. Sobre o recurso pelo TEDH ao conceito de vulnerabilidade, *vd.* LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, 2013, «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», in *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), pp. 1056–1085, <https://doi.org/10.1093/icon/mot042>.

⁴² Como se escreveu em ANABELA COSTA LEÃO, 2022, «O Estado perante a vulnerabilidade», in *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), pp. 86–107, p. 89, <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1326>, para aí se remetendo para maior desenvolvimento.

⁴³ MARTHA ALBERTSON FINEMAN, 2019, «Vulnerability and Social Justice», in *Valparaiso University Law Review*, 53 (2), pp. 341-370, <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol53/iss2/2>, e MARTHA ALBERTSON FINEMAN, 2017, «Vulnerability and Inevitable Inequality», in *Oslo Law Review*, 4 (3-2017), pp. 133-149, <https://doi.org/10.18261/issn.2387-3299-2017-03-02>. Sobre esta perspetiva, além dos trabalhos da autora, *vd. inter alia* NINA KOHN, 2014, «Vulnerability Theory and the Role of Government», in *Yale Journal of Law and Feminism*, 26 (1), pp. 1-27, LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, «Vulnerable groups...», *cit.*, pp. 1058-1062, ANABELA COSTA LEÃO, 2022, «O Estado...», *cit.*, p. 90.

⁴⁴ Sobre a questão, remete-se para o que se escreveu em ANABELA COSTA LEÃO, 2022, «O Estado...», *cit.*, pp. 95-96.

⁴⁵ A identificação de grupos vulneráveis comporta riscos de essencialização dos grupos, desconsiderando a específica situação dos seus membros ou vulnerabilidades múltiplas ou

efeito, não obstante o seu contributo para a identificação de desigualdades e para a densificação da igualdade substancial⁴⁶, as perspetivas da vulnerabilidade são também alvo de críticas de diversa natureza, alegando-se a sua pouca utilidade prescritiva e os riscos de absolutização, essencialização, estereotipação e paternalismo a que a sua aplicação conduz⁴⁷.

Como se viu *supra*, entre os grupos que o TEDH identifica como vulneráveis estão os requerentes de asilo. Contudo, a aplicação do conceito de vulnerabilidade dos requerentes de asilo é discutida⁴⁸. A questão pode ser ilustrada com o caso *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, ao qual o Juiz ANDRAS SAJO juntou voto expondo reservas quanto ao estabelecimento de um conceito genérico de requerentes de asilo como «grupo» vulnerável⁴⁹, reservas essas retomadas em 2016 no seu voto concorrente no caso *A. Elmi e A. Abubakar c. Malta*, por entender que a vulnerabilidade foi

interseccionais, *vd.* ANABELA COSTA LEÃO, 2022, «O Estado...», *cit.*, pp. 96-97.

⁴⁶ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, «Vulnerable groups...», *cit.*, pp. 1059 ss., abordam a questão de o conceito de vulnerabilidade se apresentar como ferramenta crítica ou «instrumento heurístico» que permite detetar as desigualdades e as vulnerabilidades existentes nas instituições e práticas sociais e os processos pelos quais são criadas e mantidas.

⁴⁷ Remete-se para o que se escreveu em ANABELA COSTA LEÃO, 2022, «O Estado...», *cit.*, em especial p. 90 e pp. 98 ss., e para os autores aí referidos, designadamente NINA KOHN, «Vulnerability...», *cit.*, e LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, «Vulnerable groups...», *cit.*, pp. 1070-1074. Considerando especificamente o caso dos migrantes, refugiados e requerentes de asilo, *vd.* ENCARNACIÓN LA SPINA, 2021, «Migrant vulnerability or asylum seeker/refugee vulnerability? More than complex categories», in *Oñati Socio-Legal Series*, 11(6), pp. 82-115, <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1307>, e EKATERINA YAHYAOU KRIVENKO, 2022, «Reassessing the Relationship between Equality and Vulnerability in relation to Refugees and Asylum Seekers in the ECtHR: The MSS Case 10 Years On », in *International Journal of Refugee Law*, 34(2), pp. 192-214, <https://doi.org/10.1093/ijrl/eeac027>. Para esta última autora, *cit.*, pp. 209-214, o recurso à vulnerabilidade na jurisprudência do TEDH relativa a requerentes de asilo coloca os categorizados como vulneráveis na posição de vítimas passivas à espera de benevolência dos privilegiados e, em termos técnicos, é um substituto simplista e inadequado de uma análise da igualdade substancial que inclua a interseccionalidade, pelo que a categoria apenas fará sentido se integrada nesta análise.

⁴⁸ *Vd.* EKATERINA YAHYAOU KRIVENKO, «Reassessing...», *cit.*, e ENCARNACIÓN LA SPINA, 2021, «Migrant vulnerability...», esta última notando particularmente a complexidade na identificação dos fatores de vulnerabilidade e o seu frequente cruzamento, designadamente à luz das categorias estabelecidas no sistema europeu de asilo, e a dificuldade na identificação de grupos vulneráveis, considerando as vulnerabilidades particulares, propondo a redefinição de um conceito compacto de vulnerabilidade migrante. As necessidades acrescidas em sede de migração e asilo em função da vulnerabilidade são também reconhecidas no Direito da UE, ainda que de forma mais específica, aí se incluindo as crianças, *vd.* FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY/COUNCIL OF EUROPE, *Handbook...*, *cit.*, pp. 281 ss.

⁴⁹ «[...] *To my mind, although many asylum-seekers are vulnerable persons, they cannot be unconditionally considered as a particularly vulnerable group, in the sense in which the jurisprudence of the Court uses the term (as in the case of persons with mental disabilities, for example), where all members of the group, due to their adverse social categorisation, deserve special protection. [...] Asylum-seekers differ to some extent from the above-identified "particularly vulnerable groups". They are not a group historically subject to prejudice with lasting consequences, resulting in their social exclusion. In fact, they are not socially classified, and consequently treated, as a group. For the reasons identified by the Court, it is possible that some or many asylum-seekers are vulnerable [...], but this does not amount to*

estabelecida em abstrato, considerando o facto de serem menores de 18 anos e requerentes de asilo, e não considerando as circunstâncias específicas do caso, como as experiências e idade concretas dos requerentes. Contudo, tem sido evidenciado que, na sua jurisprudência sobre requerentes de asilo posterior a *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, o TEDH frequentemente exige algum fator especial de vulnerabilidade, como a idade, a condição de saúde ou a incapacidade, não se bastando com a condição geral de requerente de asilo para dar específica relevância à vulnerabilidade em sentido favorável ao requerente⁵⁰.

Considerando especificamente a jurisprudência do TEDH, o recurso ao conceito de vulnerabilidade tem permitido, segundo LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, desenvolver um conceito mais robusto ou substancial de igualdade, sensível a situações de assimetria e de grupos em posição de desvantagem⁵¹. Essa abordagem manifesta-se, designadamente, na determinação de deveres positivos e/ou de proteção acrescida dos Estados perante grupos vulneráveis⁵², atendendo às específicas circunstâncias que determinam essa vulnerabilidade, já que, se a vulnerabilidade surge frequentemente associada à proibição de discriminação, vai para além dela, exigindo uma diferenciação que se traduz em medidas de proteção específica e acrescida de grupos em particular⁵³. Esta análise «sensível à assimetria» é visível no caso ora em análise, em que a particular vulnerabilidade dos requerentes, resultante de um cruzamento de fatores, foi considerada para avaliar se as específicas condições de detenção preenchiam o nível de severidade exigido pelo artigo 3.º, mas também para reforçar o controlo da proporcionalidade da medida de detenção ao abrigo do artigo 5.º da CEDH, e isto sem que tivesse sido autonomamente invocado o artigo 14.º da CEDH (proibição de discriminação)⁵⁴.

a rebuttable presumption with regard to the members of the "class". Asylum-seekers are far from being homogeneous, if such a group exists at all.»

⁵⁰ Vd. EKATERINA YAHYAOUÏ KRIVENKO, «Reassessing...», cit., pp. 203-206.

⁵¹ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, «Vulnerable groups...», cit., pp. 1074-1075. Para as autoras, esta abordagem sensível à assimetria permitiu ao Tribunal estabelecer deveres positivos e/ou de proteção acrescida dos Estados, e.g. no âmbito do artigo 3.º CEDH, reforçar o controlo do âmbito de proteção do direito do artigo 3.º e da proporcionalidade das medidas adotadas no âmbito do artigo 8.º e reduzir o âmbito da margem de apreciação em casos de discriminação. Em especial no que diz respeito ao artigo 3.º, e evocando o caso *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, veja-se o que escrevem na p. 1079: «Group vulnerability therefore acts as a magnifying glass: the ill treatment caused to the applicant looks bigger through the vulnerability lens.» Criticamente, discutindo o contributo do conceito para a realização da igualdade, EKATERINA YAHYAOUÏ KRIVENKO, «Reassessing...», cit., pp. 198 ss.

⁵² Sobre a discussão acerca da legitimidade do TEDH, enquanto tribunal nacional, para impor estes deveres de proteção de grupos vulneráveis, LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, «Vulnerable groups...», cit., pp. 1083-1084.

⁵³ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, «Vulnerable groups...», cit., p. 1076.

⁵⁴ Sobre este aspeto, EKATERINA YAHYAOUÏ KRIVENKO, «Reassessing ...», cit., pp. 200-201, mostra que o conceito de vulnerabilidade surge frequentemente sem associação ao artigo 14.º, o que, no seu entendimento, enfraquece a relação entre vulnerabilidade e igualdade.

5. Conclusão

Pela relação que estabelece entre ambos, o caso *A. Elmi e A. Abukar c. Malta* do TEDH apresenta-se como pretexto para uma reflexão cruzada sobre detenção e vulnerabilidade em contexto de asilo na jurisprudência de Estrasburgo.

Em particular, da Opinião de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE resulta a necessidade de reforçar a excecionalidade da detenção enquanto interferência severa na liberdade, afirmando a centralidade da pessoa e dos seus direitos face ao interesse da gestão das fronteiras, afastando a perceção do migrante como «inimigo» ou «criminoso»⁵⁵, e retirando daí as devidas consequências quanto ao recurso à figura da detenção de pessoas migrantes, em especial se requerentes de asilo. A aplicação de uma medida de detenção, sem levar em conta as circunstâncias do caso e a existência de medidas alternativas, não apenas viola o princípio da proporcionalidade, como, crê-se, consubstancia uma medida discriminatória assente na nacionalidade e no estatuto migratório⁵⁶.

A detenção deve ser escrutinada do ponto de vista da sua necessidade, ainda que uma especial vulnerabilidade não seja estabelecida. Contudo, como o caso em análise demonstra, a determinação da especial vulnerabilidade (intrínseca ou extrínseca) de indivíduos ou grupos contribui para intensificar o controlo das interferências em direitos fundamentais e para reforçar os deveres de proteção do Estado e, atendendo às circunstâncias que tornam os indivíduos mais frágeis (e também para as condições que podem torná-los mais capazes de reagir à adversidade), contribui para a realização da igualdade substancial.

6. Referências bibliográficas

- BOURBEAU, PHILIPPE. (2019). «Detention and immigration: Practices, crimmigration, and norms», in *Migration Studies*, 7 (1), pp. 83–99, <https://doi.org/10.1093/migration/mnx069>.
- COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS/COUNCIL OF EUROPE, CommDH/IssuePaper (2010)1, «Issue paper Criminalization of Migration in Europe: Human Rights implications» (prepared by Elspeth Guild), pp. 3-4, <https://rm.coe.int/16806da917>.
- COMMITTEE ON THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND MEMBERS OF THEIR FAMILIES. (2022). «General comment no. 5 (2021) on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention (CMW/C/CC/5)». <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/411/19/PDF/G2241119.pdf?OpenElement>.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. (2022). «Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Immigration», Council of Europe/European Court of Human Rights, <https://ks.echr.coe.int/web/echr-ks/immigration>.
- EUROPEAN LAW INSTITUTE. (2017). «Statement of the European Law Institute: Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law», www.europeanlawinstitute.eu.

⁵⁵ MARIA JOÃO GUIA e JOÃO PEDROSO, «A insustentável...», pp. 138-140, e Opinião do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE no caso *A. Elmi e A. Abubakar c. Malta*, cit., p. 49.

⁵⁶ Para uma análise da questão da discriminação, da perspetiva do Direito da UE, *vd.* EUROPEAN LAW INSTITUTE, «Statement...», cit., pp. 68 ss.

- FINEMAN, MARTHA ALBERTSON. (2017). «Vulnerability and Inevitable Inequality», in *Oslo Law Review*, 4 (3-2017), pp. 133-149, <https://doi.org/10.18261/issn.2387-3299-2017-03-02>.
- FINEMAN, MARTHA ALBERTSON. (2019). «Vulnerability and Social Justice», in *Valparaiso University Law Review*, 53 (2), pp. 341-370, <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol53/iss2/2>.
- FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY. (2015). «Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures», <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/alternatives-detention-asylum-seekers-and-people-return-procedures>.
- FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY/COUNCIL OF EUROPE. (2020). «Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration», https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-handbook-law-asylum-migration-borders-2020-ed_en.pdf.
- GIL, ANA RITA. (2016). «A detenção de imigrantes na jurisprudência nacional e internacional», in AA. VV., *O contencioso de direito administrativo relativo a cidadãos estrangeiros e ao regime da entrada, permanência, saída e afastamento do território português, bem como do estatuto de residente de longa duração*, Lisboa, CEJ, pp. 189 ss.
- GUIA, MARIA JOÃO e PEDROSO, JOÃO. (2015). «A insustentável resposta da “crimigração” face à irregularidade dos migrantes: uma perspetiva da União Europeia», in *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*, 23 (45), pp. 129-144, <https://doi.org/10.1590/1980-8585250319880004507>.
- GUILD, ELSPETH. (2018). «The UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: What Place for Human Rights?», in *International Journal of Refugee Law*, 30(4), pp. 661–663, p. 662, <https://doi.org/10.1093/ijrl/eeey049>.
- KOHN, NINA. (2014). «Vulnerability Theory and the Role of Government», in *Yale Journal of Law and Feminism*, 26 (1), pp. 1-27.
- KRIVENKO, EKATERINA YAHYAOU. (2022). «Reassessing the Relationship between Equality and Vulnerability in relation to Refugees and Asylum Seekers in the ECtHR: The MSS Case 10 Years On», in *International Journal of Refugee Law*, 34(2), pp. 192–214, <https://doi.org/10.1093/ijrl/eeac027>.
- LA SPINA, ENCARNACIÓN. (2021). «Migrant vulnerability or asylum seeker/refugee vulnerability? More than complex categories», in *Oñati Socio-Legal Series*, 11(6), pp. 82-115, <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1307>.
- LEÃO, ANABELA COSTA. (2022). «O Estado perante a vulnerabilidade», in *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), pp. 86–107, p. 89, <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1326>.
- MARQUES, PEDRO GARCIA. (2019). «Proibição de tratamento desumano e degradante», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Lisboa, Universidade Católica Editora, Vol. I, pp. 705-736.
- OLIVEIRA, SOFIA. (2020). «Refugiados e requerentes de asilo», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Lisboa, Universidade Católica Editora, Vol. III, pp. 2945-2968.
- PERONI, LOURDES e TIMMER, ALEXANDRA. (2013). «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», in *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), pp. 1056–1085, <https://doi.org/10.1093/icon/mot042>.
- REY MARTINEZ, FERNANDO; NETO, LUÍSA; LEÃO, ANABELA; CARVALHO, ANA SOFIA; GRACIA IBANEZ, JORGE e PEDRO, RUTE TEIXEIRA. (2021). *Direito antidiscriminatório*, Lisboa, AAFDL.
- SAMPSON, ROBYN e MITCHELL, GRANT. (2013). «Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales», in *Journal on Migration and Human Security*, 1(3), pp. 97–121, <https://doi.org/10.1177/233150241300100302>.

- UN COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION (CERD). (5 August 2004). *CERD General Recommendation XXX on Discrimination Against Non-Citizens*, <https://www.refworld.org/docid/45139e084.html>.
- UNHCR. (2012). *Detention Guidelines. Guidelines on the applicable criteria and standards relating to the detention of asylum-seekers and alternatives to detention*, p. 9, <https://www.unhcr.org/media/unhcr-detention-guidelines>.
- VEIGA, PAULA. (2021). «Proporcionalidade e direitos humanos: TEDH e margem de apreciação», in AA. VV., *O princípio da proporcionalidade*, coord. Dulce Lopes, Catarina Santos Botelho e Francisco Pereira Coutinho, Coimbra, FDUC/Instituto Jurídico, pp. 103 ss., www.doi.org/10.47907/clq2021_2.

Hirsi Jamaa e Outros c. Itália

O *non-refoulement* na perspectiva do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.
O voto do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque

DIÓGENES IVO FERNANDES DE SOUSA SILVA*

1. Introdução

Este artigo visa comentar aspetos do caso *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália* analisado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) no ano de 2012, no qual o Tribunal examinou, dentre outras coisas, a extraterritorialidade na aplicação da Convenção da ONU sobre os Refugiados (1951).

Naquela oportunidade, a Grande Câmara do TEDH apreciou demanda em que 11 migrantes da Somália e 13 da Eritreia (06/05/2009), vindos da Líbia, que haviam sido intercetados no mar Mediterrâneo (sul da Lampedusa) pelas autoridades italianas e sem maiores cerimónias foram deportados de volta à Líbia no mesmo dia do resgate.

Dentre vários problemas, os Demandantes queixaram-se de terem sido desumanizados com a expulsão coletiva, cuja proibição encontra-se prevista no artigo 4.º do Protocolo n.º 4 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), além de violação à regra do *non-refoulement* (art. 33.º, § 2, Convenção da ONU sobre os Refugiados – 1951).

Os Litigantes também alegaram que não tiveram nenhuma forma ao devido processo legal – forma e substantivo – por parte do estado italiano, violando também a garantia do pleno contraditório, uma vez que eles não puderam recorrer perante a autoridade competente de uma decisão arbitrária.

Ainda que o resgate tenha ocorrido no mar, o Tribunal considerou que os Requerentes caíram sob a jurisdição da Itália por efeitos do artigo 1.º (obrigação de respeitar os direitos humanos) da CEDH e deveriam ter o mínimo existencial resguardado.

* Doutorando na NOVA School of Law. Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Investidor bolsista pela FCT (2023). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes (Centro). Advogado Público no Estado do Rio de Janeiro.

2. Um panorama acerca dos direitos humanos

O processo político não é algo a ser feito sem as amarras e os limites conferidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Mesmo o DIDH abarcando pontos de vistas antagônicos e aparentemente inconciliáveis, um princípio fundante seu é a vedação ao retrocesso¹.

EDUARDO CAMBI² aponta a solidariedade como sendo uma fonte de integração social e política, de modo que cada indivíduo tenha consciência da sua dependência recíproca para com os membros da comunidade. Assim, as técnicas processuais e de direito material devem evoluir para possibilitar que os indivíduos possam influenciar as decisões políticas que os cercam.

Assim, o valor da solidariedade incute no ordenamento jurídico a responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupamento social. O seu fundamento ético encontra-se na ideia de justiça social, entendida como sendo uma necessidade de compensação entre bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos inerentes à existência da humanidade³.

A tessitura social de uma coletividade tem em seu bojo uma dissonância de interesses e, não raro, com várias intensidades de contradições, oposições e conflitos. O século XXI tem apresentado contradições e desafios com relação à construção de uma sociedade plural e que esteja apta a executar o respeito aos direitos humanos tão ardorosamente conquistados através de muita luta e sofrimento. Infelizmente

¹ «[P]or este princípio, que não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido». LUÍS ROBERTO BARROSO, 2001, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro, Renovar, p. 158.

² EDUARDO CAMBI, 2016, *Neoconstitucionalismo e o Neoprocessualismo: direitos fundamentais*, 3.^a ed., São Paulo, Almedina, p. 461.

³ «... Muitos dos direitos reivindicados, de dimensão formal e material, apresentam-se mesclados, pois alguns ainda nem sequer foram consagrados concretamente, outros já foram admitidos oficialmente, mas sem efetividade prática. Por conseguinte, a mobilização dos segmentos sociais proibidos e excluídos dos direitos implica tanto a luta para tornar efetivos os direitos proclamados e concebidos formalmente, que não são garantidos nem aplicados, quanto a exigência para impor novos direitos que ainda não foram contemplados por órgãos oficiais estatais e pela legislação positiva institucional. Por isso, em países como o Brasil, marcados por um cenário de colonialismo político, espoliação econômica e desigualdades sociais, nada mais natural que configurar a pluralidade permanente de conflitos, contradições e demandas por direitos. Direitos calcados em necessárias prerrogativas de liberdade e segurança (definição por um pauta de resistência a tradição de governos autoritários, violência urbana, criminalidade, dificuldades de acesso a justiça etc.), de participação política e democratização da vida comunitária (como contraposição às restrições burocráticas, poder econômico dirigente e o papel da mídia na condução dos processos eleitoral-participativos) e, finalmente, de direitos básicos de subsistência e de melhoria da qualidade de vida», ANTÔNIO CARLOS WOLKMER, 2015, *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do direito*, 4.^a ed., São Paulo, Saraiva, p. 177.

não são ocasionais⁴ os casos de violações expressas dos direitos fundamentais e humanos⁵.

Os direitos fundamentais⁶ não deveriam ser restritos⁷ à previsão formal legislativa. Os valores mínimos de convivência em sociedade deveriam ser fruto de uma ética universal, com salvaguarda de um padrão mínimo⁸ de convivência e harmonia. E para BOBBIO: «o problema fundamental em relação aos direitos do

⁴ «... sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e não nascidos de modo gradual, não de todos de uma vez e nem de uma vez por todas ... o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito a viver num ambiente não poluído ...», NORBERTO BOBBIO, 2004, *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier, p. 9.

⁵ Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/12/13/o-jogador-iraniano-condenado-a-morte-por-defender-direitos-das-mulheres.ghtml> (consultado em 15 de dezembro de 2022).

⁶ «“... direitos humanos” (ou direitos humanos fundamentais) e “direitos fundamentais”, reconhecendo, ainda mais uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas sim, dimensões íntimas e cada vez mais intercalados, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas. A luz das digressões tecidas, cumpre repisar, que se torna difícil sustentar que direitos humanos e direitos fundamentais (pelo menos no que diz com a sua fundamentação jurídico-positiva constitucional ou internacional, pois evidentes as diferenças apontadas) possam ser a mesma coisa, a não ser, é claro, que se parta de um acordo semântico no sentido de que direitos humanos e fundamentais são expressões sinônimas, atentando-se, contudo, para as devidas distinções em se tratando da dimensão internacional e nacional, quando for o caso. Assim, os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados e é sob tal perspectiva (não excludente de outras dimensões) ...», INGO WOLFGANG SARLET, 2015, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 12.^a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 35.

⁷ «Na lição de Ruy Barbosa, os direitos fundamentais consagram disposições meramente declaratórias (imprimem existência legal aos direitos reconhecidos). Já as garantias fundamentais contêm disposições assecuratórias (defendem direitos, evitando o arbítrio dos poderes públicos ... Certamente, pouco importa um direito fundamental ser reconhecido ou declarado se não for garantido, pois existirão momentos em que ele poderá ser alvo de discussão e até de violação ... Mas há casos em que direitos fundamentais interagem com os direitos institucionais, motivo pelo qual essa classificação não pode ser levada às suas últimas consequências no Brasil. Exemplo: o direito de expressão (CF, art. 5.^o IX) é indissociável da garantia de vedação à censura», UADI LAMEGO BULOS, 2017, *Curso de Direito Constitucional*, 10.^a ed., São Paulo, Saraiva, p. 532.

⁸ «... por outro lado a força – dom natural que o indivíduo não pode partilhar com os outros – pode enfrentar a violência com maiores possibilidades de êxito do que tem ao enfrentar o poder – seja heroicamente, dispondo-se a lutar e morrer, seja estoicamente, aceitando o sofrimento e desafiando todos os tormentos através da autossuficiência e do afastamento do mundo; em ambos os casos, a integridade e a força do indivíduo permanecem intactos. Só o poder pode efetivamente aniquilar a força, e portanto a força combinada da maioria é ameaça constante ao poder. O poder corrompe, de facto, quando os fracos se unem para destruir o forte, mas não antes. A vontade do poder, denunciada ou glorificada pelos pensadores modernos de Hobbes e Nietzsche, longe de ser uma característica do forte, é, como a cobiça

homem, hoje, não é tanto em justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político».

Mesmo após a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU – 1948), a Convenção sobre os Refugiados (ONU – 1951), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950), a Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969), entre outros instrumentos internacionais e nacionais, ainda existem severos problemas com a eficácia dos direitos humanos. Fatores reais de poder aliados ao poderio económico impedem a efetivação do mais basilar dos direitos.

Os conflitos armados, os desastres⁹ (climáticos¹⁰, naturais¹¹ e económicos), as contumazes violações dos direitos humanos, a instabilidade política e os ecossistemas em contínua degradação têm desencadeado, e continuarão a desencadear, grandes deslocações em todo o mundo.

Para a legislação internacional, a configuração de uma situação de refúgio tem implicações na existência de uma perseguição ou no seu fundado temor¹². De todo modo, a Diretiva 2004/83/CE do Conselho da União Europeia traz a seguinte definição¹³ sobre o que é um refugiado¹⁴, *verbis*:

e a inveja, um dos vícios do fraco, talvez o seu mais perigoso vício.» HANNAH ARENDT, 2001, *A Condição Humana*, Lisboa, Relógio D'Água Editores, p. 254.

⁹ Disponível em <https://www.politize.com.br/refugiados-ambientais/> (consultado em 01 de março de 2023).

¹⁰ «... Climate change can generate refugees in a number of ways. While the link between climate disasters and climate change is not necessarily easy to establish, rising temperatures are known to increase the frequency and intensity of weather-related disasters.» JOANNA APAP e SAMI JAMES HARJU, 2023, «The concept of 'climate refugee': Towards a possible definition», European Parliamentary Research Service. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2021\)698753](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2021)698753) (consultado em 11 de janeiro de 2023).

¹¹ «... Tendo dito isso, acrescentamos que o conceito de “refugiado ambiental”, não obstante ser incorreto legalmente, e talvez potencialmente cauteloso, teve grande impacto no discurso atual do ponto de vista da ecologia, porque colocou um rosto humano nas consequências das alterações climáticas. Vale ressaltar que a Bioética é uma disciplina que está voltada para o futuro, porém, sem perder de vista o presente, auxiliando constantemente na transformação de paradigmas, pela evolução da sociedade, visando sempre à proteção da dignidade humana ...», AZIZ NACIB AB'SABER, ADELIRIAN MARTINS LARA LOPES, WILLIAM SAAD HOSSNE, 2012, «O conceito de Refugiado Ambiental – é uma questão bioética?», in *Revista Bioethikos*, São Paulo, 6(4), pp. 409-415, pp. 409.

¹² «Assim, adotou-se a posição de que o temor subjetivo deve ser presumido (no sentido de que todos os solicitantes gozam dele *a priori* somente por terem solicitado refúgio) e que se deve proceder à verificação das condições objetivas do Estado do qual provém o solicitante em relação a ele para se chegar à conclusão de que esse temor é fundado (no sentido de comprovar que o temor subjetivo daquele indivíduo deve realmente existir).» LILIANA LYRA JUBILUT, 2007, *O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, São Paulo, Método.

¹³ Disponível em <https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/> (consultado em 04 de março de 2023).

¹⁴ «São pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados a questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou opinião política, como também devido à grave e generalizada violação de

Art. 2.º, c): «“Refugiado”, o nacional de um país terceiro que, receando com razão ser perseguido em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, convicções políticas ou pertença a determinado grupo social, se encontre fora do país de que é nacional e não possa ou, em virtude daquele receio, não queirapedir a protecção desse país, ou o apátrida que, estando fora do país em que tinha a sua residência habitual, pelas mesmas razões que as acima mencionadas, não possa ou, em virtude do referido receio, a ele não queira voltar, e aos quais não se aplique o artigo 12.º;»

Em se tratando do direito ligado à União Europeia, o direito ao asilo¹⁵ encontra-se previsto no art. 18.º e do *non-refoulement* no art. 19.2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Segundo PATRÍCIA NABUCO MARTUSCELLI¹⁶, o princípio do *non-refoulement*¹⁷ pode ser definido desta forma:

«... Contudo, com base em seus dois princípios fundamentais: o da não-discriminação quanto à raça, religião ou país de origem (artigo 3.º), e o da não-devolução (*non-refoulement* – artigo 33) para um local em que sua vida e direitos estejam ameaçados mesmo que o refugiado tenha entrado no país de maneira irregular e que ele não deverá ser punido por isso, interpreta-se que ela se aplica a qualquer refugiado independentemente de sua idade. Em diversos artigos, menciona-se a garantia de mesmo tratamento dado aos nacionais como a respeito de educação primária (artigo 22), que se aplicaria especificamente às crianças ...»

Nos termos do artigo 4.º das fronteiras no Código Schengen¹⁸, as atividades de controlo das fronteiras devem cumprir plenamente os requisitos da Conven-

direitos humanos e conflitos armados». Disponível em <https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/> (consultado em 20 de março de 2023).

¹⁵ «Asilo é o instituto pelo qual um Estado fornece imunidade a um indivíduo em face de perseguição sofrida por esse em outro Estado. Por ele o Estado tem o poder discricionário de conceder proteção a qualquer pessoa que se encontre sob sua jurisdição. É o que moderadamente denomina-se asilo político, uma vez que é concedido a indivíduos perseguidos por razões políticas. A grande diferença entre o asilo e o refúgio é natureza do ato de reconhecimento, sendo discricionário no caso do asilo, isto é, cabendo ao Estado decidir usando o poder soberano de conceder ou não. Já no refúgio, o ato é vinculado, isto é, o Estado não tem discricionariedade, deve obrigatoriamente reconhecer tal condição uma vez materializada algumas de suas hipóteses.» LILIANA LYRA JUBILUT, *O Direito Internacional dos Refugiados...*, cit. pp. 37 e 38.

¹⁶ PATRÍCIA NABUCO MARTUSCELLI, 2018, «Infância Como Categoria de Perseguição? Crianças Refugiadas e Proteção Internacional», in *Migrantes forçados: conceitos e contextos*, orgs. Liliana Lyra Jubilut, Fernanda de Magalhães Dias Frinhani e Rachel de Oliveira Lopes, Boa Vista, RR, Editora da UFRR.

¹⁷ «... The principle of non-refoulement required States to refrain from removing individuals without having assessed their circumstances on a case-by-case basis», TEDH, *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália*, 2019.

¹⁸ Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, que estabelece o código da União relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras

ção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) e às obrigações relacionadas com o acesso à proteção internacional¹⁹, em especial ao princípio da não repulsão. Vejamos o que disse o Professor PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE por ocasião do julgamento *Hirsi Jamaa c. Itália* ao ressaltar o conteúdo humanitário de uma política pública²⁰ migratória, *in verbis*:

«Under the European Convention, a refugee cannot be subjected to refoulement to his or her country of origin or any other country where he or she risks incurring serious harm caused by any identified or unidentified person or public or private entity. The act of refoulement may consist in expulsion, extradition, deportation, removal, informal transfer, “rendition”, rejection, refusal of admission or any other measure which would result in compelling the person to remain in the country of origin. The risk of serious harm may result from foreign aggression, internal armed conflict, extrajudicial death, enforced disappearance, death penalty, torture, inhuman or degrading treatment, forced labour, trafficking in human beings, persecution, trial based on a retroactive penal law or on evidence obtained by torture or inhuman and degrading treatment, or a “flagrant violation” of the essence of any Convention right in the receiving State (direct refoulement) or from further delivery of that person by the receiving State to a third State where there is such a risk (indirect refoulement).»

Neste quadro de ideias, os Refugiados²¹ buscando socorro²² não podem ser devolvidos arbitrariamente pelo Estado de onde saíram ou serem largados ao sabor dos acontecimentos. Existe todo um procedimento administrativo mínimo (Diretiva 2005/85/CE do Conselho da União Europeia)²³ a ser cumprido para que seja verificado se o postulante detém ou não a condição de refugiado, isto é, até à sua conclusão, o Estado que acolhe o refugiado tem a obrigação legal de promover a sua proteção.

Todavia, a realidade material tem demonstrado que esta regra elementar de humanidade tem sido continuamente desrespeitada e todos os refugiados, rigorosamente, são vítimas, independente da(s) causa(s) que os tenham tornado um

(Código das Fronteiras Schengen), JO L 77, de 23.3.2016, p. 1, alterado pelo Regulamento (UE) 2017/458 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, que altera o Regulamento (UE) 2016/399 no que diz respeito ao reforço dos controlos nas fronteiras externas por confronto com as bases de dados pertinentes, JO L 74, de 18.3.2017, p. 1.

¹⁹ Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/153/gestao-das-fronteiras-externas> (consultado em 26 de abril de 2023).

²⁰ Disponível em <https://eurocid.mne.gov.pt/politica-de-asilo> (consultado em 01 de março de 2023).

²¹ Disponível em <https://eurocid.mne.gov.pt/politica-de-asilo#toc-novo-pacto-em-mat-ria-de-migra-o-e-asilo> (consultado em 31 de dezembro de 2022).

²² Disponível em https://www.europarl.europa.eu/infographic/asylum-migration/index_pt.html#filter=2021 (consultado em 31 de dezembro de 2022).

²³ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0085> (consultado em 15 de março de 2023).

migrante forçado. Infelizmente²⁴, a Europa, para MAURIZIO AMBROSINI²⁵, só cumpre as regras relativas ao refúgio quando os refugiados são europeus.

O Relatório sobre o Asilo de 2022 da Agência para o Asilo da União Europeia²⁶ deixa claro que para os refugiados ucranianos foi criada solução excecional, isto é, para além das regras aplicáveis aos demais «refugiados normais não europeus». Vejamos:

«Na sequência da invasão russa da Ucrânia em fevereiro de 2022, milhões de pessoas deslocadas procuraram refúgio na UE através da Hungria, da Polónia, da Roménia e da Eslováquia. *Estes países responderam de forma extraordinariamente rápida, abrindo as suas fronteiras e permitindo a entrada no seu território.* Refletindo o empenho da UE em demonstrar total solidariedade com a Ucrânia, em 4 de março de 2022, o Conselho (Justiça e Assuntos Internos) deu seguimento à proposta da Comissão Europeia e adotou por unanimidade uma decisão de execução para introduzir um mecanismo de proteção temporária em resposta ao afluxo de pessoas deslocadas. A decisão prevê também a criação de uma plataforma de solidariedade, sob a coordenação da Comissão Europeia, através da qual os Estados-Membros trocam informações sobre as suas capacidades de acolhimento, bem como o número de pessoas que beneficiam de proteção temporária nos seus territórios. Em 2022, a Agência da União Europeia para o Asilo empenhou-se ativamente na facilitação do intercâmbio de informações sobre registos de proteção temporária entre países da UE+» (grifei).

Nas ex-colónias e nos países de capitalismo tardio, os Direitos Humanos, na prática, implicam numa declaração de intenções, isto é, muito mais um desejo do que uma realidade nas políticas de Estado, tornando a eficácia dos direitos humanos um desafio ainda maior²⁷, notadamente no processo de descolonização ocorrido na

²⁴ Disponível em <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2012/02/italy-historic-european-court-judgment-upholds-migrants-rights/> (consultado em 01 de janeiro de 2023).

²⁵ «... in the European debate, on the contrary, criticism has prevailed. Humanitarian actors, including NGOs, would be accessories of state policies aimed at keeping refugees distant from the First World, trapping them in inhospitable refugee camps and denying the possibility of accessing rights: they would cooperate in managing unwanted immigration (Agier, 2011). Or, in another version of the argument, they would soften both borders' closure and a generalized repression of undesirable human mobility by introducing some elements of compassion into immigration policies, at the price of treating migrants and refugees as victims (Fassin, 2005; 2011)», MAURIZIO AMBROSINI, 2022, «Humanitarian Help and Refugees: De-Bordering Solidarity as a Contentious Issue, *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, DOI: 10.1080/15562948.2022.2059823.

²⁶ Disponível em Asylum Report | European Union Agency for Asylum (europa.eu) (consultado em 27 de abril de 2023).

²⁷ «O aparecimento da nova nação e a delimitação das estruturas coloniais são o resultado ou de uma luta violenta do povo independente ou da ação, constritora para o regime colonial, da violência periférica adotada por outros povos colonizados. O povo colonizado não está só. A despeito do colonialismo, suas fronteiras permanecem permeáveis às novidades, aos ecos. Ele descobre que a violência é atmosférica, escala aqui e ali e derrota o regime colonial. Essa

segunda metade do século XX²⁸. A propósito da descolonização tardia dos Estados, FRANTZ FANON²⁹ tem o seguinte a dizer:

«O antigo país dominado transforma-se em país economicamente dependente. A ex-potência colonial que manteve intacto, e às vezes reforçou, circuitos comerciais de tipo colonialista admitem alimentar através de pequenas injeções o orçamento da nação independente ... O que conta hoje em dia, o problema que traça no horizonte é a necessidade da redistribuição da riqueza. A humanidade, sob pena de desmoronar, compete responder a essa indagação... se não se modificarem as condições de trabalho, serão necessários séculos para humanizar este mundo tornado anima pelas forças imperialistas.»

De forma valente e contra majoritária, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem feito o possível para dar um pouco mais de dignidade àqueles que foram obrigados a deixar o seu lar e a implorar por auxílio nas antigas metrópoles coloniais³⁰ (*Hirsi Jamaa c. Itália* – 2012; *Shazad c. Hungria* – 2021; *J.A e Outros c. Itália* – 2023).

A eficácia dos direitos humanos fica comprometida completamente quando existe uma desumanização, pior ainda quando romantizam³¹ efeitos completamente deletérios do capitalismo pintado numa tela colorida cheia de frases identitárias e agradáveis aos ouvidos, mas prejudiciais aos indivíduos. Neste ponto merece destaque a lição de MARK FISHER³²:

violência triunfante desempenha um papel não somente informador como também operativo para o colonizado...», FRANTZ FANON, 1968, *Os Condenados da Terra*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.

²⁸ «... The wave of decolonization in the 1960 renewed the debate on state succession. Should new countries be allowed to start with a “clean state” or should they be bound by the obligations of the preceding government? ... the renewed interest in state succession led to the drafting of the Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts of 1983. This convention suggested a specific treatment for debts linked to decolonization. The convention, however, never entered into force due to the low number of signatories ... Condition access to a market on exchange of favours is of course highly questionable, but at the beginning of the twentieth century it was not only frequent but also admitted as normal practice ... it is only recently that international law has begun to consider cases of corruption», KIM OOSTERLINCK, 2018, «The Historical Context of Sovereign Debt», in *Sovereign Debt and Human Rights*, Ilias Bantekas e Cephas Lumina (eds.), Oxford, OUP (online ed. Oxford Academic, 24 jan. 2019, <https://doi.org/10.1093/oso/9780198810445.001.0001>, consultado em 30 de novembro de 2022).

²⁹ FRANTZ FANON, *Os Condenados...*, cit., p. 78.

³⁰ Disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13440-2008-INIT/pt/pdf> (consultado em 31 de dezembro de 2022).

³¹ SABRINA FERNANDES, disponível em <https://teseonze.com.br/referencias/glossario015/> (consultado em 26 de janeiro de 2023).

³² MARK FISHER, 2009, *É Mais Fácil Imaginar o Fim do Mundo do Que o Fim do Capitalismo*, Autonomia Literária, 2009.

«O poder do realismo capitalista deriva, em parte, da maneira pela qual ele resume e consome toda a história anterior. Trata-se de um efeito de seu “sistema de equivalência geral”, capaz de transformar todos os objetos da cultura – quer sejam iconografia religiosa, pornografia ou *O capital* de Karl Marx – em valor monetário ... Os limites do capitalismo não são fixados de uma vez por todas, mas definidos (e redefinidos) de maneira pragmática e improvisada ...»

CEPHAS LUMINA³³ adverte que de nada adianta um tratado internacional fazer previsão de direitos se na prática os Estados-Membros não dispõem de um mínimo de paridade económica com os interlocutores, sendo assim, a *realpolitik* sempre sobressairá sob o manto de «sugestões» dadas pelos países ricos e placidamente «aceites» pelos Estados mais deficitários. Ainda sobre este tema, vejamos novamente o que diz FRANTZ FANON³⁴ sobre este tipo de relação assimétrica entre Estados:

«A verdade é que não devemos aceitar essas condições. Temos de recusar categoricamente a situação a que nos querem condenar os países ocidentais. O colonialismo e o imperialismo não estão quites connosco por terem retirado de nossos territórios as suas bandeiras e suas forças policiais. Durante séculos capitalistas comportaram-se no mundo subdesenvolvido como verdadeiros criminosos de guerra. As deportações, os massacres, o trabalho forçado, a escravidão foram os principais meios empregados pelo capitalismo para aumentar as suas reservas de ouro e diamante, suas riquezas e para firmar o seu poderio. Há pouco o nazismo transformou a totalidade da Europa numa colônia. Os governos das diferentes nações europeias exigiram reparações e reclamaram a restituição em dinheiro e em gêneros das

³³ «... In order for a development process to be characterized as “participatory”, however, the people must have control over its direction, rather than being merely consulted about policies or projects that have already been decided upon. Further, as one scholar has observed, there is no accountability when economic policy decisions are “externally imposed by international financial institutions which are far removed from the people in terms of effective remedial measures ... Development Goals, in many developing countries. Moreover, country ownership of national development strategies is undermined and the right to development violated when external actors (including creditors) influence economic policymaking or effectively restrict policy choices in indebted countries through their economic policy prescriptions or “suggestions indebted poor countries are often unable to participate in making the decisions that affect their lives and welfare, are deprived of control over their own natural resources, cannot assure basic public services for the needy and suffer the diversion of their resources to debt repayment constitute violations of the right to development ... In the absence of such change, the needs of millions around the world will continue to be subordinated to commercial and national interests and the right of every person to a social and international order in which the rights and freedoms enshrined in the Universal Declaration of Human Rights will remain illusory» Cephas Lumina, 2018, «Sovereign debt and human rights», in *Sovereign Debt and Human Rights*, Ilias Bantekas e Cephas Lumina (eds.), Oxford, OUP (online ed. Oxford Academic, 24 jan. 2019, <https://doi.org/10.1093/oso/9780198810445.001.0001>, consultado em 30 de novembro de 2022).

³⁴ FRANTZ FANON, *Os Condenados ...*, cit., p. 80.

riquezas que lhes tinham sido roubadas: obras culturais, quadros, esculturas, vitrais foram devolvidos a seus proprietários. Na boca dos europeus, logo em seguida a 1945, uma única frase: A Alemanha Pagará ...»

Apesar de o ser humano ter a capacidade inata de ser racional, de modo a se assegurar o autorrespeito e por via de consequência com os demais concidadãos, é imperativa a intervenção estatal na resolução dos conflitos entre os indivíduos e destes em face do Estado. Considerando as expediências imperialistas e pós-coloniais, é utópico pensar-se que a humanidade busca uma convivência harmônica para com os seus semelhantes, sendo guiada unicamente por um postulado do bem comum geral e permeado de equidade.

O direito moderno deve ser aplicado não só com base nas normas previamente estabelecidas, com a devida razoabilidade e proporcionalidade, respeitando-se não apenas a dialética processual, mas também os direitos humanos. A cultura do diálogo democrático possibilita levar a inevitável composição dos conflitos e atritos sociais a um patamar de entendimento mais justo do que apelos à força bruta. E isto apenas é possível se a política estatal não for permeada de autoritarismo e com uma cidadania ativa. E nas palavras de BOBBIO³⁵:

«A democracia moderna repousa na soberania *não do povo, mas dos cidadãos*. O povo é uma *abstração*, que foi frequentemente utilizada para encobrir realidades muito diversas. Foi dito que após o nazismo a palavra *Volk* tornou-se impronunciável ... Mas o que o povo tem a ver com os cidadãos de uma democracia contemporânea ... Numa democracia moderna, quem toma as decisões coletivas diretamente ou indiretamente são sempre os cidadãos *uti singuli* quando depositam o seu voto na urna ...»

A obediência cega ao texto legal ajudou a elevar e manter regimes fascistas, especialmente na Europa do século xx. Uma hermenêutica unicamente centrada no positivismo jurídico implicou num franco autoritarismo sancionado pelo Estado, num viés de confirmação para justificar os abusos perpetrados e na eliminação dos acusados de serem inimigos do Estado. Desta feita, não basta à mera existência de um Estado de leis, mas sim um Estado Democrático de Direito com irrestrito respeito aos direitos fundamentais. Ao estudar o direito penal nazista, o prof. EUGENIO ZAFFARONI, leciona o seguinte³⁶:

«... A cegueira ao direito nos tempos do nazismo, não era nenhuma ficção, mas sim uma exigência real emanada pela comunidade do povo. O sistema social nazista não podia tolerar que nenhum dos seus subsistemas o desequilibrasse, ignorando as principais bases das suas absurdas exigências éticas convertidas em jurídicas ...»

³⁵ NORBERTO BOBBIO, *A Era dos Direitos ...*, cit., p. 51.

³⁶ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, 2019, *Doutrina Penal Nazista: A dogmática alemã entre 1933 a 1945*, Florianópolis, Tirant lo Blanch.

Neste sentido, o prof. EUGENIO ZAFFARONI³⁷ adverte que na atualidade há certa indiferença social, desencadeada por um discurso³⁸ de pseudoneutralidade frente ao sistema jurídico-político. Para este professor, a simplificação de todos os conflitos sociais em troca de uma aparente visão de confiança pública ao sistema de poder pode acarretar a irracionalidade extrema de tratar qualquer dissidente como se fosse um traidor do regime³⁹. Neste ponto, merece destacar a reflexão proposta por ALEXANDER SOMEK⁴⁰:

«... a reminder of the currently predominant view in order. Today, the shift of focus from liberty to dignity and human rights is believed to bespeak an intention to react appropriately to the holocaust. Such post-war shift may be observed both in the context of the german constitution and in a larger context. It seems to have rise to an international community that claims to have overcome the evil state-centered world of the past. This community gradually supplants sovereignty with subsidiarity or “humanity” as its major organizing principle. It places the vulnerable individual at the center of the international order. It prioritizes morality over politics and accords precedence to human rights vis-à-vis national self-determination. Sovereign states are perceived to be under an unconditional international obligation guaranteeing their subjects essential human rights. The essence of this obligation is believed to be prevention of cruelty and the preservation of bare human life against persecution and atrocities perpetrated by either governments or social groups ...»

A falta de dialética material e histórica na análise dos factos fatalmente levará a enxergar-se a realidade com uma perspectiva pueril, reducionista e idealista.

³⁷ «... não há nenhuma pessoa asséptica, não ideológica, não partidária e neutra, pelo menos em estado de relativa saúde mental, posto que todo ser humano participa da sociedade, aceita ou rechaça valores, tem certa cosmovisão e não outra, etc. Ou seja: todo ser humano é humano e não pode deixar de sê-lo embora queira. O estudo da coerência jurídica penal nazista e do seu marco ideológico nos mostra os riscos de tentar o afastamento da tempestade romantismo jurídico vociferante, não para reforçar a racionalidade, mas sim para refugiar-se debaixo das árvores da técnica pura que, como se sabe, é desaconselhável, porque atrai raios ...», EUGENIO RAUL ZAFFARONI, *Doutrina Penal Nazista ...*, cit.

³⁸ Disponível em https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/fighting-disinformation_pt (consultado em 07 de agosto de 2020).

³⁹ «... o positivismo se contentava em detectar a entidade patogênica naturalmente perigosa que estava causando ou podia causar um dano social, porque se iludia com uma sociedade sistêmica ou organismo social agredido. O nazismo, em lugar disso, queria detectar o resistente infiel ao programa de reinstalação do sistema que devia impor-se conforme a natureza ordenava ... O direito penal positivista procurava perigosos para o organismo social (perigosos para um sistema que imaginavam existente), o nazista procurava infiéis ao programa orgânico do partido ...», EUGENIO RAUL ZAFFARONI, *Doutrina Penal Nazista ...*, cit.

⁴⁰ ALEXANDER SOMEK, 2014, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, OUP, p. 153.

3. O voto do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque no caso *Hirsi Jamaa c. Itália*

Com a positivação dos Direitos Humanos, eles deixam de ter um caráter meramente moral, ideológico ou simbólico, tal como acontecia nas primeiras décadas do século xx. Nesta toada, sem normativa específica (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – 1966, etc.), os direitos humanos servem apenas como norte de conduta, isto é, uma perfumaria retórica.

Neste sentido, os padrões unicamente morais são extremamente subjetivos e ligados geralmente a aspetos culturais, razão pela qual não podem mais ser usados como validador de determinados atos.

A garantia e o respeito aos direitos fundamentais e humanos não se desenvolvem por mero passar dos anos ou com a experiência de uma sociedade em virtude de alguns acidentes históricos ocasionais. Cada marco legal deve ser pautado com um canino resguardo defensivo, seja contra os interesses do imperialismo, colonialismo^{41/42} ou do senso comum⁴³.

De todo modo, só uma cidadania ativa consciente dos direitos que tem, e dos que pode vir a conquistar mediante contínua organização social, é que tem o real poder para frear os abusos do Estado e das classes dominantes contra a classe oprimida. No pior dos cenários, caso as condições materiais não permitam elidir a opressão, a cidadania deve servir ao menos para mitigar os efeitos da exploração, notadamente aquela tida como inevitável: da mão de obra frente aos insaciáveis desejos do capital.

Para ARENDT⁴⁴, a eficácia dos direitos humanos não pode ficar adstrita ao poderio económico do indivíduo ou do seu grupo. Quem tem fortuna compra um privilégio

⁴¹ Disponível em <https://unric.org/pt/descolonizacao/> (consultado em 20 de dezembro de 2022).

⁴² «1. A sujeição de povos à subjugação, exploração e domínio estrangeiros constitui uma negação dos direitos humanos fundamentais, é contrária à Carta das Nações Unidas e compromete a causa da promoção da paz e cooperação mundiais;», ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais*, <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-indepcolonial.pdf> (consultado em 20 de dezembro de 2022).

⁴³ «A virulência reacionária diz que os Direitos Humanos apenas protegem os bandidos, que os Direitos Humanos deveriam ser destinados apenas aos “cidadãos de bem”, que os “Direitos Humanos são apenas para os humanos direitos”, dentre outros discursos truculentos, tacañhos e hipócritas. Afinal, volta e meia um fanfarrão apregoador da moral e dos bons costumes é desmascarado em sua ignomínia moral e todo o castelo de cartas de sua vida infame se desfaz. A estupidez reacionária acusa os partidos de esquerda de promotores e legitimadores do banditismo ...», RENATO NUNES BITTENCOURT, 2018, «Os Direitos Humanos e seus desconfortos», *Revista Espaço Acadêmico*, v. 18, n. 211, pp. 61-67, 6 dez. 2018, <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/45658/751375138738> (consultado em 07 de dezembro de 2022).

⁴⁴ «Os Direitos do Homem, supostamente inalienáveis, mostraram-se inexecutáveis – mesmo nos países cujas constituições se baseavam neles – sempre que surgiam pessoas que não eram cidadãos de algum Estado soberano. A esse fato, por si já suficientemente desconcertante, deve acrescentar-se a confusão criada pelas numerosas tentativas de moldar o conceito de direitos humanos no sentido de defini-los com alguma convicção, em contraste com os direitos do cidadão, claramente delineados. [] O que era sem precedentes não era a perda do lar,

e tem, por consequência natural, uma afronta à isonomia do trato com o Estado em relação a quem não dispõe de recursos financeiros para obter a mesma coisa.

Sendo um direito humano universal por excelência, ele abarca qualquer pessoa, atingindo assim uma igualdade formal e material, facto este que possibilita o exercício da cidadania real.

Por essa razão, o carácter universal dos direitos humanos subsiste independente, via de regra, de relações económicas do indivíduo para com o Estado no que tange o exercício da cidadania e a consequência eficácia jurídica daqueles direitos.

Não há iniquidade material e moral maior do que ter de comprar a própria dignidade e o respeito ser quantificado pela opulência da fortuna material.

Neste sentido, a construção histórica e a luta material na edificação dos direitos são quem ditam os rumos da sociedade global. Com o fim a 2.^a Guerra Mundial ainda existiam colónias e ditaduras fascistas envergonhadas, a exemplo de Portugal⁴⁵ e Espanha.

Muito embora HANNAH ARENDT não tenha proposto um sistemática ou diretamente sugerido a ideia da criação de um sistema de proteção aos direitos humanos, enquanto ordenamento jurídico internacional organizado, ao analisar e defender a imperiosidade de proteção do indivíduo contra os abusos do Estado, a consequência natural da defesa do «direito a ter direitos» foi a construção de uma organização visando protegê-los⁴⁶.

Em linhas gerais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969) visam oferecer o arcabouço jurídico necessário para reforçar o compromisso dos Estados com os direitos humanos, não obstante as normas de direito interno de cada país.

Na sequência da criação do Conselho da Europa (1949), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (arts. 19.º e ss. da CEDH) é o produto de uma histórica integração

mas a impossibilidade de encontrar um novo lar. De súbito revelou-se não existir lugar algum na terra aonde os emigrantes pudessem se dirigir sem as mais severas restrições, nenhum país ao qual pudessem ser assimilados, nenhum território em que pudessem fundar uma nova comunidade própria.» HANNAH ARENDT, 2012, *As Origens do Totalitarismo: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras, p. 327.

⁴⁵ «... Além disso, sem a posição internacional da Alemanha como uma potência mundial bem-sucedida e em ascensão, o fascismo não teria tido impacto sério fora da Europa, nem teriam os governantes reacionários não fascistas se dado o trabalho de posar de simpatizantes fascistas, como quando Salazar de Portugal alegou, em 1940, que ele e Hitler estavam “ligados pela mesma ideologia” ...», ERIC HOBBSBAWN, 1994, *A Era dos Extremos. O Breve Século XX: 1914-1992*, 2.^a ed., São Paulo, Companhia das Letras, p. 96.

⁴⁶ «... pode-se afirmar que o núcleo elementar do valor dignidade da pessoa humana é composto pelo mínimo existencial, expressão que identifica o conjunto de bens materiais e imateriais, além das utilidades básicas indispensáveis ao desenvolvimento autónomo e digno da pessoa humana, bem como o reconhecimento recíproco dos indivíduos numa sociedade. O mínimo existencial não é um conceito eminentemente individual (particular), sendo possível afirmar que, sem um padrão mínimo de bem estar, as pessoas não podem exercer, na sociedade, seu papel de cidadãos, tampouco se colocar na posição de igualdade com os demais cidadãos.» EDUARDO CAMBI, *Neoconstitucionalismo e o Neoprocessualismo ...*, cit., p. 487.

cooperativa entre os Estados europeus. CATARINA SANTOS BOTELHO⁴⁷ considera que aquele Tribunal é um órgão jurisdicional mais longo e com maior sucesso no sistema de defesa dos direitos humanos a nível global. E arremata da seguinte maneira sobre a evolução do direito internacional moderno⁴⁸:

«Se o direito internacional começou a ser balizado pelo princípio da não ingerência – que o limitava à relação entre Estados, protegendo os seus nacionais ou residentes apenas indiretamente, através dos vínculos de cidadania ou da residência – evoluiu copernicamente, ao permitir que os indivíduos sindicassem violações de direitos humanos perpetradas pelo próprio Estado. Por consequente, podemos dizer que os indivíduos são genuínos sujeitos de direito internacional.»

Não obstante a controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, este possui atualmente (2023) jurisdição sobre 46 países. Em 16/03/2022, a Federação Russa foi expulsa em virtude da invasão da Ucrânia⁴⁹, sendo certo que o Tribunal permanece competente para julgar eventuais infrações contra a Rússia até 16/09/2022.

O arcabouço jurídico do TEDH não fica restrito à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O ecossistema normativo, como se tratam de direitos humanos, engloba todos os tratados internacionais ligados à matéria que servem para irradiar ainda mais a legitimidade positiva das normas de apoio.

Numa era de globalização de direitos e obrigações, os tribunais, de uma maneira geral, têm se dedicado a apreciar questões que no passado seriam vistas como mera política.

Não obstante o consenso dos Estados sobre o controlo de fronteiras e os fluxos migratórios, arbítrios não podem ser tolerados, muito menos quando violam expressamente a Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁵⁰. O caso *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália* (n.º 27765/09) foi analisado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) no ano de 2012.

Naquela oportunidade, a Grande Câmara do TEDH apreciou uma demanda aonde, pelo menos, 11 migrantes da Somália e 13 da Eritreia (06/05/2009), vindos da Líbia, foram intercetados no mar Mediterrâneo (sul da Lampedusa) pelas

⁴⁷ CATARINA SANTOS BOTELHO, 2020, «Jurisdição», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. III, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 3030.

⁴⁸ CATARINA SANTOS BOTELHO, «Jurisdição...», cit., p. 3033.

⁴⁹ Disponível em https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_ENG.pdf (consultado em 03 de janeiro de 2022).

⁵⁰ «Immigration and border control is a primary State function and all forms of this control result in the exercise of the State's jurisdiction. Thus, all forms of immigration and border control of a State party to the European Convention on Human Rights are subject to the human rights standard established in it and the scrutiny of the Court regardless of which personnel are used to perform the operations and the place where they take place.» Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22:%5B%22001-109231%22%5D%7D> (consultado em 24 de fevereiro de 2023).

autoridades italianas. Os refugiados, sem maiores cerimónias, foram deportados de volta à Líbia no mesmo dia do resgate, independentemente da análise de preenchimento da condição de refugiado e se a entrega no porto de destino ofereceria perigo à integridade física daqueles indivíduos.

Dada a herança colonial, é notório⁵¹ que a Somália e a Eritreia atravessam uma situação periclitante⁵², forçando os nacionais⁵³ a deixarem o seu lar, obrigados a fugir para sobreviver. Ao fim e ao cabo, aqueles infelizes viajantes queriam sair da miséria.

Dentre vários problemas, os Demandantes queixaram-se, em particular, de terem sido desumanizados com a expulsão coletiva, cuja proibição encontra-se prevista no artigo 4.º do Protocolo n.º 4 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), além da violação da regra do *non-refoulement* (art. 33.º, § 2, Convenção da ONU sobre os Refugiados – 1951).

Os Litigantes também alegaram que não tiveram de nenhuma forma acesso ao devido processo legal – forma e substantivo – por parte do estado italiano, violando também a garantia do pleno contraditório, uma vez que eles não puderam recorrer perante a autoridade competente de uma decisão arbitrária.

Ainda que o resgate tenha ocorrido no mar, o Tribunal considerou que os Requerentes caíram sob a jurisdição da Itália por efeitos do artigo 1.º (obrigação de respeitar os direitos humanos) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e deveriam ter o mínimo existencial resguardado. Considerando a dinâmica dos factos, só faltou a Itália defender que teria feito muito em ter resgatado as pessoas no mar e não que era a sua obrigação fazer mais. Isso tudo sem considerar o que determina o art. 98.º da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar (1982).

No Acórdão do TEDH ora estudado (n.º 27765/09), restaram incontroversas⁵⁴ as condições adversas em que a Líbia se encontrava e que jamais representavam um terreno seguro para turismo, muito menos para se deixar outras pessoas que estavam justamente fugindo daquele continente por intermédio dos portos líbios; vejamos:

⁵¹ Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2009/03/1299781> (consultado em 12 de fevereiro de 2023).

⁵² Disponível em <https://www.acnur.org/portugues/2009/07/30/conflito-na-somalia-forca-saida-de-refugiados-pelo-golfo-de-aden/> (consultado em 20 de março de 2023).

⁵³ Disponível em <https://unicrio.org.br/acnur-sauda-decisao-de-condenar-italia-por-retornar-refugiados-em-2009-sem-avaliar-riscos-de-vida/> (consultado em 10 de fevereiro de 2023).

⁵⁴ «136. Having regard to the foregoing, the Court considers that in the present case substantial grounds have been shown for believing that there was a real risk that the applicants would be subjected to treatment in Libya contrary to Article 3. The fact that a large number of irregular immigrants in Libya found themselves in the same situation as the applicants does not make the risk concerned any less individual where it is sufficiently real and probable (see, *mutatis mutandis*, Saadi, cited above, § 132).

137. Relying on these conclusions and the obligations on States under Article 3, the Court considers that, by transferring the applicants to Libya, the Italian authorities, in full knowledge of the facts, exposed them to treatment proscribed by the Convention.»

«156. In view of the foregoing, the Court considers that, when the applicants were transferred to Libya, the Italian authorities knew or should have known that there were insufficient guarantees protecting the parties concerned from the risk of being arbitrarily returned to their countries of origin, having regard in particular to the lack of any asylum procedure and the impossibility of making the Libyan authorities recognise the refugee status granted by UNHC.»

In casu, o Tribunal asseverou que o estado italiano sabia que os Requerentes tinham o potencial de sofrerem abusos⁵⁵ e que poderiam pagar com a própria vida. Mas optou por agir de forma desumanizada e cruel. Mesmo assim, a Grande Câmara apenas se pronunciou sobre a expulsão coletiva. Não deu o devido enfrentamento à violação da regra da não devolução.

Para a Grande Câmara, deveria ser deixado para a discricionariedade do Estado italiano não só a verificação das condições hostis ou não da Líbia para com os postulantes, mas sim, acreditar na palavra do Estado Líbia de que nada de mal aconteceria com os Requerentes...

Detalhe: a Líbia não subscreveu a Convenção da ONU sobre os Refugiados (1951)!

Dentre várias intervenções, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ao votar no caso *Hirsi Jamaa*, pontuou solitariamente em seu voto apartado não só o direito de primogenitura de um humano ter um tratamento com o mínimo de dignidade, isto é, de não ser tratado como uma *res*, mas com a humanidade que nos é inerente. Logo, para aquele professor, uma expulsão coletiva é tão reprovável quanto a ofensa ao *non-refoulement*. O Estado italiano tem a obrigação imperativa de agir e não meramente de se comprometer em abstrato. Vejamos o que disse aquele eminente Julgador:

« If there were ever a case where concrete measures for execution should be set by the Court, this is one. The Court considers that the Italian Government must take steps to obtain assurances from the Libyan government that the applicants will not be subjected to treatment incompatible with the Convention, including indirect refoulement. This is not enough. The Italian Government also have a positive obligation to provide the applicants with practical and effective access to an asylum procedure in Italy.»

⁵⁵ «150. It observes that, according to UNHCR and Human Rights Watch, individuals forcibly repatriated to Eritrea face being tortured and detained in inhuman conditions merely for having left the country irregularly. As regards Somalia, in the recent case of *Sufi and Elmi v. the United Kingdom* (nos. 8319/07 and 11449/07, 28 June 2011) the Court noted the serious levels of violence in Mogadishu and the increased risk to persons returned to that country of being forced either to transit through areas affected by the armed conflict or to seek refuge in camps for displaced persons or refugees, where living conditions were appalling. 151. The Court considers that all the information in its possession shows *prima facie* that the situation in Somalia and Eritrea posed and continues to pose widespread serious problems of insecurity. That finding, moreover, has not been disputed before the Court.»

Assim, a postura da Itália violou expressamente a regra do *non-refoulement* (art. 33.º, § 2, Convenção da ONU sobre os Refugiados – 1951). Naquele voto ficou consignado que o refugiado ostenta esta condição ainda que, perante a burocracia estatal, não seja reconhecida, *ipsis litteris*:

«There is no legitimate reason to protect “de jure refugees” better than “de facto refugees”, since they all share the same need for international protection. Any difference of treatment would result in the creation of a second class of refugees, subject to a discriminatory regime. The same conclusion applies to situations of mass influx of refugees. Groups of refugees cannot be subject to a diminished status based on an “inherent” mass-influx exception to “genuine” refugee status.»

O *non-refoulement* é aplicado para prevenir danos à integridade física e à vida humana quando há mero risco deles ocorrerem. Deve preservar-se a vida e a integridade do solicitante em primeiro lugar, sob pena do perecimento do bem da vida.

O trâmite processual para o acolhimento ou não do indivíduo é adjacente à situação concreta, razão pela qual o migrante forçado deve – dentro do procedimento administrativo adequado – ser cautelarmente posto a salvo no território onde se deu o resgate.

Nos termos da Diretiva n.º 83 de 2004 do Conselho da Europa⁵⁶, constitui falsa polémica asseverar que existem diferenças entre um refugiado juridicamente reconhecido (*ipso jure*) e um que ainda não tenha sido submetido ao tal processo (*ipso facto*). Novamente se faz necessária trazer à baila a arguta fundamentação posta no voto do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE no caso acima citado:

«... As the determination of refugee status is merely declaratory, the principle of non-refoulement applies to those who have not yet had their status declared (asylum-seekers) and even to those who have not expressed their wish to be protected. Consequently, neither the absence of an explicit request for asylum nor the lack of substantiation of the asylum application with sufficient evidence may absolve the State concerned of the non-refoulement obligation in regard to any alien in need of international protection.»

Outro ponto bastante significativo apontado no voto supracitado tem relação com a vedação a expulsões coletivas de refugiados. Se não pode ocorrer a devolução de uma só pessoa, muito menos de uma massa de indivíduos.

Segundo o Professor PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, a obrigação de *non-refoulement* tem duas consequências processuais: o dever de informar o estrangeiro sobre os seus direitos de obter proteção internacional e o dever de proporcionar um estatuto de refugiado individual, justo, e um eficaz processo de determinação e avaliação. Restou comprovado no caso em tela que nenhum desses dois passos principais foi sequer ofertado aos ofendidos Hirsi Jamaa e seus companheiros.

⁵⁶ «O reconhecimento do estatuto de refugiado é um acto declarativo.» Directiva 2004/83/CE do Conselho da União Europeia.

Para o exato cumprimento do *non-refoulement* há a necessidade de uma avaliação profunda de risco pessoal de dano a integridade dos postulantes, procedendo assim com uma análise cuidadosa e individualizada. Sem contar que o refugiado deve ter acesso ao mínimo para apresentar o seu caso, inclusive com garantias da ampla defesa (direito à audiência e de ser assistido por advogado), contraditório (trinómio: informação, reação e consideração), motivação da decisão, publicidade, duração razoável do processo.

A legislação deve prestigiar a liberdade das formas, mas atendendo a pequenos formalismos, de modo a salvaguardar o devido processo legal e os seus corolários. A agilidade encontra-se ainda numa quantidade mínima de entraves burocráticos, sem esquecer, obviamente, da qualidade técnico-jurídica das decisões. Neste ponto, faz-se pertinente citar a advertência do prof. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁵⁷:

«A técnica processual, por sua vez, reclama a observância das formas (procedimentos) mas estas se justificam apenas enquanto garantias do adequado debate em contraditório e com ampla defesa. Não podem descambar para o formalismo doentio e abusivo empregado não para cumprir a função pacificadora do processo, mas para embaraçá-la e protelá-la injustificadamente. Efetivo, portanto, é o processo justo, ou seja, aquele que, com a celeridade possível, mas com respeito a segurança jurídica (contraditório e ampla defesa), “proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”. É antiga, mas nunca se cansa de repeti-la, a clássica lição de Chiovenda, segundo a qual o processo tem de dar ao litigante, tanto quanto possível, tudo o que tem direito de obter segundo as regras substanciais.»

Desta maneira, a avaliação do risco pessoal de dano à integridade física só terá lugar se os estrangeiros tiverem acesso a um processo justo e eficaz através do qual os seus casos sejam considerados individualmente.

Não é destempero pontuar que a proibição da expulsão coletiva de estrangeiros está prevista no artigo 4.º do Protocolo n.º 4 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no artigo 19.º § 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no artigo 12.º § 5 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, no artigo 22.º § 9 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 26.º § 2 da Carta Árabe dos Direitos Humanos, no artigo 25.º § 4 da Comunidade de Convenção dos Estados Independentes sobre Direitos Humanos e Fundamentais Liberdades e no artigo 22.º § 1 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias.

Não é por falta de previsão normativa sobre a vedação de expulsões coletivas. Faltam caráter e vontade política de se remediar uma situação político-económica que não foi causada pelos migrantes forçados, que não raro tem origem em países espoliados, pobres e de desenvolvimento minado pelos interesses escusos do capital.

⁵⁷ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR., 2017, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 58.^a ed., São Paulo, Forense, p. 24.

Restando incontroversa a aplicação do princípio do *non-refoulement* a qualquer ação do Estado, deve-se logicamente passar para concluir que a garantia processual da avaliação individual do asilo reivindicado e a consequente proibição de expulsão coletiva não se limitam ao território terrestre e marítimo de um Estado, mas também aos resgates feitos no alto-mar.

Assim, ao contrário do que foi feito pelas autoridades italianas, o sr. Hirsi Jamaa e os demais deveriam ter sido abrigados no território até o final do procedimento de refúgio. Durante a tramitação da demanda perante o TEDH, o sr. Hirsi Jamaa e outras 23 pessoas obtiveram o reconhecimento do seu ingrato estatuto de refugiado.

Como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos está ligada umbilicalmente à defesa da dignidade da pessoa humana, não podem os Estados reduzir a Convenção a uma proclamação abstrata de direitos. A força vinculativa dos acórdãos do TEDH na atuação no direito interno dos países deve servir como balizador da jurisprudência dos tribunais internos dos Estados subscritores daquele Tratado.

Tomando por base a história do pós-fascismo⁵⁸, comprova-se que deixar para cada Estado a guarda dos direitos humanos é, para dizer o mínimo, temerário diante das consequências do equilíbrio de forças dentro dos meandros dos fatores reais de poder que norteiam a condução das políticas públicas e económicas de cada Estado.

Mesmo com a condenação no caso *Hirsi Jamaa e Outros* (2012), a Itália em 2023 foi novamente condenada por continuar promovendo expulsões em massa.

No caso *J.A. e Outros c. Itália* (n.º 21329/18), em outubro de 2017, os requerentes deixaram a Tunísia em embarcações improvisadas. Enquanto no mar, eles tiveram problemas e precisaram ser resgatados por um navio italiano. Eles foram levados para a ilha italiana de Lampedusa para a identificação inicial, registo e entrevista de migrantes. Eles foram colocados lá por dez dias, durante os quais alegam que não puderam sair e interagir com as autoridades.

No caso concreto, o Tribunal considerou que o governo italiano não trouxe elementos probatórios para ilidir as alegações das vítimas ou que a sua presença ali era considerada detenção que não tenha sido resultado de uma ordem oficial, nem que tenha sido um período limitado para esclarecer a sua situação ou encaminhá-los para outro local, conforme exigido por lei.

Houve *in casu* uma recusa genérica de entrada e reconhecimento da condição de refugiados, situação que o Tribunal interpretou como sendo equivalente a uma expulsão coletiva. Vejamos o que diz o Acórdão no que interessa:

⁵⁸ «O pós-fascismo não esconde sua propensão ao autoritarismo: ele reivindica um poder forte, leis de segurança especiais, etc. Mas abandonou a antiga estrutura ideológica – essa é uma verdadeira ruptura com o fascismo arquetípico para adotar a democracia e os valores herdados pelo iluminismo. Na era pós-totalitária dos direitos humanos, isso lhe proporciona respeitabilidade. O colonialismo clássico ocorreu em nome do progresso, na França, do universalismo republicano. Essa é a tradição com a qual o pós-fascismo tenta unir ... essa extrema direita em transformação, convivem islamofobia *gay-friendly* e a homofobia ...», ENZO TRAVERSO, 2017, *As Novas Faces do Fascismo: populismo e a extrema direita*, trad. de Mônica Fernandes, Belo Horizonte, Âyiné, p. 106.

«106. The Court reiterates that collective expulsion, within the meaning of Article 4 of Protocol No. 4, is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken following, and on the basis of, a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group (see *N.D. and N.T. c. Spain* [GC], nos. 8675/15 and 8697/15, §§ 193-201, 13 February 2020, and the cases cited therein). Moreover, Article 4 of Protocol No. 4 does not guarantee the right to an individual interview in all circumstances and the requirements of this provision may be satisfied where each alien has a genuine and effective possibility of submitting arguments against his or her expulsion and where those arguments are examined in an appropriate manner by the authorities of the respondent State (see *Khlaifia and Others*, cited above, § 248).

107. In the present case, the applicants stated that no interview was held with the authorities before they signed the refusal-of-entry orders, of which they received no copy. The Court notes that the Government did not contest the information submitted by the applicants in this Respect.»

Uma vez mais, a Itália foi condenada pelo tratamento desumano e degradante aqueles migrantes. Para RON HIRSCHL⁵⁹, a judicialização da política traz como um fator negativo a polarização movida pelo ímpeto desenfreado da paixão. Contudo, a omissão de um Tribunal – por definição contra majoritário – na atuação no caso concreto seria uma insuportável iniquidade e injustiça.

Num regime em que impera o Estado Democrático de Direito, é inerente da atuação do Judiciário para alterar a realidade. Interpretando a norma de acordo com os direitos humanos e fundamentais. Uma atuação jurisdicional tímida e envergonhada serve apenas a tiranos. Um juiz que atua com covardia não passa de um publicitário de toga das políticas do governo de ocasião.

A eficácia dos julgados de qualquer Tribunal está intrinsecamente relacionada com a autoridade das suas decisões e como corolário o princípio da máxima efetividade. A análise de que se a jurisdição foi prestada de forma justa ou injusta não pertence a outro patamar, uma vez que a obediência às suas conclusões tendem a ser melhor assimiladas se advirem de uma consequência natural do pacto social que rege o Estado Democrático de Direito.

Vale ressaltar que o TEDH detém caráter subsidiário em relação aos demais tribunais dos Estados-Membros (art. 35.1 CEDH) e somente tem competência⁶⁰ para

⁵⁹ «[...] the judicialization of politics is often used indiscriminately to refer to what in fact are several distinct phenomena: these range from judicial activism and rights jurisprudence to debates over judicial appointments and the politicization of the judiciary – the inevitable flip side of the judicialization [...].», RAN HIRSCHL, 2008, «The Judicialization of Politics», in *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Gregory A. Caldeira, R. Daniel Kelemen e Keith E. Whittington (eds.), Oxford, OUP (online ed., Oxford Academic, 2 set. 2009, <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199208425.003.0008>, consultado em 13 de dezembro de 2022).

⁶⁰ «... a definição da jurisdição do Estado é “primariamente territorial”. Excepcionalmente, um Estado poderá ter jurisdição fora das fronteiras do seu território em duas situações: (i) com

apreciar violações à Convenção Europeia de Direitos Humanos. GUSTAVO ROZEIRA⁶¹ sublinha que o carácter supletivo da CEDH ocorre em razão do prestígio eleito das instituições internas de cada país. Todavia, ele sublinha que a subsidiariedade pode ser suplantada dada as peculiaridades do caso concreto e a inação das autoridades locais.

A execução dos julgados depende do vínculo jurídico entre o Conselho da Europa e o Estado eventualmente condenado (art. 46.º da CEDH). Segundo a literalidade do art. 41.º da CEDH, a sentença do TEDH teria apenas uma natureza jurídica declarativa. Todavia, RUI GUERRA FONSECA⁶² assevera que o exercício da jurisdição tem natureza condenatória, *ex cathedra*:

«As decisões do TEDH não se limitam a constatar a existência de uma violação da CEDH: quando seja esse o caso, nascem obrigações. Para os Estados de reparar o resultado da violação (medidas gerais, medidas concretas, reparação pecuniária quando não seja possível a *restitutio in integrum* ou reposição da situação que existiria caso a violação não tivesse ocorrido), pelo que não parece melhor o entendimento segundo o qual o TEDH se limita a constatar a violação, decorrendo a obrigação de reparação da própria Convenção ...»

Nesta quadra de ideias, diferente do que acontece com a forma clássica de um tribunal internacional, que necessariamente depende da boa vontade do Estado condenado, a disposição normativa regente do TEDH dota o julgado⁶³ definitivo de certa executoriedade de eficácia questionável.

base no controlo ou poder de facto exercido sobre o queixoso (*ratione personae*), tal como os atos de agentes diplomáticos ou consulares no estrangeiro (ou por estes cometidos a bordo de um navio ou aeronave do seu estado); (ii) ou com base no controlo de facto exercido sobre o território estrangeiro em questão (*rationi loci*), por exemplo, devido a uma ocupação militar. Assim, o exercício da jurisdição é uma *conditio sine qua non* para o Estado contratante ser responsável por atos ou omissões a si imputáveis que dão origem a alegadas violações dos direitos e liberdades veiculadas pela Convenção ...», CATARINA SANTOS BOTELHO, «Jurisdição...», cit., p. 3030.

⁶¹ «... o esgotamento prévio dos meios internos apenas é operativo quando os meios internos disponibilizados pelo Estado requerido sejam reais, adequados e efetivos ... exige-se também a efetividade e adequação do meio interno a finalidade de proteção do direito convencional, sendo de rejeitar a obrigatoriedade de utilização de meios internos sem razoáveis perspectivas de sucesso ou sempre que se verifique a nível doméstico, uma prática de atos reiterados de atos incompatíveis com a Convenção tolerada pelas autoridades oficiais ...», GUSTAVO GRAMAXO ROZEIRA, 2020, «Admissibilidade da queixa», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. III, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 3085.

⁶² RUI GUERRA FONSECA, 2020, «Acórdãos e decisões e os respetivos efeitos», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. III. Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 3153.

⁶³ «The affect of a judgment in which the Court has found a violation of the Convention is to impose a legal obligation on the respondent state to put an end to the breach and to make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach (*restitution in integrum*). Therefore, if *restitution in integrum* is

Ao depender de outro órgão administrativo e político para a execução do julgado – o Conselho de Ministros –, a efetividade do cumprimento do julgado pode ficar comprometida na prática. ABEL CAMPOS⁶⁴ faz o seguinte apontamento:

«... nem sempre a execução destas medidas individuais se afigura simples: por vezes, circunstâncias ligadas ao ordenamento jurídico do Estado em causa podem consciente e voluntária (embora sem sempre assumida como tal) ... Os grandes problemas da execução – e a causa maior do atraso nos processos de execução, que implicam por vezes que certos casos possam permanecer na agenda do C.M. por anos ou mesmo, mais raramente décadas ...»

As medidas ordenadas pelo Tribunal⁶⁵, como qualquer decisão jurisdicional, tem um duplo efeito elementar: remediar/restaurar o *statu quo ante* do ofendido e prevenir que exista a repetição do ilícito.

A demora eventual no âmbito de executar o julgado fica à mercê da deletéria vontade política de ocasião⁶⁶, agredindo, assim⁶⁷, a eficácia e a autoridade do julgado. De outro modo, alegações de incapacidade financeira também não podem ser usadas, quer por conveniência dada a escassez natural de recursos, quer pelo desinteresse estatal no acatamento da ordem jurisdicional.

O sucesso ou não do Tribunal de uma organização de cunho transnacional perpassa pela mutação do conceito e da aplicação da soberania, agora mitigada e compartilhada entre os Estados europeus.

Mas o Tribunal só pode ser um instrumento da alteração da realidade se for composto por magistrados com a disposição de julgar com justiça. O ofício judicante não pode ser encarado com leviandade ou romantizado.

possible then it is for the state to carry out, as the Court as no power to effect restitution. If restitution *in integrum* is in practice impossible, the respondent state is free to choose the means for complying with a judgment, provided that those means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment», PHILIP LEACH, 2017, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 4.^a ed., Oxford, OUP.

⁶⁴ ABEL CAMPOS, 2020, «Relações com o Comité de Ministros e outros meios de resolução de disputa», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. III, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 3209.

⁶⁵ «... As sentenças do TEDH são obrigatórias para os Estados-partes nos litígios, ficando eles vinculados à sua execução. Neste medida, tem de se reconhecer que há um efeito condenatório, muitas vezes, prescritivo, dirigido ao Estado violador no sentido de o obrigar a pôr fim à violação constatada, a reparar todos os danos causados com a sua conduta e a evitar novas violações. Desta forma, reforça-se a eficácia dos direitos e liberdades proclamadas e revela-se a sua vocação reguladora no domínio dos direitos humanos ...». DORA ALVES e FÁTIMA PACHECO, 2020, «Novas gerações de direitos», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. III, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 3261.

⁶⁶ *Cyprus v. Turkey*, GC, n.º 25781/94, 2014.

⁶⁷ *Georgia v. Russia (I)*, no. 13255/07 (*just satisfaction*), ECLI:CE:ECHR:2019:0131JUD001325507, 31 January 2019.

Não basta o vasto conhecimento jurídico. Há de se ter coragem para superar a pressão (não oficial) feita ao magistrado extra autos, principalmente quando se trata de matéria controvertida e com pesado apelo político, tal como ocorreu no caso *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália*. Não é destempero ressaltar a advertência feita por CALAMANDREI⁶⁸:

«O drama do juiz é a solidão, porque ele, que para julgar deve estar liberto de afetos humanos e colocado um degrau acima dos seus semelhantes, raramente encontra a doce amizade que requerem espíritos no mesmo nível e, se vê avizinhar-se, tem o dever de evitar com desconfiança, antes que tenha de aperceber-se que a movia apenas à esperança dos seus favores, ou antes que ela lhe seja censurada como traição à sua imparcialidade. O drama do juiz é a contemplação quotidiana das tristezas humanas, que enchem toda a sua existência, na qual não têm lugar as frases amáveis e descansadas dos afortunados, que vivem em paz, mas apenas os rostos doloridos, transtornados pelo calor do litígio ou pelo aviltamento da culpa» (sem grifos no original).

A resolução do bem da vida disposto numa relação processual, para que se possa alcançar uma solução justa, deverá ficar a cargo de um juiz munido de garantias para que possa exercer o seu múnus com coragem e desembrço.

O Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ao ter deixado claro a sua posição em prol da equidade e justiça, deixou marcado um importante precedente no TEDH para que sejam respeitados os direitos dos mais fracos e daqueles que estejam em necessidade extrema, tal como ocorre no direito internacional dos refugiados. Neste ponto, merecem ser destacadas as palavras de EDUARDO COUTURE⁶⁹:

«... se o juiz como homem cede ante suas debilidades, o direito cederá em sua última e definitiva revelação. Um dos grandes dramas do nacional-socialismo foi o de criar uma doutrina autoritária do direito e de ter feito do juiz o “fuhrer” do processo. E a experiência jurídica, dizendo o mínimo, declarou que essa concepção era trágica, não porque o sistema fosse manejado pelos homens, mas por que os homens eram manejados pelo sistema. Da dignidade do juiz, depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e um momento histórico determinados, o que valham os juízes como homens. O dia em que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranquilo» (grifei).

Ademais, vale a pena registrar a advertência de CASS SUSTEIN, no sentido de se preservar a imparcialidade dos tribunais, divorciados de clamores populares irracionais e de ter de agradar às massas com decisões de caráter eminentemente

⁶⁸ PIERO CALAMANDREI, 2013, *Eles os Juízes, Vistos por Nós, os Advogados*, trad. Ivo de Paula, São Paulo, Editora Pillares.

⁶⁹ EDUARDO COUTURE, *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, 3.^a ed., Porto Alegre, José Konfino Editor, p. 87.

populista⁷⁰: «... The idea that the Court *should anticipate and consider public opinion* and its effects seems inconsistent with the role of an independent judiciary in the constitutional system ...»

Com efeito, os direitos defendidos como inalienáveis na nossa sociedade não passam de uma retórica vazia se não existirem instituições estatais que estejam comprometidas com a proteção, a defesa e a eficácia material daqueles direitos. SÉRGIO FERRAZ adverte que «... A injustiça é o fator de desagregação social, de entorpecimento das virtudes individuais e coletivas, de embrutecimento da arquitetura social: e por isso mesmo há de ser combatida. Esse é um combate diário, é um combate sem tréguas ...»⁷¹.

O papel contra majoritário de qualquer Tribunal, ainda que sustentado por um único juiz, constitui um alicerce de qualquer regime minimamente democrático e a sua resistência tem de ser sempre louvada.

4. Conclusão

Apenas uma consciência crítica cidadã tem o condão de manter a sociedade vigilante contra a destruição das instituições democráticas. Os direitos humanos devem servir de escudo contra as arbitrariedades estatais.

A conquista de direitos com viés humanista, entre os Estados e na sua relação com a sociedade civil, corresponde ao reforço de um ideário de justiça com equidade e o princípio da vedação ao retrocesso. A consciência humana deve sempre sobrepujar as razões de Estado, que em última análise refletem os interesses da classe dominante.

Por definição, os direitos humanos são inalienáveis, imprescritíveis, universais, invioláveis e efetivos. Mas não estão insuscetíveis à erosão do seu conteúdo e da sua aplicação na realidade.

O acesso e a garantia aos direitos humanos não deveriam ser um problema, mas o verniz (neo)fascista tende a impedir a proteção da coletividade fora do círculo do poder. Infelizmente os Estados nacionais têm sonogado solenemente o acesso ao conteúdo mínimo existencial, nominado por HANNAH ARENDT de «direito a ter direitos».

Para dotar o indivíduo e a coletividade de uma mínima capacidade de se protegerem contra os arbítrios, faz-se necessário dotá-los de capacidade política formal e material. A conscientização das suas classes, do contexto social em que se encontram inseridos, para além de cumprirem obrigações e exercerem direitos mínimos, onde quer que se encontrem, são instrumentos contra o autoritarismo estatal.

O catálogo dos direitos humanos, fundamentais, das garantias e o Estado Democrático de Direito em si não servem para lotar bibliotecas de teorias ou para serem contemplados como se fossem obras de arte. Eles devem servir aos seres que

⁷⁰ CASS R. SUSTEIN, 2009, *Constitution of Many Minds*, Princeton University Press, p. 176.

⁷¹ SÉRGIO FERRAZ, 2012, «Regras deontológicas», in *Novos Rumos para o direito público*, Marcelo Figueiredo (coord.), Belo Horizonte, Forum, p. 437.

visam resguardar, conferindo-lhes dignidade para que a convivência social seja a mais justa e equânime possível.

Enquanto existir a necessidade do Estado, não basta a organização coletiva social para se alcançar a efetivação dos direitos humanos. Devem existir não só limitações legais ao poder do império estatal, mas também a permanência de Instituições – nacionais e internacionais – fortes o suficiente para poder valer a sua contraposição a outros poderes que visem oprimir a coletividade, desumanizando-a.

O fenómeno da globalização jurídica e a integração – social, política e económica – entre os Estados demanda uma interdependência nas relações económicas, tecnológicas, políticas e sociais.

Uma comunidade de Estados com objetivos humanistas deixa de ser apenas um sentimento, para se tornar uma realidade. Assim, este movimento político-social encontra-se direcionado para a construção de um direito constitucional internacional, com o anseio de se minimizar o uso indiscriminado da força.

A força e a eficácia dos direitos humanos residem na sua própria essência. A natureza e a eficácia da força normativa de um tratado internacional deve resultar da sua própria razão de ser. Disso emanam não apenas os seus limites, mas também os pressupostos a partir dos quais eles podem alcançar a sua máxima efetividade.

A análise isolada dos direitos humanos sem uma interface na realidade⁷² não permite uma resposta adequada ao problema da eficácia no âmbito da sua implementação no mundo dos factos. Ao revés, se assim procedermos, possivelmente confirmar-se-á tese de prevalência da imperatividade dos factos sobre o direito.

A aplicabilidade dos julgados do TEDH deve ser completamente proporcional à efetividade que se propõe⁷³. A expansão da jurisdição internacional, de uma forma geral, revela uma maior responsabilidade do poder público com o coletivo para que as violações aos direitos humanos sejam paulatinamente diminuídas, visto ser idealismo puro crer que as injustiças cessarão por decreto.

Ademais, os avanços da ordem internacional são um reflexo de uma maior conscientização, via robustecimento da participação política da coletividade, da importância e dos impactos da desobediência aos direitos humanos.

Desta feita, o trabalho de todos os tribunais internacionais é o de não aceitar mais a impunidade de crimes ou violações aos direitos humanos. Tribunais de direitos humanos devem sempre visar a responsabilidade dos Estados nacionais. A contribuição fáctica de todos os tribunais internacionais de justiça, no cumprimento das leis internacionais, cada vez mais aponta para a necessidade de aperfeiçoamento dos sistemas protetivos.

72 ALAIN PELLET, 2021, *Le droit international à la lumière de la pratique: l'introuvable théorie de la réalité*, Vol. 414, Académie de Droit International de La Haye, p. 494.

73 «... each international tribunal can give its effective contribution to the continuous evolution of international law in the realisation of justice. Contemporary international law is nowadays better equipped with coexisting international tribunals, operating in distinct domains of international law ...», ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, 2020, *Reflections on the Realization of Justice in the Era of Contemporary International Tribunals. Recueil des Cours*, Vol. 408, Académie de Droit International de La Haye, p. 85.

Apenas uma cidadania global crítica, atuante e vigilante é capaz de mover as instituições na direção do respeito aos direitos humanos. De contrário, o Estado e os seus organismos continuarão a ser impulsionados unicamente de acordo com os anseios e interesses da classe dominante, perpetuando assim as injustiças e iniquidades.

5. Referências bibliográficas

- AB'SABER, AZIZ NACIB; LOPES, ADELIRIAN MARTINS LARA e HOSSNE, WILLIAM SAAD. (2012). «O conceito de Refugiado Ambiental – é uma questão bioética?», in *Revista Bioethikos*, São Paulo, 6(4), pp. 409-415.
- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE. (2012). Caso *Hirsi Jamaa c. Itália*: Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, Caso 27765/09, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Grande Câmara.
- ALVES, DORA e PACHECO, FÁTIMA. (2020). «Novas gerações de direitos», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. III, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Lisboa, Universidade Católica Editora.
- AMBROSINI, MAURIZIO. (2022). «Humanitarian Help and Refugees: De-Bordering Solidarity as a Contentious Issue», *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, DOI: 10.1080/15562948.2022.2059823.
- APAP, JOANNA e HARJU, SAMI JAMES. (2023). «The concept of 'climate refugee' Towards a possible definition», European Parliamentary Research Service. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2021\)698753](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2021)698753) (consultado em 11 de janeiro de 2023).
- ARENDT, HANNAH. (2001). *A Condição Humana*, Lisboa, Relógio D'Água Editores.
- ARENDT, HANNAH. (2012). *As Origens do Totalitarismo: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras.
- BARROSO, LUÍS ROBERTO. (2001). *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Rio de Janeiro, Renovar.
- BITTENCOURT, RENATO NUNES. (2018). «Os Direitos Humanos e seus descontentes», *Revista Espaço Acadêmico*, v. 18, n. 211, pp. 61-67, 6 dez. 2018, <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/45658/7513751> 38738 (consultado em 07 de dezembro de 2022).
- BOBBIO, NORBERTO. (2004). *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier.
- BOTELHO, CATARINA SANTOS. (2020). «Jurisdição», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. III, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Lisboa, Universidade Católica Editora.
- BULOS, UADI LAMEGO. (2017). *Curso de Direito Constitucional*, 10.^a ed., São Paulo, Saraivajur.
- CALAMANDREI, PIERO. (2013). *Eles os Juízes, Vistos por Nós, os Advogados*, trad. Ivo de Paula, São Paulo, Editora Pillares.
- CAMBI, EDUARDO. (2016). *Neoconstitucionalismo e o Neoprocessualismo: direitos fundamentais*, 3.^a ed., São Paulo, Almedina.
- CAMPOS, ABEL. (2020). «Relações com o Comité de Ministros e outros meios de resolução de disputa», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. III, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Lisboa, Universidade Católica Editora.

- CLARO, CAROLINA DE ABREU BATISTA. (2010). «O caso *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália* e a responsabilidade estatal no tratamento de estrangeiros», *Revista de Estudos Internacionais* (REI), ISSN 2236-4811, vol. 1, n.º 2.
- COUTURE, EDUARDO. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, 3.^a ed., Porto Alegre, José Konfino Editor.
- FANON, FRANTZ. (1968). *Os Condenados da Terra*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.
- FERRAZ, SÉRGIO. (2012). «Regras deontológicas», in *Novos Rumos para o Direito Público*, Marcelo Figueiredo (coord.), Belo Horizonte, Forum.
- FISHER, MARK. (2009). *É Mais Fácil Imaginar o Fim do Mundo do Que o Fim do Capitalismo*, Autonomia Literária.
- FONSECA, RUI GUERRA. (2020). «Acórdãos e decisões e os respetivos efeitos», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. III, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Lisboa, Universidade Católica Editora.
- HIRSCHL, RAN. (2008). «The Judicialization of Politics», in *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Gregory A. Caldeira, R. Daniel Kelemen e Keith E. Whittington (eds.), Oxford, OUP (online ed. Oxford Academic, 2 set. 2009, <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199208425.001.0001/oxfordhb-9780199208425-e-8>, consultado em 13 de dezembro de 2022).
- HOBBSBAWN, ERIC. (1994). *A Era dos Extremos. O Breve Século XX: 1914-1992*, 2.^a ed., São Paulo, Companhia das Letras.
- JUBILUT, LILIANA LYRA. (2007). *O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, São Paulo, Método.
- JUBILUT, LILIANA LYRA e APOLINÁRIO, SILVIA MENICUCCI. (2010). «A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração», *Revista Direito GV*, vol. 6, n.º 1, pp. 275-294, São Paulo.
- JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO. (2017). *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 58.^a ed., São Paulo, Forense.
- LEACH, PHILIP. (2017). *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 4.^a ed., Oxford, OUP.
- LUMINA, CEPHAS. (2018). «Sovereign debt and human rights», in *Sovereign Debt and Human Rights*, Ilias Bantekas e Cephias Lumina (eds.), Oxford, OUP (online ed. Oxford Academic, 24 jan. 2019, <https://doi.org/10.1093/oso/9780198810445.001.0001>, consultado em 30 de novembro de 2022).
- MARINIELLO, TRIESTINO (ed.). (2021). *Judge Pinto de Albuquerque and the Progressive Development of International Human Rights Law*, Brill.
- MARTUSCELLI, PATRÍCIA NABUCO. (2018). «Infância Como Categoria de Perseguição? Crianças Refugiadas e Proteção Internacional», in *Migrantes forçados: conceitos e contextos*, orgs. Liliana Lyra Jubilut, Fernanda de Magalhães Dias Frinhani e Rachel de Oliveira Lopes, Boa Vista, RR, Editora da UFRR.
- OOSTERLINCK, KIM. (2018). «The Historical Context of Sovereign Debt», in *Sovereign Debt and Human Rights*, Ilias Bantekas e Cephias Lumina (eds.), Oxford, OUP (online ed. Oxford Academic, 24 jan. 2019, <https://doi.org/10.1093/oso/9780198810445.001.0001>, consultado em 30 de novembro de 2022).
- PAULA, BRUNA VIEIRA DE. (2016). «O princípio do *non-refoulement*, sua natureza *jus cogens* e a proteção internacional dos refugiados», *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 7, pp. 51-68, jul. 2016.
- PELLET, ALAIN. (2021). *Le droit international à la lumière de la pratique: l'introuvable théorie de la réalité*, Vol. 414, Académie de Droit International de La Haye.

- RAMOS, ANDRÉ DE CARVALHO. (2015). *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, 5.^a ed., São Paulo, Saraiva.
- ROZEIRA, GUSTAVO GRAMAXO. (2020). «Admissibilidade da queixa», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. III, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Lisboa, Universidade Católica Editora.
- SARLET, INGO WOLFGANG. (2015). *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 12.^a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- SOMEK, ALEXANDER. (2014). *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, OUP.
- SUSTEIN, CASS R. (2009). *Constitution of Many Minds*, Princeton University Press.
- TRAVERSO, ENZO. (2017). *As Novas Faces do Fascismo: populismo e a extrema direita*, trad. Mônica Fernandes, Belo Horizonte, Âyiné.
- TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO. (2020). *Reflections on the Realization of Justice in the Era of Contemporary International Tribunals*. Recueil des Cours, Vol. 408, Académie de Droit International de La Haye.
- WOLKMER, ANTÔNIO CARLOS. (2015). *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*, 4.^a ed., São Paulo, Saraiva.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. (2019). *Doutrina Penal Nazista: A dogmática alemã entre 1933 a 1945*, Florianópolis, Tirant lo Blanch.

CAPÍTULO VI
DISCRIMINAÇÃO RACIAL E ÉTNICA

Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina

Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina

A realidade simbólica. Uma análise do voto do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić

JEOMET BACA VIRGÍNIA*

1. Introdução

O Professor PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE tem-nos fornecido diversos contributos para um melhor entendimento da importância dos direitos humanos dentro das sociedades e de como os tribunais poderiam beneficiar com a sua aplicabilidade. Na sua vivência como juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), entre os anos de 2011 e 2020, demonstrou uma grande sensibilidade nos diversos casos julgados e, por meio de um aprofundamento da análise jurídica, verifica-se que os seus argumentos foram bastante consistentes em todos os seus votos, nos quais apresentava factos com base na história do Direito e na sua aplicabilidade real.

A minha reflexão terá como base o voto apresentado pelo Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE com a adesão do Juiz VUČINIĆ no caso *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, na qual abordo os seguintes pontos: 2 – O problema da discriminação de criminosos de etnias minoritárias durante as guerras – Um problema de justiça e moralidade na realidade simbólica; 3 – Análise da realidade da Bósnia e Herzegovina em tempos de paz – O restabelecimento da justiça; 4 – Uma apreciação sobre a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no caso de Marktouf e Damianović – Justiça aos criminosos de guerra em tempos de paz; 5 – Uma reflexão sobre a intervenção do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić – A moralidade nos direitos humanos.

O método usado para esta análise é dedutivo, com base nas análises das doutrinas, artigos e diversos livros sobre a Filosofia do Direito e o problema da ética dos juízes na aplicação das leis.

2. O problema da discriminação de criminosos de etnias minoritárias durante as guerras – Um problema de justiça e moralidade na realidade simbólica

Quando pensamos no problema existencial do ser humano em sociedade, existem diversos tópicos que se devem ter em conta. Desde logo, a sua definição como

* Doutorando em Ética, Democracia e Desafios Societais, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa/Centro de Filosofia – Grupo Praxis – Bolsa financiada pela Fundação para a Ciência e Tecnologia – 2020.05664.BD. Pesquisador do Projeto «COSMOPOLITANISM: Justice, Democracy and Citizenship without Borders».

tal, da concepção de ser um animal racional até à reformulação de ERNST CASSIRER com a implementação do simbólico neste conceito, na sua obra *Antropologia Filosófica: Ensaio sobre o homem. Introdução a uma filosofia da cultura humana*¹. O ser humano, pela forma como interpreta a realidade à sua volta, pode manifestar diversas ideias que podem pôr em perigo a sociedade na qual está inserido ao violar as regras estabelecidas para a harmonia social na sua convivência com os outros.

Essas regras estabelecidas dentro das sociedades, no pensamento de CASSIRER, apenas são possíveis quando o ser humano é entendido também como um animal simbólico, por albergar diversas áreas da vida cultural dentro da realidade social e, desta forma, pode abrir-se um novo caminho dentro das comunidades, que é o caminho da civilização². Penso que, no caminho da civilização, o ser humano passa a ter um maior controlo das suas ações e que se diferencia cada vez mais de outros animais por se edificar por meio do símbolo e da razão e por conseguir expressá-los por meio de diversas linguagens, sendo uma delas o Direito. Neste sentido, o ser humano consegue edificar a sua própria existência através de diversas combinações, das quais fazem parte a sensibilidade e a inteligência dentro das suas manifestações culturais para atingir um certo tipo de liberdade por esse meio.

A realidade simbólica pode ser representada de diversas maneiras dentro das sociedades. O ser humano utilizou-a para a formação do poder e na constituição do Estado, porque no pensamento de CASSIRER, isso constitui uma estrutura dialética que remete o ser humano para um mundo que o transcende ao mesmo tempo em que é individual; e que é diversificada por constituir um sistema que pode ser concebido por distintas produções de significado por meio da constância cultural. Assim, deve pensar-se o símbolo não apenas como uma realidade universal, mas também concebê-lo como mutável, porque pode exprimir o mesmo significado em diversas línguas, e pode também uma noção ou ideia ser expressa em termos completamente diferentes³.

Quando se transpõe a ideia da realidade simbólica no campo do Direito, pode pensar-se como as regras sociais de convivência foram estabelecidas, as leis de diversos Estados para servirem de punição contra crimes praticados dentro dessas sociedades civilizadas. Por isso existem as Constituições, o Direito Civil, Criminal, Penal, entre outros. Neste sentido, CASSIRER demonstra que a característica de um símbolo real do ser humano não deve ser pensada na sua unidade, mas na sua polivalência, porque não é inflexível e intransigente, mas móvel⁴. Por isso, penso que os símbolos têm significados que se transcendem a si próprios e que, quando são criados, podem alargar o seu campo sem limite na sua atuação, como os direitos humanos, os diversos tratados do Direito Internacional.

Posso afirmar que todos esses elementos procuram dar a conhecer certos limites nas atuações dos seres humanos dentro das sociedades e, quando acontece um

¹ ERNST CASSIRER, 1977, *Antropologia Filosófica: Ensaio sobre o homem. Introdução a uma filosofia da cultura humana*, São Paulo, Mestre Jou, p. 51.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*, p. 67.

⁴ *Ibidem*.

certo tipo de incumprimento, existem meios a serem usados para que o infrator pague por essa falta. Nesse contexto, os Estados organizam as suas instituições para tais efeitos como as forças de segurança e os tribunais, mas, contudo, devem ser punidos perante o acordo preestabelecido no momento da sua execução, mesmo que haja depois uma certa mudança nesses acordos por alterarem a interpretação dos símbolos envolvidos.

Essa interpretação da realidade é confirmada por ERNST CASSIRER na sua obra *O Mito do Estado*, quando demonstra que durante o surgimento e a evolução das diversas culturas humanas, houve uma certa mudança no sentido do significado das coisas de uma forma gradual, porque os seres humanos tinham descoberto uma nova forma em que se poderiam manifestar, que corresponde às formas simbólicas. Isso converteu-se num denominador comum para todas as suas ações dentro das diversas culturas existentes, entre elas, as formas de manifestações mitológicas, as poesias, as diversas linguagens, as artes, as religiões, as ciências⁵.

Essa mudança aconteceu de uma forma positiva para todos os seres humanos que procuravam manter uma certa ordem dentro das sociedades. Se eles podem interpretar a realidade de diversas formas, também podem obedecer e cumprir certos princípios estabelecidos por todos. As normas dentro das sociedades podem ser violadas e, para tal, existem diversos mecanismos para condenar os diversos cidadãos que violam tais obrigações. Neste sentido, pode notar-se que no voto do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE no caso *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08⁶, se esclarece que os diversos comportamentos de criminosos apenas podem ser desencorajados se esses cidadãos estiverem conscientes das normas que podem ser usadas para criminalizarem os seus atos antes de os praticarem concretamente, mesmo sabendo que as suas condutas são censuradas.

Neste sentido, o estabelecimento de uma regra dentro de uma sociedade é fundamental para o funcionamento da mesma. É por isso que no Código Civil português, no artigo 6.º, ficou estabelecido que «[a] ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas»⁷. É uma regra real nas sociedades civilizadas, nas quais existe uma certa legislação e uma separação real dos poderes legislativos, executivos e judiciais, para que não aconteça uma certa intrusão do poder do Estado nas liberdades individuais. No artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no ponto 1, ficou estabelecido que «[n]inguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida».

Reforço também o artigo 11.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu ponto 2, no qual se afirma que «[n]inguém será condenado por acções

⁵ ERNST CASSIRER, 2003, *O Mito do Estado*, São Paulo, Conex, p. 66.

⁶ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08, 18 de julho 2013.

⁷ CC [Código Civil português]. Atualizado até à Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, incorporando a Declaração de Retificação n.º 24/2006, de 17 de abril. Disponível em <http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html> (consultado a 13 de janeiro de 2023).

ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam acto delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o acto delituoso foi cometido».

As regras são para cumprimento de todos pelo princípio de igualdade, todos têm as mesmas obrigações, nenhum cidadão está acima dessas leis, e aos estrangeiros que estiverem a morar nessas sociedades também serão aplicadas essas mesmas leis. Sendo assim, todos serão julgados com base nesse princípio. Neste contexto, penso que o cidadão que aceita morar num país diferente do da sua origem deve estar consciente de que os elementos simbólicos dessa realidade podem ser completamente diferentes quando comparados com os do lugar de origem. Tanto por base das suas leis e cultura, o conceito de normalidade na linguagem simbólica muda por completo o seu significado em cada local, fazendo com que as leis válidas sejam aquelas vigentes dentro de um determinado território.

Portanto, durante os conflitos em que cada Estado se possa envolver, devem ser respeitados os tratados por norma estabelecidos e não tratar de forma desigual os estrangeiros e povos de minorias raciais que vivem nessas sociedades com base nas leis estabelecidas antes de qualquer conflito, e o julgamento que possa vir a decorrer, no que concerne a esse conflito, deve ser baseado nessas leis, uma vez que, conscientemente, todos conhecem as suas liberdades e as punições que possam surgir por meio de alguma violação desses princípios.

3. A análise da realidade da Bósnia e Herzegovina em tempos de guerra e paz – O restabelecimento da justiça

As guerras fazem parte da história da humanidade. Consoante as diversas interpretações da realidade e por meio das doutrinas *jus internacionalista*, chegou-se à conclusão da existência de guerras justas e injustas. Os pensadores que influenciaram essas doutrinas foram: Santo Agostinho, John Locke, Hugo Grócio, Francisco Suares e Francisco Vitória.

Todas as guerras representam momentos de horror pelos quais os seres humanos passam, desde milhões de mortes, diversas violações dos direitos humanos, estupros, mutilações. As pessoas que participam nesses conflitos devem saber os seus direitos pelos atos que são cometidos durante a existência dessas guerras e que poderão ser julgados por eles dentro dos tribunais especializados.

As duas grandes guerras que ocorreram na Europa, com a morte de milhões de pessoas, demonstraram até onde pode ir a maldade humana e que a selvageria não estava além do continente, que os povos ditos civilizados poderiam fazer o que há de pior aos outros, estando conscientes dos seus atos e a violar por completo os tratados internacionais. No pensamento de KWAME ANTHONY APPIAH, no seu livro *Na Casa de Meu Pai: A África na Filosofia da Cultura*, é referido um certo paralelismo com a realidade do colonialismo, que a Europa sempre se manifestara como defensora dos direitos humanos universais dentro do continente, contudo, uma das lições que os africanos aprenderam com o comportamento nazi em geral, durante a Segunda Guerra Mundial, não foi apenas a ameaça de racismo, mas

a mentira da oposição entre a modernidade europeia humana e a barbárie do mundo não-branco⁸.

Esses conflitos da negação da existência do outro na mesma sociedade podem levar à morte de milhões de vidas. As representações simbólicas podem variar consoante algumas crenças, sendo assim, não poderiam ser o motivo de invalidação do outro no âmbito social. Desde a fundamentação das negações com base na sua origem, etnia e religiosidade, estes tipos de discriminação causaram e continuam a causar muitos males nas sociedades modernas.

Um dos conflitos que está a ser analisado é a Guerra da Bósnia, que aconteceu nesta nação europeia entre 6 de abril de 1992 e 14 de dezembro de 1995, na antiga Jugoslávia. Existe a necessidade de referir que com o fim da União Soviética, em consequência do fim do socialismo no Leste europeu no final da década de 1980, diversos países tiveram de passar por variadas transformações. Algumas transições foram pacíficas, outras regiões passaram por vários conflitos e guerras, como é o caso da antiga Jugoslávia, que passou por duas guerras civis sangrentas.

Este antigo território da Jugoslávia era constituído por seis repúblicas: Sérvia, Croácia, Montenegro, Bósnia-Herzegovina, Eslovénia e Macedónia. Nesses territórios, existiam muitas diferenças étnicas e culturais, e a unidade territorial fora mantida por meio de um regime autoritário socialista por Josip Broz Tito até a sua morte, quando começaram a aparecer vários conflitos por diversos representantes políticos das repúblicas.

Quando aconteceu a desintegração por completo da antiga Jugoslávia, a república da Bósnia-Herzegovina começou a ser governada por políticos bósnios de origens muçulmanas. Um dos problemas que isso causou foi que uma boa parte da sua população era formada por sérvios cristãos ortodoxos, não houve uma aceitação pacífica desse governo e começaram um conflito para poderem retirar esse poder da mão dos muçulmanos. Esse conflito deu abertura a outras situações com a entrada da Sérvia para anexarem alguns territórios da Bósnia, mas fundamentalmente os conflitos que ocorreram nesses territórios foram por motivações étnicas, sociais, religiosas (Muçulmanos, Ortodoxos e Católicos), económicas e de segurança que emergiram após a desintegração completa da antiga Jugoslávia.

Durante esse conflito, foram usados diversos meios de violência extrema pelos sérvios, muitas pessoas de origens muçulmanas foram mortas, com práticas que foram denominadas por genocídio, expulsão de casas e a implementação de novos campos de concentração, houve diversas ações para a limpeza étnica. Como consequência desses atos, estima-se que cerca de dois milhões de habitantes tiveram de se deslocar para saírem dessas zonas de conflito e muitas outras pessoas, por causa da sua religião, o islamismo, foram exiladas. Um número aproximado de mortes nesse conflito é de cerca de 200 mil pessoas.

No livro de GUSTAVO SILVA intitulado *Da Rosa ao Pó: Histórias da Bósnia Pós-Genocídio*, o autor demonstra que as mortes e as exclusões das pessoas que pertenciam à etnia principal não surgiram apenas por meio da guerra, porque o principal

⁸ KWAME ANTHONY APPIAH, 1997, *Na Casa de Meu Pai: A África na filosofia da Cultura*, Rio de Janeiro, Contraponto, p. 24.

objetivo das políticas nacionalistas sérvias era a formação de um Estado etnicamente puro⁹. Neste ponto, pode notar-se que havia a necessidade de exclusão do outro, esse tipo de discriminação durante uma guerra resulta das ideias nazistas da *Solução Final*, o genocídio do povo judeu durante a Segunda Guerra Mundial nos campos de concentração.

As ideias sobre o inimigo foram trabalhadas pelo pensador nazi CARL SCHMITT no seu livro *O Conceito do Político*, quando apresenta a possibilidade de que os termos «amigos», «inimigos» e «combate» podem adquirir um sentido real de morte física. Esses resultados podem ser encontrados durante as guerras por serem o efeito de inimizades, essa negação da conformidade do ser do outro. No entanto, a realização desses atos pode não ser quotidiana, podendo não se apresentar como uma coisa ideal ou desejável, mas permanece presente como uma possibilidade real enquanto o conceito de inimigo tem o sentido de aniquilação do diferente¹⁰.

No pensamento de ACHILLE MBEMBE, no seu livro *Políticas da Inimizade*, a ideia de *necropolítica* funciona por meio de uma reversão entre a vida e a morte, como se a vida não fosse o médium da morte. Com isso existe sempre uma exclusão da diferença entre os meios e os seus fins na aplicabilidade dessas políticas. Como resultado desses acontecimentos, temos as transformações da visão do outro com uma certa intensão de aniquilação por meio de sinais que utilizam para a concretização dos seus objetivos. Nos sistemas da *necropolítica*, a morte é provocada para a manifestação de poder¹¹.

As noções sobre a discriminação do outro podem ter consequências mortais dentro das sociedades, o conflito da Bósnia foi apenas mais uma confirmação sobre esse facto, e é por isso que as ideias distorcidas de SCHMITT sobre a morte do outro são perigosas e a sua implementação na sociedade deve ser evitada. Como ele próprio escreve no seu livro *A Crise da Democracia Parlamentar*, nos diversos poderes assumidos pelo soberano, este não apenas pode decidir sobre a existência do Estado emergencial extremo, mas também tomar decisões sobre o que deve ser feito para a sua eliminação. Neste sentido, o soberano situa-se no extremo da ordem legal instituída, mas faz também parte dela e possui a competência de decidir sobre a suspensão geral da Constituição¹². Essa decisão pode ter as suas consequências internacionais quando é tomada com o intuito de se cometerem crimes de guerra, como aconteceu durante a guerra da antiga Jugoslávia, e todas as pessoas envolvidas deveriam ser julgadas por isso, na implementação da justiça e no cumprimento das leis preestabelecidas.

As forças da ONU e da NATO foram fundamentais para o fim do conflito, que apenas terminou em 1995, e para a manutenção da paz, após a assinatura do acordo de Dayton, Protocolo de Paris que foi intermediado pelos Estados Unidos da América. Portanto, ficou acordado que o território da Bósnia-Herzegovina ficaria

⁹ GUSTAVO SILVA, 2011, *Da rosa ao Pó: Histórias da Bósnia pós-genocídio*, Rio de Janeiro, Tinta Negra Bazar Editorial, p. 15.

¹⁰ CARL SCHMITT, 2015, *O Conceito do Político*, Lisboa, Edições 70, p. 62.

¹¹ ACHILLE MBEMBE, 2017, *Políticas da Inimizade*, Lisboa, Antígona, p. 65.

¹² CARL SCHMITT, 1996, *A Crise da Democracia Parlamentar*, São Paulo, Scritta, p. 88.

dividido por duas unidades administrativas: a primeira era constituída pela Federação da Bósnia e Herzegovina, que seria administrada pelos bósnios muçulmanos e bósnios croatas; a segunda seria a República da Srpska, que seria governada pelos sérvios.

Após anos de conflitos, houve a necessidade uma organização para o restabelecimento da justiça nos territórios que estavam envolvidos no conflito. O Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE apresenta esse contexto político. Desde 1976, existia um Código Penal na Bósnia e Herzegovina que era aplicado nessa sociedade até à implementação das reformas do Código Penal de 2003. Houve certas etapas para essa implementação que partem desde a Lei do Tribunal Estatal, promulgada no dia 12 de novembro de 2000 pelo Alto Representante da Bósnia e Herzegovina, que cria o Tribunal Estatal da Bósnia e Herzegovina, apenas estabelecido no dia 03 de julho de 2002 pelo Parlamento por meio da Lei sobre o Tribunal. Por fim, o novo Código Penal entrou em vigor no dia 01 de março de 2003¹³.

As guerras provocam muitas mudanças dentro dos territórios envolvidos e deixam marcas profundas nas suas populações. Na realidade da Bósnia e Herzegovina, foi necessário produzirem um Livro de Regras, que serviu como base nos casos de crimes de guerra, publicado em 28 de dezembro de 2004. Foi também formada uma câmara especial para tratar desses crimes no Tribunal e que iniciou os seus trabalhos em 09 de março de 2005. As reformas na justiça foram mais adiante, desde junho de 2008 até 2012, quando foi adotada essa estratégia pelo Conselho de Ministros da Bósnia e Herzegovina. Esse mesmo Conselho, em 29 de dezembro de 2008, adotou a Estratégia Nacional sobre Crimes de Guerra que se complementa com a estratégia de justiça transicional¹⁴.

As reformas no campo da justiça são positivas quando visam uma maior harmonização no tratamento que é dado às pessoas que cometeram crimes semelhantes, para que não haja certas discriminações em todo o processo de julgamento e de sentença. Esse foi um dos problemas que aconteceu dentro da realidade da Bósnia e Herzegovina, quando surgiram quatro jurisdições após as reformas judiciais em 2003, divididas da seguinte forma: Distrito da Bósnia e Herzegovina, Distrito de Brčko, a Federação da Bósnia e Herzegovina e a Republika Srpska. Para o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, no seu voto em *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08¹⁵, a organização judiciária não previu um mecanismo pelo qual as práticas judiciais e as diferentes interpretações jurídicas pudessem ser resolvidas de uma forma harmoniosa e, como consequência dessas práticas, o Tribunal Estatal da Bósnia e Herzegovina e as Supremas Cortes de ambas as Entidades emitiram vereditos com conclusões diferentes sobre questões importantes

¹³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, 2021, «Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić», in *Corte Europeia dos Direitos Humanos. Comentário dos votos do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque*, org. André de Carvalho Ramos, São Paulo, Tirant lo Blanch, pp. 329-330.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 329-330.

¹⁵ *Maktouf e Damjanović c. Bosnia e Herzegovina*, cit.

consideradas legais, o que se precipitou em resultados que divergiam entre si nas práticas judiciais e nas interpretações jurídicas.

Num país que passa por uma guerra por motivos de diferenças étnicas, religiosas e políticas, deve ter-se bastante sensibilidade nos julgamentos para que esses problemas não se prolonguem, e deveria existir uma certa equidade no problema de justiça, em que todos deveriam ser julgados da mesma forma, as penas deveriam ser semelhantes ou idênticas com base nos seus crimes e, dessa maneira, retirar-se qualquer identificação sobre a origem do réu. A maior preocupação dos Estados após uma guerra seria a unidade nacional e o aprofundamento das leis existentes para que o povo tenha noção delas e que qualquer violação das mesmas será punida.

Os países modernos subscreveram diversos acordos internacionais. No caso das Entidades da Bósnia e Herzegovina, sabiam que o problema da desarmonização no campo da justiça nos seus territórios seria um caso de violação de diversas convenções, reconheceram isso em 2008 no Ministério da Justiça. A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, na Resolução 1626 (2008), quando aborda o Respeito das Obrigações e Compromissos por parte da Bósnia e Herzegovina, nota que ainda existiam certas inconsistências quando se tratava da aplicabilidade do Direito Penal por diversos tribunais estaduais e ao nível da Entidade que tratava dos problemas dos crimes de guerra e que levava a uma certa desigualdade de tratamento dos cidadãos à luz da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O que para o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE no seu voto em *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08¹⁶, reforça a ideia de que as pessoas que eram condenadas por crimes de guerra diante de diferentes tribunais poderiam receber sentenças que poderiam divergir amplamente.

Quando analisamos a interpretação da realidade simbólica numa sociedade organizada, é necessário ter em atenção todos os detalhes para o funcionamento real dos Tribunais de Justiça. Os Estados democráticos estabelecem o princípio da igualdade para todos os cidadãos e ninguém deve estar acima das leis que foram estalecidas e nem discriminar grupos minoritários para o bem da harmonia social.

Um dos problemas que aconteceu na Bósnia e Herzegovina, por falta de uma estratégia do Ministério Público para os crimes «sensíveis», consistiu em não se conseguir priorizar e selecionar os casos, manifestando-se uma certa ausência de fundamentação substantiva quando se referia a escolha do procurador para o tribunal da primeira instância e não havendo uma revisão efetiva das escolhas tomadas. Para o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, no seu voto em *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08¹⁷, essas questões levantaram certas incertezas significativas quando se relacionavam com as prioridades e as escolhas dos procuradores, tendo uma parte do poder político começado a questionar essa objetividade do departamento no processo de seleção de casos; como resultado, notou-se que em 90% dos casos anteriores da câmara de crimes de guerra estiveram envolvidos réus sérvios. A mudança aconteceu em 2008, quando foi elaborado um

¹⁶ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

¹⁷ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

documento pelas autoridades como forma de estratégia nacional que tinha como objetivo o desenvolvimento de uma abordagem mais sistemática para os casos e alocação de recursos em casos de crimes de guerra.

Os crimes de guerra, genocídio e contra a humanidade foram sempre considerados como uma pura violação dos acordos durante as guerras desde a Primeira Guerra Mundial. Por falta de órgãos internacionais, os julgamentos apenas ocorriam nos próprios Estados. Após a guerra, com o surgimento da Liga das Nações, houve a necessidade da criação de um Tribunal Penal Internacional que julgaria esses crimes, mas que se poderia distinguir dos crimes que correspondiam à jurisdição nacional.

A guerra na Bósnia e Herzegovina aconteceu no fim do período da Guerra Fria, nota-se uma certa mudança na comunidade internacional que procurou tipificar diversos tipos de crimes internacionais para que todos os que os cometessem não saíssem impunes, e que deveriam ser julgados e aplicada uma punição por um Tribunal Internacional permanente. Depois das atrocidades da Segunda Guerra Mundial, decorridos 50 anos, algumas pessoas continuavam a praticar diversas barbaridades durante os anos 90 em diversas guerras, como é o caso das limpezas étnicas que aconteceram na Bósnia para se eliminarem bósnios muçulmanos e bósnios croatas, no Ruanda, que envolveu o genocídio de pessoas que pertenciam ao grupo étnico Tutsi que foi perpetrado pelo grupo étnico dos Hutus, e as diversas violações aos direitos humanos que acontecem diariamente.

4. Uma apreciação sobre a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no caso de Marktouf e Damianović – Justiça aos criminosos de guerra em tempos de paz

Nas sociedades modernas, um dos meios legais para fazer a justiça é através de tribunais que podem ser nacionais ou internacionais. Essa possibilidade de poder recorrer sempre aos Tribunais Superiores cada vez que o réu se sente injustiçado é fundamental até que se fechem todos os recursos e que se faça realmente justiça. Os crimes que ocorrem durante as guerras precisam de ser julgados, e a independência dos tribunais é fundamental para cumprir o seu propósito, livre das amarras de políticas que possam violar os direitos fundamentais e internacional.

No fim da guerra na Bósnia, muitos responsáveis pelos diversos crimes de guerra foram julgados em tribunais nacionais e internacionais, foram condenados por genocídios e muitos outros crimes, como foram os casos de Abduladhim Maktouf e Goran Damjanović, condenados pelos tribunais nacionais na Bósnia e Herzegovina e que recorreram das suas sentenças ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Os casos de Abduladhim Maktouf e Goran Damjanović foram analisados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, como pode ser observado nos recursos 2312/08 e 34179/08 contra a Bósnia e Herzegovina¹⁸. Os principais questionamentos encontrados nos seus recursos foram alegadas falhas na aplicação da lei penal pelo

¹⁸ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

Tribunal da Bósnia e Herzegovina, que os condenaram por crimes de guerra que foram cometidos entre os períodos de 1992 a 1995. Mas, nessa aplicação, os requerentes acusam a Bósnia e Herzegovina de ter violado o artigo 7.º da Convenção Europeia que aborda a irretroatividade das penas. Também o artigo 14.º, que se pode conjugar com artigo 7.º da Convenção, e que é dedicado à proibição de discriminação. Argumentam também o desrespeito pelo 1.º artigo do Protocolo n.º 12, que prevê a proibição geral de discriminação, conjugando-o, por fim, com o artigo 6.1 da Convenção, que garante o direito a um processo equitativo¹⁹.

Os tribunais deveriam ser locais imparciais onde se possam julgar as pessoas sem nenhuma discriminação envolvida, por mais que o réu tenha participado em guerras e cometido diversas brutalidades em nome de uma superioridade étnica e discriminatória. Todos os seus atos devem ser julgados com base nos seus crimes, que devem estar presentes em diversos códigos, podendo o mesmo ter conhecimento destes ou não. A razão principal dessa ideia é pensar uma sociedade que deve ser organizada em busca de harmonia entre todos os habitantes e que o problema de justiça tem de ser fundamentado também pela ética e moral. O bem e o mal são reais, a responsabilidade civil pelas suas escolhas é individual e julgada com base nos códigos aceites pela sociedade por meio de diversas legislações.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no voto em *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08²⁰, retrata que no caso de Abduladhim Maktouf, cidadão iraquiano, este foi julgado por ser cúmplice de sequestro de civis e que tinha como objetivo fazer uma troca pelos membros das forças da Bósnia e Herzegovina que foram capturados pelas forças croatas no dia 19 de outubro de 1993. Todos os civis que foram sequestrados foram libertados alguns dias depois, e Maktouf foi apenas preso 12 anos depois, no dia 11 de junho de 2004. No dia 01 de julho de 2005, a Câmara de Julgamento do Tribunal Estadual da Bósnia e Herzegovina tinha-o condenando a cinco anos de prisão efetiva, condenação fundamentada por meio do artigo 173.º, conjugado com o artigo 31.º do Código Penal de 2003. Como foi a primeira condenação, tiveram direito aos recursos. Essa sentença foi anulada no dia 24 de novembro de 2005; contudo, a Câmara de Recursos, que era formada por dois juízes internacionais e um nacional, no dia 04 de abril de 2006, confirmou efetivamente a sentença que foi proferida no dia 01 de julho de 2005²¹.

No processo de Goran Damjanović²², cidadão da Bósnia e Herzegovina, este foi condenado por ter espancado diversos bósnios que resistiam ao ataque perpetrado pelos sérvios e que foram capturados em Sarajevo no dia 02 de junho de 1992. Damjanović teve um papel de destaque no espancamento desses bósnios, que durou algumas horas e no qual foram usados diversos dispositivos, entre os quais espingardas, bastões, garrafas, pontapés e socos, e, depois desse sucedido, as vítimas foram levadas para um campo de internamento. O requerente foi preso a 26 de abril de 2006, 14 anos depois da realização do crime. Para os devidos efeitos,

¹⁹ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

²⁰ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

²¹ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

²² *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

o Tribunal Estadual da Bósnia e Herzegovina, quando analisou esse crime, decidiu condená-lo a 11 anos de prisão pelos crimes de tortura, tendo o crime sido considerado um crime de guerra apenas no dia 18 de junho de 2007, mas tendo-se também fundamentado no Código Penal de 2003. Um recurso foi interposto, mas o mesmo Tribunal confirmou a sentença no dia 19 de novembro de 2007. Um outro acórdão de segunda instância foi notificado ao recorrente a 21 de dezembro de 2007. Por fim, Damjanović apresentou um recurso constitucional no dia 20 de fevereiro de 2008, mas foi indeferido por intempestividade no dia 15 de abril de 2009²³.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no voto em *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08²⁴, reconheceu que por mais que ambos tenham recorrido ao Tribunal Constitucional, não foi reconhecida nenhuma violação dos seus direitos, existindo conformidade com a Convenção Europeia. Os requerentes sempre alegaram que o Tribunal Estadual lhes aplicou retroativamente uma lei penal mais rigorosa do que a que estava prevista no Código Penal de 2003, diferente do Código Penal de 1976. Os crimes que ambos cometeram estavam tipificados nos dois códigos, mas havia uma certa diferença nas estruturas de condenação que seriam aplicadas aos crimes de guerra, em que se destacam a previsibilidade e a acessibilidade.

Os dois requerentes tinham os seus motivos para recorrerem das penas a que foram sentenciados por acharem que eram injustas. Abduladhim Maktouf teve uma condenação de cinco anos de prisão por auxílio e incitação em crimes de guerra, o que era previsto no Código Penal de 2003, teria uma pena menor se fosse julgado com base no Código Penal de 1976, que seria de um ano. No caso de Goran Damjanović, condenado por 11 anos, foi aplicado novamente o Código Penal de 2003, mas se fosse aplicado o Código Penal de 1976 apenas cumpriria cinco anos de prisão²⁵.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no voto em *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08²⁶, teve de analisar a aplicabilidade das leis pelos tribunais nacionais e o porquê de não se aplicaram as leis que mais favoreceriam os requerentes. Não se propuseram a avaliar apenas a existência de uma incompatibilidade do Código Penal de 2003 quando estavam envolvidos os casos de crimes de guerra e quando se conjuga com o artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Os representantes do Ministério da Justiça da Bósnia e Herzegovina justificaram as suas decisões com base no ponto 2.º do 7.º artigo da Convenção, e que a punição da ação que foi cometida pelos requerentes estava de acordo com os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas e que isso seria também parte do Direito Humanitário. Quando o Estado pudesse punir de forma certa os crimes de guerra, dessa forma afastaria a regra da não-retroatividade nesses dois casos. Apesar de todo esse argumento, o Tribunal Europeu dos Direitos

²³ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

²⁴ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

²⁵ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

²⁶ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

Humanos reconheceu que houve uma violação do artigo 7.º da Convenção. Nestes dois casos, seria necessário terem aplicado o Código Penal de 1976 e não fixaram as sentenças menores que deveriam ser aplicadas²⁷.

Um dos fundamentos que Abduladhim Maktouf usou para afirmar que houve discriminação durante o seu julgamento foi por ele ser iraquiano e pela sua religião, alegando que esses elementos foram usados para o agravamento da pena. Na análise que a Corte Europeia fez no voto em *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08²⁸, sobre a possível violação do artigo 14.º no julgamento realizado no Tribunal Estadual ao invés de ser em tribunais do país, teve a percepção de haver muitos números expressivos de casos de crimes de guerra e seria necessária uma divisão desses casos entre os tribunais para que o Estado pudesse cumprir o que foi estabelecido pela Convenção de responsabilizar todos os culpados pelos crimes de Direito Internacional Humanitário, por mais que se tenha percebido que os tribunais do país atribuíam penas mais leves em comparação com as que eram aplicadas pelo Tribunal Estadual. O Tribunal chegou à conclusão de que a diferença de tratamento não se fundamentava nas características pessoais e que a deslocação dos réus para um ou outro tribunal era feita de forma individual, sendo pautada por critérios objetivos e razoáveis, por isso não foi reconhecido um tratamento discriminatório.

No livro de RICHARD POSNER *Problemas de Filosofia do Direito*, enfatiza-se que o princípio jurídico, quando se refere ao tratamento de igualdade, distingue as diferenças entre os litigantes, que podem ser adequadamente consideradas na alocação dos benefícios e encargos legais, que essas diferenças podem existir em termos de habilidade e empenho, daqueles que, às vezes ou sempre, podem não sê-lo, como por exemplo as diferenças religiosas, étnicas, de classes sociais, de rendimentos ou a relação com o juiz²⁹. Como houve um julgamento imparcial, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos notou que não houve nenhum tratamento de discriminação e que o Tribunal da Bósnia, nesses dois casos, usou o princípio jurídico do igual tratamento.

O processo de justiça é baseado no restabelecimento de uma ordem social, em que as sentenças podem servir de exemplo de punição, e no cumprimento da lei dentro das sociedades. Contudo, é necessário analisar as legislações de cada país com base em cada tipo de crime que é cometido e que penas deveriam ser cumpridas se forem praticados crimes naquele momento. Por mais que mude a interpretação da realidade, aumentando a gravidade ou não do mesmo tipo de crime, o cidadão deve ser julgado pela lei antiga ou aquela que pode favorecer o réu. Neste caso, o Tribunal Europeia dos Direitos Humanos propôs que fosse usado o Código Penal de 1976 em vez da revisão que foi feita no novo Código Penal de 2003 nos casos de Abduladhim Maktouf e Goran Damjanović.

²⁷ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

²⁸ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

²⁹ RICHARD A. POSNER, 2007, *Problemas de Filosofia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, p. 56.

5. Uma reflexão sobre a intervenção do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić – A moralidade nos direitos humanos

Quando apresentou o seu voto no caso *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08³⁰, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE notou como a proibição da lei penal retroativa e a retroatividade de leis penais mais brandas, denominadas por *lex mitior*, pertencem ao questionamento da justiça humana. Quando analisa o julgamento feito pela Bósnia e Herzegovina, em modo particular sobre a Câmara de Crimes de Guerra do Tribunal, considera que este deveria ser antecedido por um maior aprofundamento contextual do Direito Internacional dos Direitos Humanos para uma melhor perceção, ao refletir também sobre os avanços do Direito Penal Internacional, Direito Internacional Humanitário e o *status* de prática do Estado.

O caminho da civilização que o ser humano atingiu por meio da interpretação da realidade simbólica fez com que não apenas evoluísse ao longo dos tempos, mas que buscasse formas de continuar a manutenção da justiça dentro das sociedades. Com a justiça humana, as sociedades foram capazes de criar acordos para que todos fossem contemplados sem discriminação.

No pensamento de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, existe uma garantia fundamental na função de prevenção do Direito Penal que é a separação dos poderes do Estado e a prevenção da arbitrariedade do Estado, que são os objetivos do princípio *nullum crimen sine lege praevia*, que não pode existir um crime sem uma lei prevista para tal. Posso também afirmar que as leis para punirem os crimes cometidos dentro das sociedades são importantes para a prevenção da liberdade individual.

Quando acontece uma mudança na lei, existe a necessidade de se ter em conta a sua retroatividade dentro das sociedades e nas aplicações do Código Penal. O Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, no voto em *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08³¹, afirmou que a proibição da aplicação retroativa de novas infrações penais, em suma, deveria implicar a sua proibição de retroatividade de um sistema penal mais rigoroso, ao referir a *lex gravior*. Neste sentido, se uma lei penal não puder ser aplicada aos factos que ocorreram antes de entrar em vigor, uma infração penal não pode ser punida por sanções que não existiam na ocasião ou por sanções mais rigorosas das que aquelas que eram aplicadas durante o ocorrido, e é por isso que conclui que, nestes dois casos, a sentença retroativa deveria ser considerada arbitrária quando se compara a relação com a pena inovadora ou a pena aumentada.

O princípio da irretroatividade da lei penal tem a aceitação universal quando se trata da criminalização e da condenação em tempos de paz e pode ser encontrada no artigo 11.º, ponto 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no artigo 15.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no artigo 9.º da Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 7.º, ponto 2, da Carta Africana dos Direitos Humanos

³⁰ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

³¹ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

e dos Povos, no artigo 40.º, ponto 2 (a), da Convenção sobre os Direitos da Criança, nos artigos 11.º e 24.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), no artigo 49.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e no artigo 15.º da Carta Árabe de Direitos Humanos³².

Pode notar-se que o princípio da irretroatividade na lei penal se tornou uma realidade simbólica em todos os países. Por ser bastante difundido esse princípio, os criminosos ou os réus podem usar também dessa prerrogativa para pedirem um julgamento justo, com base nas leis que eram usadas no momento da ocorrência dos crimes.

Nesse sentido, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, no voto em *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08³³, reforça a ideia de que depois de ser praticado um crime, se a lei tem a imposição de ser sentenciada numa pena mais leve, o infrator deve beneficiar dela. Esse princípio deve ser aplicado a qualquer lei que prevê a redução ou uma mitigação de uma pena e *a fortiori* para uma lei descriminalizadora nomeada por *ex post facto*. Para o juiz, existe uma certa diferença que reside no âmbito temporal da *lex mitior*. A sua justificação é a seguinte: enquanto uma lei descriminalizadora *ex post facto* pode ser aplicada aos infratores até ao cumprimento integral das suas sentenças, com a existência de uma nova lei penal com a possibilidade de redução ou mitigação de penas que foram aplicadas aos infratores, esta aplicar-se-á até que as suas condenações se tornem *res judicata*.

O Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entende que o princípio da aplicação de uma lei penal mais leniente (*lex mitior*) se apresenta como o reverso da proibição de retroatividade de uma lei penal de maior severidade. Se existir uma possibilidade de uma lei penal mais severa não ser aplicada durante a ocorrência do crime, mas antes da sua entrada em vigor, deve ser aplicada uma lei mais branda, todos os crimes que aconteceram antes da entrada em vigor da lei devem ser julgados com a lei antiga enquanto estava em funcionamento, uma lei que os criminosos conheciam antes de cometerem os crimes e pelos quais podiam ser julgados depois.

Durante o seu voto no caso *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08³⁴, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE nota que quando se continua a aplicar uma lei penal mais severa, mesmo depois de ter sido mudada pelo legislador e substituída por uma outra mais branda, afeta-se a separação de poderes dos Estados, uma vez que os tribunais continuariam a impor uma lei penal mais severa depois de o legislador ter mudado a sua avaliação do grau de ilicitude de conduta e de correspondente grau de severidade das penas aplicáveis. Se acontecesse o inverso, quando o próprio legislador obrigasse que se aplicasse de forma contínua uma lei penal mais severa depois de ter sido substituída por uma mais branda, daria origem a uma contradição que o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE considera arbitrária e que corresponderia a uma dupla avaliação de padrões da ilicitude da mesma conduta que foi censurada.

³² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, «Opinião Concorrente...», cit., p. 323.

³³ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

³⁴ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

Quando o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE avalia os casos no seu voto em *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08³⁵, com base nos factos dentro do contexto político e judicial à luz dos princípios mencionados sobre a irretroatividade da lei penal, nota que a Bósnia e Herzegovina aplicou penas retroativas aos requerentes. Como prova desse facto, o requerente Damianović foi condenando com base no Código Penal de 2003 a 11 anos de prisão pelo Tribunal Estatal por espancamento, o que corresponde a mais do que o dobro da menor pena que era admissível de acordo com o Código Penal de 1976. No caso de Maktouf, foi condenado conforme o Código Penal de 2003 a cinco anos de prisão, o que corresponde a cinco vezes a menor pena que o Código de 1976 permitia aplicar nesses tipos de crime. Em termos de comparação, nota que o Código Penal de 1976 corresponde à *lex mitior* e o Código de 2003 é a *lex gravior*, quando os tribunais nacionais da Bósnia e Herzegovina, ao agirem dessa forma, não apenas violaram o artigo 4.º, ponto 2, do Código Penal de 2003 mas também o artigo 7.º, ponto 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Para restabelecer a justiça aos condenados, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE recomenda que as condenações dos requerentes deveriam ser declaradas nulas e sem efeito pelo tribunal nacional competente por ter havido uma violação ao artigo 7.º, ponto 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Considera que o artigo 7.º é um direito inderrogável, como decreta o artigo 15.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Portanto, se as condenações dos requerentes ainda estivessem válidas, depois de o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos concluir que houve uma violação ao artigo 7.º, poderia ser considerado uma derrogação *de facto* ao artigo 7.º, e essa derrogação não apenas invalidaria a conclusão de uma violação do julgamento que foi feito pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos mas também seria uma violação ao artigo 15.º. Mas, contudo, se a Bósnia e Herzegovina desejasse julgar os alegados atos criminosos que foram cometidos durante a Guerra da Bósnia, seria necessário realizar um novo julgamento³⁶.

Com as ideias de RICHARD POSNER, no seu livro *Problemas de Filosofia do Direito*, nota-se que os juízes possuem uma licença limitada para «desobedecer» às regras ao modificá-las enquanto o jogo estiver a decorrer. Até que se poderia eliminar esse paradoxo quando se pudesse afirmar que os juízes, ao infringirem uma regra, o fazem com a intenção de obedecer a alguma regra de mais alto nível, ou se, de alguma forma, se permitisse que os juízes infringissem as regras, poderia demonstrar-se que o que eles fazem não poderia ser considerado uma infração às regras. Contudo, seria apenas um jogo de palavras e não alteraria o facto de os juízes, com alguma frequência, decidirem rejeitar ou modificar aquilo que, até então, se mostrara como uma regra válida³⁷.

Neste sentido, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE defende os diversos tratados internacionais para que se possa restabelecer a justiça e que os juízes possam dar uma pena condigna aos requerentes com base no Código Penal de 1976 da Bósnia

³⁵ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

³⁶ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

³⁷ RICHARD A. POSNER, *Problemas de...*, cit., pp. 67-68.

e Herzegovina, e se os tribunais não aceitassem essa decisão, estariam também violando as leis³⁸.

É por isso que, para POSNER, os juízes se deparam continuamente com questões que não se poderiam resolver por meio da aplicação de algoritmo e que exigem deles o emprego da razão prática. Os seus julgamentos fundamentam-se por meio de diversos métodos, nos quais se destacam as reações instintivas que normalmente as pessoas usam para tomarem decisões quando não é possível o uso dos métodos da ciência e da lógica, por não se apresentarem por vezes como produtivas. Durante a atividade judicial, os juízes podem enfrentar diversos dilemas morais quando o Direito favorece um resultado que contradiz as suas profundas crenças morais. Por isso, quando se aplica um princípio moral a uma questão jurídica, não é a mesma coisa que tomar um partido em questões morais controversas e usar a filosofia moral normativa para resolver a disputa, essa é uma das relações problemáticas entre a moral e o Direito³⁹.

Os dilemas morais durante os julgamentos de crimes de guerra estão bastante presentes. No caso da Guerra da Bósnia, aconteceram diversos genocídios e os tribunais, ao mudarem a lei penal de 1976 para a nova lei penal de 2003, pensaram em punir duramente os praticantes desses crimes. Contudo, existe a proibição da retroatividade da lei quando não favorece o réu, violando assim diversos acordos internacionais, principalmente a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

6. Conclusão

O problema da interpretação da realidade e das leis foram dois fatores importantes no voto em *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08⁴⁰, do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, que não procurou apenas apresentar as leis que justificam as suas decisões, mas um restabelecimento da justiça aos condenados. Dessa forma, o ser humano esteve sempre no centro da sua reflexão.

Note-se que o julgamento dos crimes que cada cidadão comete dentro de uma sociedade deve ser enquadrado perante o conjunto das leis preestabelecidas. Os cidadãos devem estar conscientes dos seus atos e das penas que existem se cometerem algum tipo de violação. O Código Penal, no pensamento de ERNST CASSIRER, pode ser interpretado como uma realidade simbólica, por constituir diversos princípios da interpretação das ações permitidas ou não dentro de uma determinada sociedade⁴¹.

Por ser um voto que abrange, também, alguns assuntos sensíveis que aconteceram durante a Guerra da Bósnia, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no caso *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08⁴², teve de reconhecer que houve uma violação dos direitos dos criminosos de guerra durante

³⁸ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

³⁹ RICHARD A. POSNER, *Problemas de...*, cit., pp. 67-68.

⁴⁰ *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

⁴¹ ERNST CASSIRER, *Antropologia Filosófica...*, cit., p. 51.

⁴² *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, cit.

o julgamento, no caso, de Abduladhim Maktouf e Goran Damjanović, que é a violação do artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

O princípio da irretroatividade da lei penal tem a aceitação universal quando se trata da criminalização e da condenação em tempos de paz e pode ser encontrado em diversos tratados internacionais. É por isso que o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE fundamenta a ideia de que quando é praticado um crime, se a lei tem a imposição de ser sentenciada uma pena mais leve, o infrator deve beneficiar dela. Esse seria também um dos princípios de justiça.

Podem existir diversos dilemas morais durante os julgamentos, contudo, é necessário que o juiz não seja apenas um intérprete da lei e que queira punir de qualquer forma, deve sempre ter cuidado para entender que esse réu também é um ser humano, que existem diversas leis que o protegem e que isso também precisa de ser respeitado.

Penso que seja essa uma das lições que se podem aprender com o voto do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, um respeito mútuo dentro da convivência no meio social e que os tribunais possam fazer justiça e não discriminar os réus, por mais que os crimes tenham ocorrido durante uma guerra que causou a morte de muitas pessoas. A justiça deve servir como fundamento do restabelecimento da ordem dentro de uma sociedade.

7. Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE. (2021). «Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a adesão do Juiz Vučinić», in *Corte Europeia dos Direitos Humanos. Comentário dos votos do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque*, org. André de Carvalho Ramos, São Paulo, Tirant lo Blanch.
- APPIAH, KWAME ANTHONY. (1997). *Na Casa de Meu Pai: A África na filosofia da Cultura*, Rio de Janeiro, Contraponto.
- CASSIRER, ERNST. (1977). *Antropologia Filosófica: Ensaio sobre o homem. Introdução a uma filosofia da cultura humana*, São Paulo, Mestre Jou.
- CASSIRER, ERNST. (2003). *O Mito do Estado*, São Paulo, Conex.
- CC [Código Civil português]. Atualizado até à Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, incorporando a Declaração de Retificação n.º 24/2006, de 17 de abril.
- CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*.
- MBEMBE, ACHILLE. (2017). *Políticas da Inimizade*, Lisboa, Antígona.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.
- POSNER, RICHARD A. (2007). *Problemas de Filosofia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes.
- RAMOS, ANDRÉ DE CARVALHO (org.). (2021). *Corte Europeia dos Direitos Humanos. Comentário dos votos do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque*, São Paulo, Tirant lo Blanch.
- SCHMITT, CARL. (1996). *A Crise da Democracia Parlamentar*, São Paulo, Scritta.
- SCHMITT, CARL. (2015). *O Conceito do Político*, Lisboa, Edições 70.
- SILVA, GUSTAVO. (2011). *Da rosa ao Pó: Histórias da Bósnia pós-genocídio*, Rio de Janeiro, Tinta Negra Bazar Editorial.
- TEDH, *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina*, n.ºs 2312/08 e 34179/08, 18 de julho 2013.

CAPÍTULO VII

DISCRIMINAÇÃO POLÍTICA

Vasiliauskas c. Lituânia

Vasiliauskas c. Lituânia

Discriminação de um grupo político

J. SILVA LOPES*

MARIA MANUELA MAGALHÃES SILVA**

Resumo: O presente artigo apresenta-se como um escrutínio à densificação do caso *Vasiliauskas c. Lituânia*, apurando-o em diversos quadrantes que não o meramente jurídico e que, no cúmulo de todos, deveria ter determinado outra decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que assentiu no juízo de que a Lituânia violou a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), concretamente o artigo 7.º.

Enunciação compactada do caso concreto

A Lituânia aplicou retroativamente a um seu cidadão uma conceção ampliada e amplificada de genocídio contemplada na lei nacional em vigor à data da condenação, mas não contemporânea do(s) ato(s) executado(s) por Vasiliauskas. Nitidamente a consideração conceptual do crime de genocídio foi desenhada legalmente com o propósito de julgar as pessoas que assumiram posições repressivas ao entono dos interesses soviéticos na Lituânia durante a ocupação do seu território pela União Soviética após a Segunda Guerra Mundial.

Perante esta realidade, o TEDH perfilhou um entendimento engajado por uma maioria delicada, uma vez que deu azo a um conjunto de votos vencidos com um manancial crítico bastante acintoso e que detém um denominador comum de que o Tribunal adotou uma linha de pensamento acentuadamente formal, descurando censuradamente uma veia material de realização prática da justiça, a qual era devida às vítimas da predita repressão soviética, que a clamam com toda a oportunidade histórica e pessoal.

Os votos vencidos têm, entre outras valências, o relevo de estribar um eixo de pensamento que permitirá acomodar o julgamento e eventual condenação de atos similares de sevícias seletivas e enformadas por razões políticas.

Palavras-chave: Genocídio; crimes de guerra; crimes contra a humanidade; CEDH; Vasiliauskas.

1. Introdução

O menu de um café histórico de Varsóvia, *Radio Cafe*, dá-nos notícia de que depois do pesadelo nazi naquela zona do Báltico e arredores surgiu um outro e mais duradouro, o soviético.

* Professor Auxiliar da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Investigador integrado do Instituto Jurídico Portucalense. Porto.

** Professora Associada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Investigadora integrada do Instituto Jurídico Portucalense. Porto.

Com efeito, são deveras conhecidas as barbáries ocorridas durante a ocupação soviética, desde deportação de famílias com desmembramento dos laços familiares entre maridos e mulheres, pais e filhos, associado a aldeias incendiadas e casas destruídas¹.

2. Enunciação analítica do caso concreto

O arguido Vasiliauskas era inicialmente um agente do *Ministerstvo Gosudarstvennoï Bezopasnosti* (Министерство Государственной Безопасности – MGB), que teve a sua atividade compreendida entre 1946 e 1954, instituição substituída pelo *Komitet Gosudarstvenno Bezopasnosti* (Комитет государственной безопасности – KGB), que teve a sua atividade compreendida entre 1954 e 1991.

O recurso a esta polícia, por parte do poder central soviético, visava a eliminação de toda e qualquer resistência ou atividade subversiva contra a reocupação da Lituânia em 1944, os então denominados «inimigos do regime».

Como é amiúde ocorrer em territórios ocupados, verificou-se na Lituânia a existência de um grupo armado de resistência à presença forçada da União Soviética, e foi justamente (pelo menos) dois desses guerrilheiros, identificados nos arquivos do MGB como membros da resistência armada clandestina nacional lituana (*partizanai–nacionalinio ginkluoto pogrindžio dalyviai*), que Vasiliauskas, em 1953, face à obstinação dos mesmos à sua captura, matou² enquanto membros do MGB desde 1952.

Este evento teve consequências significativamente positivas na vida profissional de Vasiliauskas, uma vez que o sucesso da operação valeu-lhe uma condecoração, prémio financeiro e o ingresso no partido comunista e ulteriormente no KGB.

Após a restauração da independência da Lituânia, em 11 de março de 1990, Vasiliauskas foi acusado pela Promotoria Pública de genocídio em 2001 e julgado culpado em 2004. A segunda instância e o Supremo Tribunal confirmaram a decisão de condenação em 2005.

Perante esta reconfirmação, Vasiliauskas recorreu para o TEDH, tendo sido julgado em 2013 e em 2015 o Tribunal entendeu que o Estado da Lituânia violou o artigo 7.º da CEDH, decisão que foi tomada por nove votos a favor e oito contra, o que evidencia a divisão do Tribunal quanto aos fundamentos adotados.

¹ Curioso é que o regime soviético promoveu deportações em sentido diverso, *v.g.*, da URSS para a Finlândia, onde 63 000 cidadãos soviéticos de etnia finlandesa (os chamados «ingrians») foram transferidos da área de Leninegrado para a Finlândia. KEVÄT NOUSIAINEN, 2011, «Minorities' Right to Day Care: Liberal Tolerance or Identity Maintenance?», in *European Union non-discrimination law and intersectionality, investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*, Dagmar Schiek e Anna Lawson ed., University of Leeds, UK, Ashgate Publishing Limited, p. 148.

² Ou pelo menos integrou o grupo que ultimou esses decessos.

3. A imagem da decisão

De modo esquemático, entendeu-se que (i) Vasiliauskas matou dois guerrilheiros armados e não dois civis; que (ii) a Lituânia concebeu que a presença soviética, enquanto regime político de ocupação repressiva, elevava-se à categoria jurídica de genocídio, justamente a que foi encapsulada em lei especial sobre o genocídio³ e que data de 1992, tendo ulteriormente sido integrada no Código Penal.

O Tribunal decidiu considerar múltiplos aspetos formais, começando por escalpelizar o âmbito de aplicação da Convenção das Nações Unidas de 1948 sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, defendendo que a mesma contempla, de modo taxativo, os específicos critérios de proteção de grupos: nacional, étnico, racial, religioso (artigo II)⁴. Não conseguiu, pois, decalcar estes critérios na atuação soviética, já que do ponto de vista filosófico-político esta escorava-se numa conceção de dimensão social, uma vez que o grande e ultimado propósito prendia-se com a proteção do proletariado contra as opressões do patronato, por via de uma estatização dos meios de produção, após uma frutuosa luta de classes.

Esta realidade dificultou o juízo concludente, por parte do Tribunal, de que a conduta política perpetrada pelos soviéticos, pontuada por aquele incidente fatídico, não poderia ser equacionada como uma determinação agressiva contra a Lituânia enquanto nação. Com efeito, saca-se da decisão que a URSS considerava aqueles territórios integrados, de facto e *de iure*, no território soviético⁵, daí que catalogasse todos os que se sublevavam contra a ocupação como «*inimigos da URSS*», independentemente da sua nacionalidade, dado que entendiam que aquelas atividades de sublevação atentava ao propósito proclamado da presença e direção política soviética⁶.

Um dado muito relevante para o desfecho decisório do TEDH prende-se com o facto de os tribunais lituanos (incluindo a promotoria pública) terem qualificado a conduta de Vasiliauskas como de genocídio contra um grupo *político*, não obstante o tribunal de recurso ordinário lituano ter esboçado uma conectividade do ato perpetrado com o de ofensa a um grupo nacional, associando o grupo *político*

³ Lei da República da Lituânia sobre Responsabilidade pelo Genocídio de Habitantes Lituanos, de 9 de abril de 1992.

⁴ Este entendimento é tributário da conceção doutrinária que admite, defendendo, que, a longo prazo, o método convencional de criação do direito internacional pela celebração de tratados permanece o mais indicado ou ajustado e, em concomitância, o mais apropriado e o menos controvertido. Neste sentido: *vide* BIN CHENG, 1965, «United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?», *Indian Journal of International Law*, vol. 5, pp. 23 a 48, e I. Herczeg, 1971, «Space Treaties and Law-Making Process in International Law», in *Questions of International Law*, Hungarian Branch of the International Law Association (ed.), Budapeste, Progresprint, pp. 51 a 63, em especial a p. 53.

⁵ LAURI MÄLKSOO, 2001, «Soviet Genocide? Communist Mass Deportations in the Baltic States and International Law», *Leiden Journal of International Law*, p. 762.

⁶ JOSEPH VIZULIS, 1985, *Nations Under Duress*, Port Washington, N.Y., Associated Faculty Press, p. 101.

(premissa iniciática) como integrante de um grupo *nacional*⁷. Equacionamos que, se porventura as instâncias lituanas tivessem dado enquadramento jurídico da delinquência criminal de Vasiliauskas como um crime de guerra⁸ ou crime contra a humanidade⁹, o *thema decidendi* do TEDH seria outro e, eventualmente, a decisão *stricto sensu*, também ela, seria diferente.

O Tribunal cuidou de estabelecer uma resenha histórica por mor de afinar a definição de genocídio, recorrendo ao iniciático contributo de RAPHAEL LEMKIN¹⁰, o qual considera como genocídio «*the destruction of a nation or of an ethnic group*»¹¹. Socorreu-se, ainda, de interpretação subjetivista histórica, já que inicialmente (1946) foi aprovada uma Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 96 com um sentido abrangente¹² e, depois, verificou-se que a versão final da Convenção, de 1948, afinal limitou o catálogo dos grupos, sob os critérios de nacionalidade, etnia, raça ou religião, o que ainda se mantém.

Constata-se, portanto, uma desconsideração, por parte do TEDH, dos critérios político-sociais, os quais vieram a ter contemplação no Código Penal da Lituânia de 2000, a par de um registo histórico de múltiplos países no mesmo sentido. O caso da Lituânia difere dos demais, uma vez que este país decidiu aplicar retroativamente a incriminação.

O Tribunal Constitucional da Lituânia, chamado a tratar da situação, considerou que efetivamente constituía um atropelo constitucional a incriminação por genocídio social/político de modo retroativo. Admitiu, todavia, que perante uma evidência de que o grupo político/social fora atingido, ou uma parte significativa do mesmo, com o propósito do seu extermínio, pudesse ser, afinal, associado a um grupo nacional ou outro grupo de natureza diferenciada, mas igualmente protegido pelo crime de genocídio, daí ter admitido a condenação retroativa dos prevaricadores.

⁷ *Prosecutor c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Julgamento, 2 de setembro de 1998: «*a national group is defined as a collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties.*»

⁸ Na Decisão sobre Recurso Interlocutório de Competência em Relação à Responsabilidade de Comando, a propósito de *Prosecutor c. Hadžihasanović*, processo n.º IT-01-47-AR72, 16 de julho de 2003, lê-se: «*Customary international law recognizes that some war crimes can be committed ... in the course of an internal armed conflict; it therefore also recognizes that there can be command responsibility in respect of such crimes*», acessível em <https://ihl-databases.icrc.org>.

⁹ Vide, por todos, M. CHERIF BASSIOUNI, 1999, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2.ª ed. rev., The Hague, Kluwer Law.

¹⁰ *Axis Rule in Occupied Europe*, 1944, p. 79, citado pela própria decisão em comentário.

¹¹ «*Genocide is directed against the national group as an entity, and the actions involved are directed against individuals, not in their individual capacity, but as members of the national group*». «*Genocide has two phases: one, destruction of the national pattern of the oppressed group; the other, the imposition of the national pattern of the oppressor. This imposition, in turn, may be upon the oppressed population which is allowed to remain, or upon the territory alone, after removal of the population and colonization of the area by the oppressor's own nationals*».

¹² «*(...) genocide is a crime under international law which the civilized world condemns, and for the commission of which principals and accomplices – whether private individuals, public officials or statesmen, and whether the crime is committed on religious, racial, political or any other grounds are punishable*», acessível em <https://digitallibrary.un.org/record/209873>.

Esta abordagem jurídica do Tribunal Constitucional lituano revela que, sem adição hermenêutica¹³, Vasiliauskas não podia ser condenado pelo crime de que vinha acusado, o que era também ajustado ao direito internacional, também ele considerado sem burilamento semântico-jurídico¹⁴.

Disto não se deu conta o TEDH que, por maioria, assentou a sua decisão em dois eixos axiais, um de ordem fenomenológica e outro de cariz eminentemente jurídico, ainda que formalístico.

Quanto ao primeiro, o TEDH sobressaiu que as autoridades judiciais lituanas não lograram provar, nem sequer apresentar com *determinidade*, o critério catalogante de que os visados do ato criminoso de Vasiliauskas, guerrilheiros lituanos, tinham de ser considerados, em 1953, como integrantes de uma parte significativa de um grupo nacional, *i.e.*, um grupo protegido pelo artigo II da Convenção do Genocídio¹⁵.

No quadro do húmus jurídico *decidendi*, o TEDH, concedendo densidade ao critério de *previsibilidade relevante*, concluiu que, apesar de se vislumbrar uma evolução da conceção internacional do crime de genocídio e que pode ser estacado na história como tributário de uma matriz consuetudinária estabelecida nos trabalhos parturientes da Convenção de 1948, o certo é que Vasiliauskas não a poderia ter previsto em 1953, já que a mesma é o zénite de um desenvolvimento tardio de uma adrede conceptualização criminal por parte do direito internacional¹⁶.

¹³ Importa ter por perto o entendimento de GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, 1988, *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Madrid, Editora Civitas, p. 64, quando refere: «en realidad la interpretación de la norma jurídica es siempre pluridimensional, no unidimensional, y se va desarrollando desde diversas perspectivas. Se habla, como de todos es sabido, de una interpretación histórica, sistemática, gramatical y teleológica. Cada una de estas interpretaciones nos ofrece distintos puntos de vista para comprenderle sentido último de la norma».

¹⁴ Na esteira do pensamento de G. I. TUNKIN, 1966, *The Legal Nature of the United Nations*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, vol. 119, pp. 18, 19, 22 e 23.

¹⁵ Encontramos aqui a adoção formal e formalística do princípio da legalidade, chegando a assumir foros de empedernido, ao impedir a integração do grupo político perante a inexistência de lacuna da Convenção do Genocídio, já que em 1948, depois de a ter considerado como hipótese de contemplação normativa, face à Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 96, decidiu não respaldá-la textualmente. No mesmo sentido, KAI AMBOS, março 2017, «The Crime of Genocide and the Principle of Legality under Article 7 of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 17, n.º 1, p. 184. Naturalmente, não defendemos o radicalismo do Tribunal em *Ilseher c. Alemanha* [GC], n.ºs 1011/12 e 27505/14, de 4 de dezembro de 2018, mas entendemos que há margem para acomodar tais grupos no critério da nacionalidade sob a verificação de determinados pressupostos, designadamente, os que permitiam a conclusão de que se descortina um perfil de índole sócio-político ou sócio-étnico, com veio nacionalista do grupo a que pertenciam as identificadas vítimas.

¹⁶ *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. Todavia, em *Jorgic c. Alemanha*, n.º 74613, de 12 de julho de 2007, o Tribunal havia admitido «o desenvolvimento judicial da noção disputada, porque ele era consentâneo com a essência do crime e razoavelmente previsível», WLADIMIR BRITO, PAULO ALBUQUERQUE e PEDRO FREITAS, 2019, «Relações entre a Convenção e o direito internacional penal», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. I, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 317.

4. O outro lado do espelho

Importa agora enunciar a posição jurídica dos dissidentes da decisão maioritária, com particular destaque a dos Juízes VILLIGER, POWER-FORDE, PINTO DE ALBUQUERQUE e KÜRIS e ZIEMELE.

Começando pela posição da Juíza ZIEMELE da Letónia, a mesma entendeu que as autoridades lituanas socorreram-se de uma interpretação maturada ao fim de um período considerável, tomando naturalmente por referência a data dos atos desviantes e criminalmente relevantes de Vasiliauskas, todavia só o fizeram *parcialmente*, uma vez que o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) já se movimentara na redoma interpretativa do crime de genocídio assumida pelas autoridades lituanas. Defende mesmo que o TIJ já havia evidenciado, em decisões pretéritas, uma veia coincidente com a *mens legislatoris* da Convenção de 1948, ou seja, precedentemente aos factos ajuizados¹⁷.

Com efeito, a Juíza ZIEMELE entendeu que seria esta a matriz a impetrar na decisão do caso *sub judice*, uma vez que, para si, a jurisprudência do TIJ assume foros de autoridade ajustada para o juízo *decidendi* do TEDH, quando em causa está a judicativa-intelecção do desígnio e materialidade de um arquétipo conceptual do artigo II da Convenção. Aditou, ainda, que o Tribunal Internacional Criminal para a antiga Jugoslávia (TICJ)¹⁸ havia adotado o mesmo registo interpretativo, motivo pelo qual não se pode propalar que se trata de um produto hermenêutico contemporâneo ou de desenvolvimento tardio.

Por sua vez, os Juízes VILLIGER, POWER-FORDE, PINTO DE ALBUQUERQUE e KÜRIS alegaram, de modo sincopado, que o TEDH elevou ao *thema decidendi* e ao segmento decisório um juízo formatado por um estribo deveras formalista¹⁹, o que o impediu

¹⁷ Já em parecer de 1951 sobre as Reservas à Convenção sobre o Genocídio, a ICJ sobressaíra que os princípios humanitários subjacentes àquela Convenção eram reconhecidamente «obrigatórios aos Estados, mesmo na ausência de qualquer obrigação convencional», Parecer de 28 de maio de 1951, ICJ Reports, 1951, p. 23.

¹⁸ Por exemplo o TPIJ, em 26 de fevereiro de 2007, no caso relativo à aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Julgamento, 26 de fevereiro de 2007, acessível em <https://www.icj-cij.org/case/91>), concluiu que o genocídio na Bósnia e Herzegovina havia sido cometido em relação ao massacre de Srebrenica em 1995. SUSANA SÁ COUTO, 2007, «Reflections on the Judgment of the International Court of Justice in Bosnia's Genocide Case against Serbia and Montenegro», *Human Rights Brief*, vol. 15, n.º 1, pp. 2 a 6.

¹⁹ Curiosamente num caso mais recente, *Drėlingas c. Lituânia*, n.º 28859/16, 12 de março, a propósito de uma condenação por genocídio cometido na década de 1950 por partidários lituanos, o Tribunal considerou que a decisão do Supremo Tribunal lituano tinha clarificado a jurisprudência anterior (Vasiliauskas), concluindo que a condenação do recorrente por genocídio de partidários dos grupos aí identificados podia ser julgada previsível, de acordo com o art. 7.º da Convenção. O Tribunal entendeu que o Supremo Tribunal «dissipou a falta de clareza identificada em Vasiliauskas, decorrente da discrepância no direito interno, a saber, o artigo 99.º do Código Penal, e o artigo II da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio», apresentando uma considerável explicitação sobre os elementos integrantes do conceito de «nação» bem como sobre as proposições do juízo concludente de que as vítimas, enquanto elementos integrados num grupo étnico e nacional, faziam parte da «nação lituana». Tendo o Supremo Tribunal

de relevar os pergaminhos históricos de então²⁰, a par de inusitada resistência em perspetivar as vítimas como pertencentes a um grupo não meramente político²¹, mas sim como integrantes de um grupo que constituía uma bandeira para toda a nação lituana, motivo pelo qual representava-a^{22/23}.

As suas palavras emprestam maior consistência ao que se acabou de afirmar: «Não podemos aceitar que um grupo protegido (uma nação) que se defende da destruição do seu próprio tecido, embora a mobilização de um movimento de resistência de repente, por esse acto de resistência, se transforme apenas num “grupo político”, colocando-se assim fora os termos da Convenção do Genocídio. Isso seria interpretar tanto a Convenção do Genocídio quanto as disposições da Convenção Europeia de maneira excessivamente formalista e em um espírito inconsistente com seus propósitos.»

A Juíza POWER-FORDE aditou uma outra crítica à decisão tomada, em cúmulo às que tinha formulado conjuntamente com os Juízes VILLIGER, PINTO DE ALBUQUERQUE e KÜRIS, e que se prende com a perda de uma excelente oportunidade de rotular esta ínvia era soviética relativamente ao genocídio, a qual pouco diferente em ideologia, intenção e execução quanto a política adotada por Hitler e seus colaboradores nazistas²⁴.

explanado que a conduta persecutória e repressiva da URSS na Lituânia tinha uma linha metodológica de ataque seletivo contra a população mais ativa e eminente, poder-se-ia concluir que a conduta soviética era determinada, sobretudo, por critérios de nacionalidade e etnia.

²⁰ Note-se que o enquadramento das ações das autoridades soviéticas nos Estados bálticos foi já objeto de notação pelo TEDH em *Penart c. Estónia* [(dec.), n.º 14685/04, 24 de janeiro de 2006] *Kolk e Kislyiy c. Estónia* [(dec.), n.ºs 23052/04 e 24018/04, de 7 de janeiro de 2006] e, mais recentemente, *Larionovs e Tess* (c. 20 e 114, 25 de novembro de 2014). Daí que estes juízes tenham considerado que a análise factual ou as conclusões dos tribunais lituanos não se revelavam arbitrárias.

²¹ Do ponto de vista jurídico foi pontuado, com relevância, a intestina relação entre as normas de ambos os números do art. 7.º da Convenção, daí que não fosse necessário fazer uma interpretação isolada dos factos à luz do n.º 2 do dito preceito legal.

²² Aqui é de relevar o aspeto processual de o TEDH, nesta decisão, afastar-se dos seus próprios precedentes (*Elsholz c. Alemanha* [GC], n.º 25735/94, § 66, ECHR 2000 – VIII, e *Donohoe c. Irlanda*, n.º 19165/08, § 73, 12 de dezembro de 2013 – citados pelos identificados Juízes dissidentes), substituindo-se à avaliação dos factos efetuada pelos tribunais da Lituânia.

²³ Atente-se que o TPI para Ruanda (TPIR) entendeu em *Prosecutor c. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda* [(Julgamento e Sentença), ICTR-96-3-T, 6 de dezembro de 1999] que não havia uma definição internacionalmente aceite de grupos protegidos e que esses conceitos deveriam ser avaliados à luz de um contexto político, social e cultural específico, o que foi descurado na decisão sob escrutínio, dizemo-lo sem reservas. A propósito, diremos que o texto legal, enquanto objeto hermenêutico, afeiçoa-se, revelando-se, como a própria realidade humana no seu desenvolvimento histórico, traduzida esta na dimensão «ser-no-mundo» a cada instante, em que o homem imerge a uma realidade da qual faz parte quer num plano decisor quer num alçado de cumprimento de uma heterocomposição.

²⁴ RAPHAEL LEMKIN, já citado, que foi um advogado de origem polaco-judaica e inventor do termo genocídio, também alegou que os regimes nazi e soviético partilhavam a característica definidora da tentativa de destruir os padrões então vigentes dos grupos oprimidos e substituí-los por um germânico ou por um soviético. Douglas Irvin-Erickson, 2013, «Genocide, the “family of mind” and the romantic signature of Raphael Lemkin», *Journal of Genocide Research*, vol. 15, n.º 3, p. 285, acessível em www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/14623528.2013.821222.

Com efeito, entendeu – o que colhe o nosso beneplácito – que ambos os regimes totalitários projetaram a violência política além de todos os limites pretéritos, e no que toca à vida humana, a destrutividade do «programa» de Estaline superou qualquer outro desastre na história da Europa, até mesmo a Segunda Guerra Mundial, desde logo pela longevidade.

Os Juízes SAJO, VUČINIČ e TURKOVIČ, por sua vez, entenderam que o pedido devia ser indeferido, uma vez que o Tribunal Constitucional da Lituânia disponibilizou um recurso para o requerente, o que constituiu instrumento suficiente e ajeitado à defesa da sua posição.

5. O reflexo do espelho

Porventura, a encruzilhada das considerações efervescentes da decisão tomada e as que os vencidos enunciaram obriga-nos, no labor de elucubração adrede exigido, a um concurso de heterónimos pessoanos, já que teremos de atender à simplicidade dos factos históricos, que, por tão cruéis, castiga-nos com a evidência e aqui servimo-nos de Alberto Caeiro com a sua mestria de entendimento. Por outro lado, a perceção complexificada da realidade convoca, para a sua desconstrução analítica, a astúcia de Álvaro de Campos no seu perambular pela modernidade de pensamento. Por fim, servir-nos-á Bernardo Soares ante a sua dimensão de quotidiano linear.

Uma boia de pensamento não poderá deixar de ser pontuada no levantado mar de atrocidades que a ocupação soviética dos Estados bálticos²⁵ levou a cabo, com um requinte de desumanidade²⁶, ao ponto de podermos qualificar o Estado soviético, de então, como um Estado de íntima inumanidade, a qual não foi conveniente e ajustadamente expurgada pelo direito internacional, face ao pragmatismo diplomático que impera nestes sinuosos trilhos de história contemporânea.

Com efeito, apesar de todos os escolhos que a suposta neutralidade apostilha, o certo é que podemos contemplar este processo sob um prisma de peleja entre Thémis e Adikia, correspondente ao confronto dos estalões democráticos desfraldados pelo Ocidente e um retrógrado expansionismo russo recorrentemente vivificado e presentemente sublinhado e musculado ante uma mumificação comprometedora do Ocidente que balbucia espasmos de reação²⁷.

²⁵ No contexto da região do Báltico, o regime soviético raramente dirigiu os seus esforços declarados contra as nacionalidades como tal, preocupou-se principalmente em livrar-se das pessoas das «classes altas» dos territórios recém-ocupados, a coberto de uma política bolchevista de eliminação da classe burguesa, quando na verdade pretendia eliminar seletivamente as personalidades dominantes, com o fito de decapitar os eventuais líderes dos grupos políticos nacionais. JUSTINAS ŽILINSKAS, 2016, «*Vasiliauskas vs Lithuania: Battle lost in the war to come?*», *International Comparative Jurisprudence*, vol. 2, n.º 2, p. 6. Em todo o caso, não descartou outros elementos intermédios, como é o caso dos guerrilheiros mortos ante a conduta de Vasiliauskas.

²⁶ ENN SARV e PEEP VARJU, 2005, «*Survey of Occupation Regimes*», in *The White Book: Losses inflicted on the Estonian nation by occupation regimes, 1940–1991*, Estónia, Estonian Encyclopaedia Publishers, p. 14, acessível em www.riigikogu.ee.

²⁷ A reação tímida dos países do Ocidente a uma novela impregnada de «cenas dos próximos capítulos» permitiu que o poder despótico instalado no Kremlin perpetrasse uma «limpeza»

Ao invés do que ocorreu com os tribunais lituanos, em 1953, a decisão tomada esteou o seu entendimento numa alegada impossibilidade conclusiva de os guerrilheiros vitimados integrarem um grupo protegido pelo artigo II da Convenção do Genocídio, ou seja, de constituírem uma parte significativa do grupo nacional, daí ter concluído não poder corroborar a *veredicti ratione auctoritas* das decisões domésticas.

Estamos em crer, todavia e se bem interpretamos os fundamentos da decisão, que a mesma manter-se-ia caso o TEDH tivesse concluído que os guerrilheiros vitimados integravam um grupo protegido pelo artigo II da Convenção do Genocídio, uma vez que o seu *argumentum auctoritatis* (para os vencidos *argumentum ab verecundia*) e formatador do específico segmento decisório fundeia-se na imprevisibilidade por parte de Vasiliauskas, em 1953, de equacionar a possibilidade de um silogismo da sua conduta ao crime genocídio.

A previsibilidade equacionada e adotada pelo TEDH eleva-se a uma neguentropia, entendida como medida de um sistema que estabeleceu, como fronteira de imputação censurável do facto ao agente, a perceção de dois nucleares vetores.

O primeiro vetor, que poderemos de reputá-lo como gnoseológico-subjectivo, entronca na concludência, ou a ausência dela, de Vasiliauskas não ter sido capaz de alcançar que os guerrilheiros vitimados correspondiam a um grupo nacional ou, se tal fosse assumido, que integravam uma parte considerável do mesmo e como representante de uma «*parte significativa da nação lituana*». A verificação deste *quid* é preciosa, pois só ela potencia a equação do elemento volitivo por parte do agente (Vasiliauskas).

Atendendo ao que aludimos *supra* a propósito da linha de consideração, por parte da URSS, de que todos os que se opunham à ocupação do poder soviético eram «inimigos» *tout cour*, asserção alegadamente despejada de rotulagem nacionalista, parece obstaculizar a verificação do primeiro vetor. Todavia, teremos de despojarmo-nos da conveniência de um discurso de doutrinação soviético para cuidarmos da materialidade do ocorrido. Não há ocupação sem vislumbre das fronteiras políticas, caso contrário não se acorria a terminologia como a de «união»²⁸, «unificação», «integração», etc. Portanto, a ocupação soviética trazia atrelada a premissa de que os ímpetus nacionalistas²⁹ não se eliminavam por heterónoma,

interna, sem obstáculos de maior, para, depois da casa arrumada, fazer da Ucrânia o seu quintal minado de atrocidades e dos maiores atentados contra a Humanidade, que, por certo e caso haja substituição do presente *statu quo* russo, demandará uma doutrina já alinhada e fortificada de principologia como a que os juízes dissidentes proclamaram.

²⁸ União Союз Советских Социалистических Республик, transliterado como *Soyuz Sovetskikh Sotsialisticheskikh Respublik*.

²⁹ Dizendo-o com FERNANDO PESSOA no poema intitulado «D. Fernando, Infante de Portugal», «E eu vou, e a luz do gládio erguido dá / Em minha face clara. / Cheio de Deus, não temo o que virá, / pois, venha o que vier, nunca será / Maior do que a minha alma.», acessível em <https://biblioteca-digital.ebsqf.pt>.

externa e estranha vontade do ocupante, pois os rizomas dos mesmos vivificam pelos pergaminhos históricos³⁰.

Por certo, disso se deu conta o TEDH, daí que se tenha socorrido do critério de que não ficou provado que os guerrilheiros pudessem ser cogitados como representando uma «*parte significativa da nação lituana*», motivo pelo qual o impetrante Vasiliauskas estaria incapaz de prever a sua ação como um atentado contra um grupo nacional ou pelo menos que os guerrilheiros vitimados constituíam uma «*parte significativa do grupo nacional*», ou seja, um grupo protegido pelo artigo II da Convenção do Genocídio.

Aqui chegados, impõe-se considerar a valência deste argumento, justamente, para o repudiar, uma vez que os atos de genocídio não têm necessariamente que comportar atomisticamente um propósito de destruir, de uma só vez, um grupo, já que, caso o grupo se revele com dimensão considerável, deverá apurar-se se esse ato ou atos tinham o fito de alcançar o extermínio do grupo³¹. Entendemos que o critério axial de valoração dos atos perpetrados por Vasiliauskas deve ser apurado funcional e qualitativamente e não em razão de um qualquer resultado logrado ou gorado, ou ainda no quadro de uma perspectiva de causa e efeito imediatista³².

Decididamente, se aceitarmos a eleição do critério quantitativo ou de resultado direto do ato prevaricador teremos de acomodar a conceção do crime em causa a uma ínfima parte dos hediondos propósitos, já que só em casos de despautério atuante³³ é que poderemos sacar a *facti species* da norma incriminadora do genocídio. Afronta-nos grosseiramente esta posição, motivo pelo qual amigamo-nos do entendimento de que o critério promotor do acertado juízo terá de estribar-se qualitativamente, obrigando o decisor a apurar se funcionalmente o ato apontava, volitiva e conscienciosamente, para a extinção de um grupo³⁴ diretamente identi-

³⁰ Considera-se que a data de constituição do Estado da Lituânia remonta à coroação oficial do rei Mindaugas, a 6 de julho de 1253 em Voruta (atual Vilnius), que uniu os duques lituanos rivais numa nação e Estado, ou seja, 700 anos antes do fatídico acontecimento.

³¹ Concordamos com a interpretação efetuada pelos tribunais alemães relativamente ao conceito «intenção de destruir» no crime de genocídio, de modo a consagrar não apenas a destruição físico-biológica de um grupo, mas também a sua obliteração como unidade social detentora de características e peculiaridades e o seu senso de coerência, inclusive medidas de destruição não física, *cfr.* o já citado caso *Jorgic c. Alemanha*.

³² Caso para dizer com CLAUS ROXIN que não há conceitos puramente descritivos, nem puramente normativos, CLAUS ROXIN, 2006, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., Verlag C.H. Beck, p. 10.

³³ Traduzido, *v.g.*, na execução de atos de barbárie e de chacina.

³⁴ Importa atentar, com algum cuidado, na relevância da integração das vítimas como elemento do grupo político, uma vez que as mesmas eram guerrilheiros. Na verdade, e para efeitos do caso *sub judice*, assume particular interesse e relevância a forma como opera o sistema de autoridade no grupo primário, já que está vocacionado para influenciar as expectativas do indivíduo relativamente à superior autoridade do sistema político do Estado. Dentro do grupo primário, o indivíduo recebe formação para papéis que, mais tarde, lhe permitirá desempenhar outros mais valiosos e proeminentes na sociedade. Esta formação consiste tanto no ensino de certos padrões de comportamento que podem ser aplicados a situações posteriores, talvez mais significativas, de desempenho de papéis na estrutura do Estado e/ou noutros grupos de influência e de exercício de outras formas de poder no sistema político ou económico.

ficado no artigo II da Convenção do Genocídio ou considerado na *mens legislatoris*, independentemente da conceção que determinarmos para a mesma, se subjetivista histórica ou atualística ou objetivista histórica ou atualística³⁵.

Por nós declaramos, sem pudor da crítica, que a eleita deverá centrar-se na *mens legislatoris*, objetivista atualística, justamente aquela que considera o legislador ideal a elaborar a norma no momento em que a mesma determinaria o enquadramento ético-valorativo do ato a subsumir.

Toda a discussão teórica em torno do argumento de que os critérios qualitativos de «*em parte*» só tardiamente surgiram no direito internacional e que se deteta um vácuo doutrinário e jurisprudencial suficientes e bastantes para isentar de tipificação os atos cometidos por Vasiliauskas³⁶ é merecedora de crítica.

Este argumentário cede se palmilharmos os vestígios históricos do seu contrário, e rapidamente encontramos a consideração de critérios qualitativos no genocídio arménio no Império Otomano, que embrionariamente centrou os seus esforços genocidas em assassinatos em massa de notáveis figuras públicas e intelectuais³⁷. Cede, ainda, perante o direito internacional consuetudinário³⁸ que se encarregou de evidenciar uma de duas realidades, dizendo a primeira ao facto de tal dimensão pressupor que o artigo II da Convenção do Genocídio considera o requisito «em parte» encastrado no mesmo e, se avaliasse a necessidade de eliminar a hesitação manifestada pelo Tribunal, teria promovido a alteração formal do aludido preceito³⁹.

O caso *sub judice* é, ele próprio, tributário de um raciocínio parcelado, na medida em que se desprende de relevar os membros vitimados como elementos integrantes de um grupo protegido pela Convenção do Genocídio, por não sacar neste mesmo grupo a índole político-nacional e não admitir que a rarefação do hiato temporal

³⁵ Com efeito, a Convenção apresenta-se como um «instrumento vivo» a reclamar ser interpretado à luz de matrizes atuais e aportando à evolução da sociedade, tal-qualmente o próprio Tribunal já o afirmou em *Tyler c. Reino Unido*, n.º 5856/72, § 31, de 25 de abril de 1978.

³⁶ Concordamos neste particular ponto com a posição do Juiz ZIEMELE.

³⁷ WOLFGANG GUST, agosto/dezembro 2012, «The Question of an Armenian Revolution and the Radicalization of the Committee of Union and Progress toward the Armenian Genocide», *Genocide Studies and Prevention*, vol. 7, n.ºs 2/3, p. 256. DAVID GUTMAN, 2015, «Ottoman Historiography and the End of the Genocide Taboo: Writing the Armenian Genocide into Late Ottoman History», *Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association*, vol. 2, n.º 1, Law and Legality in the Ottoman Empire and Republic of Turkey, ed. Indiana University Press, primavera, p. 183.

³⁸ Encarreamo-nos, a este propósito, pelo entendimento de que alguns dos princípios da Declaração tornaram-se «obrigatórios» ao integrarem parte do direito internacional consuetudinário. G. EZEJOLOR, 1964, *Protection of Human Rights under the Law*, London, Butterworths, pp. 88 a 90.

³⁹ Atendemos ao direito internacional costumeiro como decorrente não pela repetição de atos que se predisponham, necessária e expressamente, à criação do direito internacional, mas sim por um exame escorado na observação criteriosa da atuação dos Estados no plano internacional. H. W. BRIGGS, 1951, «The Colombian-Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law», *American Journal of International Law*, vol. 45, p. 729. Se assim é, era detetável uma prática dos Estados no sentido de aceitarem que os atos de Vasiliauskas integravam o crime de genocídio.

em que a perseguição àqueles se verificou, apesar de diminuta, permitia cogitar a sua integração num genuíno grupo político-nacional⁴⁰.

Com efeito, a circunferência de interpretação dos atos de genocídio não pode prescindir da amplitude do arco histórico-fenomenológico e que radica em dois trilhos convergentes a final. O primeiro aferra-se no indesmentível facto de que o poder soviético – o instalado localmente e o centralizado em Moscovo –, logo que detetava a dissidência de alguns (que formavam um grupo organizado de resistência à ocupação em menagem ao sentimento enraizado de nacionalismo), negava-lhes quaisquer direitos assegurados quer pelo *jus ad bellum* quer pelo *jus in bellum*, já que tinha como único propósito o de eliminar o grupo, enquanto tal, por recurso a uma enviesada «prevenção geral» dos inimigos da URSS, implementando uma «solução especial» de pós-captura e que contemplava medidas como a morte, tortura, detenção em campo de concentração⁴¹. Este propósito era envolto capciosamente como uma intervenção policial, de repressão de criminosos vulgares⁴², de modo a esgueirar-se à jurisdição internacional, a que estava vinculada pelos instrumentos internacionais que assinara, na vã tentativa de iludir a comunidade internacional⁴³.

O segundo trilho, decorrência daquele, prende-se com a impossibilidade objetiva de os «povos vítimas» poderem contribuir, ainda que parcialmente, para a redação de instrumentos formais de direito internacional que estipulassem, de modo indubitável, a incriminação dos atos que os infligiam⁴⁴. Com este entono, o regime soviético pretendia açaimar a determinação dos «povos vítimas», determinando-os à vassalagem impune dos seus interesses ideológico-políticos.

Este entendimento promove um conjunto alarmante de conclusões: (i) basta que o grupo opressor efetue registos esparsos de «limpeza»; (ii) que rotule os elementos como criminosos comuns; (iii) não os identifique como associados a um grupo específico, designadamente dos formalmente identificados na convenção do genocídio, e (iv) opte por uma atuação persecutória em registo *de profundis, valsa lenta*. Com efeito, a conduta soviética faz jus ao poema de ELIZABETH BROWNING *De profundis*: «*The world goes whispering to its own, / This anguish pierces to the bone; / (...)*

⁴⁰ Apesar de tudo, não deixou de aceitar a perspetivação quantitativa e qualitativa de grupo, na esteira do resultado evolutivo da jurisprudência dos tribunais penais internacionais.

⁴¹ JOSEPH PAJAUJIS-JAVIS, 1980, *Soviet Genocide in Lithuania*, New York, Manyland Books, p. 42.

⁴² DOVILĖ SAGATIENĖ, 2020, «The Debate about Soviet Genocide in Lithuania in the Case Law of The European Court of Human Rights», in *Nationalities Papers*, Association for the Study of Nationalities, Cambridge University Press, p. 3.

⁴³ W. KULSKI, abril de 2017, «Some Soviet Comments on International Law», *American Journal of International Law*, vol. 45, n.º 4, abril de 1951, publicado online por Cambridge University Press, pp. 347 a 353, em especial as pp. 249 e 252 (<https://doi.org/10.1017/S0002930000090680>).

⁴⁴ O próprio Tribunal reconhece o direito dos Estados em perseguirem os que cometeram crimes no âmbito do regime político e jurídico anterior, mas pecou por defeito na concessão de amplitude a este entendimento.

/ *My days go on, my days go on.*»⁴⁵, menosprezando, em ultimação de requinte, que «*Suffering is one very long moment*» e «*there is only one season, the season of sorrow*»^{46/47}.

Cuidando, agora, do segundo vetor, ou seja, que Vasiliauskas não descortinaria que, ao assumir uma conduta atentatória da vida das vítimas, incorreria na prática de um crime de genocídio, importa asseverar que a nossa posição é de repúdio a esta conclusão, a qual queda-se amparada pelo entendimento da *mens legislatoris* (histórica), já que a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 96 enunciou um sentido abrangente e amplo de genocídio⁴⁸. Acresce a este argumento um outro e que diz respeito ao direito internacional consuetudinário vigente⁴⁹ em cada pulsar histórico, o que obriga os protagonistas da tela internacional a equacionar, ponderadamente, quais os critérios enformadores da axiologia imperante e conformatante da realização prática do direito sentido e vivido pelo tecido internacional⁵⁰. Não poderá consentir-se a apresentação de um escudo de conveniência prática de que os atos perpetrados não devem ser rotulados de criminosos, uma vez que não estaria no limbo da probabilidade séria do prevaricador de que incorreria na prática de um crime de genocídio, pela simples razão de que não era compaginável, pela determinação racional de um juízo valorativo, que os atos levados a cabo, mesmo recorrendo a assessoria jurídica de um advogado, pudessem ser equacionados como tal.

Efetivamente, e ao invés do entendido pelo TEDH, estamos convencidos de que, no momento relevante, o suplicante Vasiliauskas, mesmo que não tivesse tido a assistência de um advogado, poderia ter previsto que o assassinato dos ditos guerrilheiros lituanos constituiria a prática de um crime de genocídio de cidadãos lituanos ou de membros de etnia lituana.

De facto, o burilamento do crime de genocídio surge na esteira de uma reação veemente contra as atrocidades humanas do nazismo, que registara uma perseguição sectária *ad populum*, e a caçada *ad homine* constituía uma fonte inesgotável de contributos preciosos para aquele outro fim, qual seja, o de levar a um rumor a existência da nação judia.

⁴⁵ ELIZABETH BARRETT BROWNING, 1863, *Last Poems*, com prefácio de Theodore Tilton, New York, published by James Miller, 522 Broadway, p. 184.

⁴⁶ OSCAR WILDE, 2000, *De Profundis*, The Modern Library New York, p. 46.

⁴⁷ Esta situação obriga à cogitação de que, caso a chacina de Srebrenica tivesse ocorrido de modo parcelado e esparso, não teria havido condenados.

⁴⁸ Sob o registo de um intérprete atual, poder-se-ia colocar em perspetiva que só não foi transporta para o artigo II da Convenção do Genocídio por se entender que os critérios da nacionalidade e da etnia absorviam os de político e social.

⁴⁹ R. R. BAXTER, 1970-I, «Treaties and Custom», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* [RCADI], vol. 129, Leiden, Sijthoff, 1971, pp. 31 a 104, e A. D. McNAIR, 1957, «Treaties Producing Effects "Erga Omnes"», in *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di T. Perassi*, vol. II, Milão, Dott. A. Giuffrè, pp. 23 a 36. Acerca da possibilidade de algumas normas de direito internacional assumirem-se como convencionais relativamente aos Estados-Partes dos tratados que as contêm e costumeiras em relação a outros Estados, *vide*, por todos, M. VIRALLY, 1968, «The Sources of International Law», in *Manual of Public International Law*, Max Sorensen (ed.). London, MacMillan, p. 129.

⁵⁰ A *opinio juris communis* ou *generalis* dos Estados.

Portanto, só por distração do pensamento, poderá equacionar-se que Vasiliauskas ignorasse, sem culpa grosseira, que os seus atos integravam o crime de genocídio, uma vez que não podia deixar de decalcar a ocupação soviética à mesma dimensão da ocupação nazi.

6. Conclusões

As jurisdições nacionais, que se confrontam com o insidioso legado soviético, terão de ter maior rigor na alegação de todas as circunstâncias relevantes, de modo a não deixar margem para dúvida quer quanto ao móbil dos atos criminosos quer quanto à previsibilidade do desvalor da ação criminosa. Uma outra hipótese pode passar por tentar qualificar as condutas desviantes, verificados os pressupostos legais, como crimes de guerra e/ou como crimes contra a humanidade, já que as condutas persecutórias soviéticas visaram, além dos guerrilheiros, uma parte significativa – quantitativa e/ou qualitativamente – da sociedade dos países ocupados.

Como vimos, o Supremo Tribunal da Lituânia continuou a condenar os autores de genocídio que desenvolveram um conjunto de atos de cariz criminoso (tortura e execuções sumárias) para capturar a liderança dos grupos nacionalistas e os seus sequazes.

Este processo demonstra a necessidade do Tribunal em sopesar, com o máximo cuidado, o húmus histórico, traduzido em estatísticas, dados empíricos, estudos, relatórios técnicos, como base fundacional dos argumentos jurídicos.

A previsibilidade ponderada na decisão escrutinada terá de conformar-se num quadrante que leve em consideração o que pode ser assimilado, justamente, por via do manancial de factos sócio-históricos, sejam os mais longínquos, recentes ou, inclusive, os contemporâneos da prática dos atos. Há, pois, um acumulado civilizacional que não pode ser escamoteado e muito menos obliterado, em menagem a vantagens pessoais diretas ou indiretas do agente criminoso ou à mercê de um ideário político que não se conforma com um paradigma de defesa da dignidade da pessoa humana e a equaciona funcionalmente a um professo corporativo (policial ou de diferente natureza) ou a um desiderato político-estadual imperialista, rácico, étnico, etc.

7. Referências bibliográficas

- AMBOS, KAI. (março 2017). «The Crime of Genocide and the Principle of Legality under Article 7 of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 17, n.º 1.
- BASSIOUNI, M. CHERIF. (1999). *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2.ª ed. rev., The Hague, Kluwer Law.
- BAXTER, R. R. (1970-I). «Treaties and Custom», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* [RCADI], vol. 129, Leiden, Sijthoff, 1971.
- BRIGGS, H. W. (1951). «The Colombian-Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law», *American Journal of International Law*, vol. 45.

- BRITO, WLADIMIR; ALBUQUERQUE, PAULO e FREITAS, PEDRO. (2019). «Relações entre a Convenção e o direito internacional penal», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. 1, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Lisboa, Universidade Católica Editora.
- BROWNING, ELIZABETH BARRETT. (1863). *Last Poems*, com prefácio de Theodore Tilton, New York, published by James Miller, 522 Broadway.
- CHENG, BIN. (1965). «United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?», *Indian Journal of International Law*, vol. 5, pp. 23 a 48.
- COUTO, SUSANA SÁ. (2007). «Reflections on the Judgment of the International Court of Justice in Bosnia’s Genocide Case against Serbia and Montenegro», *Human Rights Brief*, vol. 15, n.º 1.
- EZEJIOLOR, G. (1964). *Protection of Human Rights under the Law*, London, Butterworths.
- GUST, WOLFGANG. (agosto/dezembro 2012). «The Question of an Armenian Revolution and the Radicalization of the Committee of Union and Progress toward the Armenian Genocide», *Genocide Studies and Prevention*, vol. 7, n.º 2/3.
- GUTMAN, DAVID. (2015). «Ottoman Historiography and the End of the Genocide Taboo: Writing the Armenian Genocide into Late Ottoman History», *Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association*, vol. 2, n.º 1, Law and Legality in the Ottoman Empire and Republic of Turkey, ed. Indiana University Press, primavera.
- HERCZEG, I. (1971). «Space Treaties and Law-Making Process in International Law», in *Questions of International Law*, Hungarian Branch of the International Law Association (ed.), Budapeste, Progresprint.
- IRVIN-ERICKSON, DOUGLAS. (2013). «Genocide, the “family of mind” and the romantic signature of Raphael Lemkin», *Journal of Genocide Research*, vol. 15, n.º 3, p. 285.
- KULSKI, W. (abril de 2017). «Some Soviet Comments on International Law», *American Journal of International Law*, vol. 45, n.º 4, abril de 1951, publicado online por Cambridge University Press.
- MÄLKSOO, LAURI. (2001). «Soviet Genocide? Communist Mass Deportations in the Baltic States and International Law», *Leiden Journal of International Law*.
- MCNAIR, A. D. (1957). «Treaties Producing Effects “Erga Omnes”», in *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di T. Perassi*, vol. II, Milão, Dott. A. Giuffrè.
- NOUSIAINEN, KEVÄT. (2011). «Minorities’ Right to Day Care: Liberal Tolerance or Identity Maintenance?», in *European Union non-discrimination law and intersectionality, investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*, Dagmar Schiek e Anna Lawson ed., University of Leeds, UK, Ashgate Publishing Limited.
- PAJAUJIS-JAVIS, JOSEPH. (1980). *Soviet Genocide in Lithuania*, New York, Manyland Books.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO. (1988). *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Madrid, Editora Civitas.
- ROXIN, CLAUS. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., Verlag C.H. Beck.
- SAGATIENĖ, DOVILĖ. (2020). «The Debate about Soviet Genocide in Lithuania in the Case Law of The European Court of Human Rights», in *Nationalities Papers*, Association for the Study of Nationalities, Cambridge University Press.
- SARV, ENN e VARJU, PEEP. (2005). «Survey of Occupation Regimes», in *The White Book: Losses inflicted on the Estonian nation by occupation regimes, 1940–1991*, Estónia, Estonian Encyclopedia Publishers, p. 14, acessível em www.riigikogu.ee.

- TUNKIN, G. I. (1966). *The Legal Nature of the United Nations*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, vol. 119.
- VIRALLY, M. (1968). «The Sources of International Law», in *Manual of Public International Law*, Max Sorensen (ed.), London, MacMillan.
- VIZULIS, JOSEPH. (1985). *Nations Under Duress*, Port Washington, N.Y., Associated Faculty Press.
- WILDE, OSCAR. (2000). *De Profundis*, The Modern Library New York.
- ŽILINSKAS, JUSTINAS. (2016). «*Vasiliauskas vs Lithuania*: Battle lost in the war to come?», *International Comparative Jurisprudence*, vol. 2, n.º 2.

CAPÍTULO VIII
DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA

Krupko e Outros c. Rússia

Krupko e Outros c. Rússia

Entre o «duplo vínculo» e a igualdade:
discriminação de minorias religiosas

CATARINA FILIPA RIBEIRO SERRA*

«A Corte não pode permitir aos Estados uma ampla margem de apreciação quando eles interferem nas comunidades religiosas tradicionais e maioritárias, e impor aos Estados uma margem estreita de apreciação quando eles interferem nas comunidades religiosas minoritárias não tradicionais. Comunidades religiosas tradicionais e maioritárias precisam e merecem proteção perante o Estado tanto quanto as suas contrapartes minoritárias não tradicionais. A tarefa do Estado não é alterar o equilíbrio das comunidades religiosas sob a sua jurisdição...»¹

1. Introdução

Muitos dos problemas da Humanidade iniciam-se com a identificação². A procura incansável pelo «Eu» e a tentativa incessante de classificar o outro criam diferenciações entre os seres de uma espécie una. Aqueles que se consideram superiores enfatizam diferenças antropológicas criadas pela História que conduzem à opressão das minorias, cuja única «transgressão» respeita ao facto de possuírem uma diferença que se naturalizou.

Assim, num mundo cada vez mais globalizado, as sociedades contemporâneas, com um especial enfoque no Ocidente, nas quais vigorava predominantemente o *monolitismo cultural e religioso*³, têm, paulatinamente, assistido a uma disseminação

* Mestranda em Direito Social e da Inovação, na Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa.

¹ TEDH, *Krupko e Outros c. Rússia*, n.º 26587/07, 26 de junho de 2014, Opinião Concordante do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, § 7.

² DANIEL ARBAIZA RODRIGUEZ, num texto acerca da ambiguidade das identidades segundo ÉTIENNE BALIBAR, refere que o filósofo francês parte da ideia de que a identidade «*corresponde a um sentimento de pertencimento, é o meio de se reconhecer membro de uma comunidade*», o mesmo vai mais longe ao citar BALIBAR quando refere que «*encontramos uma produção de formas de individualidade humana na História, em relação com a comunidade transindividual sempre dada, segundo as promessas complementares de semelhança e da vocação simbólica*». Concluindo que a identidade não é algo natural, sendo uma construção em eterna transformação, estando então o real problema na identificação. Cfr. DANIEL ARBAIZA RODRIGUEZ, 2013, «A ambiguidade das identidades segundo Étienne Balibar», in *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, n.º 22, pp. 130-140.

³ JÚLIO VIEIRA GOMES, 2007, *Direito do Trabalho – relações individuais de trabalho*, Coimbra Editora, Vol. I, p. 295.

das mais diversas religiões. Sendo que a Fé constitui, também ela, um fator que desencadeia a construção de identidades e, por conseguinte, gera diversos pontos de tensão perante a diferença.

Nas sociedades onde se verificam maiorias religiosas ou nas quais os seus alicerces remontam a uma dada religião⁴, os indivíduos das religiões minoritárias são recebidos com estranheza e hostilidade, bem como as suas práticas de devoção e manifestação de fé levam a que se faça sentir um *racismo sem raça*⁵.

O Acórdão em apreço vem demonstrar que na Rússia se verifica uma tendência para a adoção de comportamentos discriminatórios perante as minorias religiosas, o que foi apreciado por mais de uma ocasião pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)⁶. Estes traduzem-se, como no caso em apreço melhor se verá, na interrupção e ordem de dispersão das reuniões religiosas dos crentes, com recurso a intervenções policiais, apreensão de obras sacras e detenção dos fiéis⁷.

Com o presente comentário, temos por objetivo analisar o Acórdão supracitado, apreciando a problemática da discriminação das minorias religiosas, através da proibição da liberdade religiosa na sua vertente da manifestação de fé.

Para tal, partimos do texto «Double Binds: Politics of the veil»⁸, de ÉTIENNE BALIBAR, tendo ainda, a título complementar de análise, recorrido ao texto «Ontological difference, anthropological difference, and equal liberty»⁹, com o objetivo de criar um modelo de análise teórico, do qual resultarão as nossas linhas orientadoras. Num segundo momento, procuraremos analisar o caso em apreço, bem assim a decisão do TEDH, visando confrontar com o modelo teórico desenvolvido, tendo por base o pensamento de ÉTIENNE BALIBAR. Neste seguimento, destacaremos a Opinião Concordante do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, que dá um contributo essencial. Apresentaremos, por fim, as nossas conclusões.

2. A discriminação de minorias religiosas à luz do pensamento de Étienne Balibar

As manifestações de fé ocorrem das mais diversas formas. Desde o recurso a símbolos religiosos (*v.g.*, véu islâmico, terço, kipá) até às práticas de reunião religiosa.

⁴ Segundo DÁRIO MOURA VICENTE: «*Todos os sistemas jurídicos que se encontram impregnados de valores religiosos: Todos eles têm, por assim dizer, um fundo religioso, dado pelas crenças e valores religiosos dominantes na sociedade que vigoram*», DÁRIO MOURA VICENTE, 2022, *Direito Comparado*, Almedina, 5.^a ed., Vol. I, p. 76.

⁵ «*[E]ste novo racismo sem raça se define pela perspectiva de uma irreduzibilidade das diferenças culturais, racismo que não apenas postula a superioridade de determinados grupos e povos em relação a outros, mas sobretudo, da nocividade da relativização (...) da incompatibilidade e impossibilidade de assimilação das formas de vida e das tradições*», RODRIGUEZ, «A ambiguidade das identidades...», cit., p. 137.

⁶ Ver, também, TEDH, *Kuznetsov e Outros c. Rússia*, n.º 184/02, 11 de janeiro de 2007.

⁷ Cfr. Opinião Concordante do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, in Acórdão em análise, § 4.

⁸ ÉTIENNE BALIBAR, 2018, *Secularism and Cosmopolitanism: Critical Hypotheses on Religion and Politics*, Columbia University Press.

⁹ ÉTIENNE BALIBAR, 2020, «Ontological difference, anthropological difference, and equal liberty», in *European Journal of Philosophy*, pp. 1–12.

Estas devem ser permitidas a todos aqueles que as queiram devotamente praticar, desde que de modo livre e consciente. Longe de uma lógica de tolerância cultural, cremos que a sua proibição gera um *duplo vínculo* sobre os seus crentes, que são forçados a escolher entre a vida em sociedade e as suas convicções pessoais. Acabando por a finalidade última das medidas nacionais restritivas, que se afastam dos ideais de *igualdade* que os Estados proclamam e que são essenciais para a formação de um cidadão livre, ter um efeito reverso à desconstrução da *diferença antropológica*. Culminando num acentuar da discriminação das minorias religiosas, densificando a diferença que se naturalizou. Isto porque, um cidadão apenas será verdadeiramente livre se puder viver e experienciar o seu credo, sendo tratado de modo igual aos demais independentemente de este ser o credo maioritário ou minoritário.

Neste seguimento, para o nosso comentário serão fulcrais os seguintes conceitos, provenientes do pensamento filosófico de ÉTIENNE BALIBAR: *diferenças antropológicas*, *igualdade* e *duplo vínculo*, os quais, de seguida, passaremos a densificar.

2.1. Um modelo teórico de análise segundo o pensamento de Étienne Balibar

Quando pensamos em discriminação, desde logo surge-nos o primeiro conceito essencial, para o nosso modelo teórico, em BALIBAR: as *diferenças antropológicas*.

Numa frase, recorrendo às sábias palavras do ilustre filósofo, poderíamos dizer que as diferenças antropológicas englobam «*tudo o leque de oposições que ao mesmo tempo são indissociáveis de uma representação do “humano” e impossíveis de definir como binários invariáveis*»¹⁰. Isto é, estamos perante características naturais, inerentes ao ser humano (*v.g.*, sexo, raça, religião) e que são utilizadas como instrumentos de diferenciação e discriminação, construídas pelo tempo e pela História.

No nosso caso, a *diferença antropológica*¹¹ em causa corresponde à religião distinta da maioria, que através de uma atuação evasiva, a qual a polícia russa tenta fundamentar através do seu quadro normativo, leva os crentes, Testemunhas de Jeová, minoria religiosa no Estado demandado, a serem vítimas de uma prática discriminatória.

¹⁰ ÉTIENNE BALIBAR, «Ontological difference...», cit., p. 1 (tradução nossa, versão consultada em inglês).

¹¹ GUILLAUME SIBERTIN-BLANC, para uma análise de um caso distinto, também recorre ao pensamento de BALIBAR, nomeadamente ao conceito de diferenças antropológicas, as quais define como: «*que toda diferença antropológica invocada como uma desigualdade interna ao humano se prolongará em (e justificará) uma negação de “direito aos direitos”, isto é, de acesso à política (introduzindo uma contradição no universal igualitário). As diferenças antropológicas, sejam quais forem (e elas são, por definição, tão variáveis quanto não demonstráveis a priori) – entre os sexos, entre as gerações, entre o corporal e o espiritual ou entre o “manual” e o “intelectual”, entre o normal e o patológico, entre o vivo e o morto etc. –, não poderão ser pensadas como possibilidades alternativas, complementares ou antitéticas do humano, sem serem também inscritas, ao menos potencialmente, não apenas nas relações de desigualdade e servidão, mas nas produções políticas (ou “ideológicas”, ao mesmo tempo simbólicas e imaginárias) de “sub-humanidade” ou de “humanidade defeituosa” em raça, em sexo, em desvio, em patologia etc.*», Guillaume Sibertin-Blanc, 2016, «Psicanálise, diferenças antropológicas e formas políticas: para introduzir a diferença intensiva», in *Lacuna uma revista de psicanálise*, n.º 1, trad. Paulo Beer, São Paulo.

Querendo ir mais longe, e submergindo no conceito em apreço, indagamos como é que é possível legitimar uma restrição aos direitos de um ser humano. Para esta questão, BALIBAR, criticando a criação e bem assim a existência de *diferenças antropológicas*, explica-nos que apenas se consegue pela limitação do «direito a ter direitos»¹², recorrendo ao conceito de HANNAH ARENDT, ou seja, quando se limita a natureza de dados seres humanos, atendendo às características que possuem.

Indo mais longe, procuramos perceber então qual o nome atribuído a esses seres humanos, que, face aos demais, se tornaram alvo de discriminações e opressões por não se enquadrarem no que as maiorias têm entendido como «normal». Ao que ÉTIENNE BALIBAR nos explica, que estamos perante as «minorias»¹³.

Ora, as desconstruções destas mesmas diferenças sucedem-se sempre de modo particularmente violento¹⁴, sendo que leis que proíbem ou obstaculizam o culto, caso da Lei das Religiões Russas, como adiante se verá, sob as vestes de uma *igualdade* de todos os cidadãos (os não crentes e os crentes de todo e qualquer credo), vêm gerar diversos constrangimentos e repercussões face àqueles que não abdicam da possibilidade de manifestar, em público ou privado, a sua fé.

Aqui chegados, cabe-nos submergir no texto «Double Binds: Politics of the veil», de BALIBAR, no qual o filósofo nos demonstra que a relação que os Estados têm com o fenómeno religioso varia dentro da Europa, assumindo cada Estado um padrão de relacionamento distinto com as demais instituições religiosas¹⁵. Ilustra, recorrendo ao exemplo dos contrastantes casos inglês e francês, ao qual acrescentaremos o caso português, para demonstrar os três modos de relacionamento distintos, visando delimitar convenientemente o conceito. Assim, no Reino Unido, vigora uma profunda proximidade com o fenómeno religioso, atendendo a que têm uma Igreja de Estado, isto é, a Igreja Anglicana cujo líder religioso é o rei¹⁶.

Já no modelo português, segundo JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, «laicidade e separação não equivalem, contudo a laicismo ou a irrelevância, menosprezo ou desconhecimento

¹² O conceito desenvolvido pela filosofia *direito a ter direitos* corresponde à ideia de que «a partir do momento em que o ser humano é reconhecido como parte da humanidade e como parte de uma comunidade política, na qual exerce a sua cidadania, tem direito a ter direitos. Contudo, o ser humano que não é reconhecido como parte de uma comunidade política, não tem direitos, daí Arendt expressar preocupação para com as minorias, refugiados e apátridas». Definição apresentada por JOANA FILIPA DA SILVA CASEIRO, 2021, *A cidadania europeia, Politeia e Apartheid Europeu segundo Étienne Balibar*, tese de mestrado em Direito Internacional Europeu, pela Universidade NOVA de Lisboa – NOVA School of Law, p. 10.

¹³ Segundo BALIBAR, «a marca de uma minoria, ou o caráter intrínseco, pertencendo, ao mesmo tempo, identicamente, a cada indivíduo e ao grupo, à classe, à categoria em que se insere, é uma diferença natural, ou uma diferença que se naturalizou (como género, raça, ou idade, mas também cultura, etnia, nacionalidade, particularmente na medida em que forma uma “propriedade” que pode ser herdada, e se torna parte de uma genealogia)» (tradução nossa, versão consultada em inglês), in ÉTIENNE BALIBAR, «Ontological difference...», cit., pp. 3-4.

¹⁴ ÉTIENNE BALIBAR, «Ontological difference...», cit., pp. 4-5.

¹⁵ JORGE MIRANDA, 2013, «Estado, liberdade religiosa e laicidade», in revista *Gaudium Sciendi*, n.º 4, p. 20.

¹⁶ LUÍS SALGADO DE MATOS, 2013, «Para uma tipologia de relacionamento entre o Estado e a Igreja», in *Interpretações do Estado e das Igrejas: Instituições e Homens*, António Matos Ferreira e Luís Salgado de Matos (orgs.), Imprensa de Ciências Sociais, pp. 77-78.

da religião», mais acrescentam que «uma coisa é o Estado, enquanto tal, não assumir fins religiosos, não professar nenhuma religião, (...) outra coisa seria o Estado ignorar as vivências religiosas que se encontram na sociedade»¹⁷. Em Portugal existe uma grande receptividade para os mais diversos credos, não obstante se verificar uma grande proximidade, atendendo à sua História, com a Igreja Católica¹⁸.

Em França, um dos valores constitucionais preservados é, precisamente, no artigo 1.º da Constituição¹⁹, a *laïcité* do Estado. A mesma encontra-se longe duma lógica de liberdade religiosa entre todos os credos, mas como refere BALIBAR, está impregnada por uma lógica de separação total entre Estado e Igrejas, remetendo para o foro privado as manifestações de fé e afastando-as do espaço público^{20/21}. Sendo nesta linha que a Lei das Religiões e a Lei das Reuniões Religiosas russas imperam, proibindo o culto em locais como estabelecimentos de ensino²².

Ora, laicidades como a portuguesa são menos propensas a que se verifique a ocorrência de situações de discriminação das minorias religiosas, porque há uma preservação do princípio da liberdade religiosa (liberdade de consciência, de religião e de culto, prevista nos termos do artigo 41.º da CRP), do que uma postura de hostilidade e de separação entre aquilo que é público, e por isso é laico, e o que é privado, e por isso pode fazer o que lhe aprouver. O que, desde logo, fomenta uma exclusão dos crentes, ou melhor dizendo, daqueles que querem no espaço público manifestar a sua fé.

É a pretexto de separar o que é religioso e o espaço público que a «laicidade à francesa» possibilitou a vigência de uma lei que proíbe o uso do véu islâmico na escola pública, que se encontra sobre a égide do poder estatal.

Aqui, encontramos precisamente mais um dos pontos fulcrais, para o nosso modelo teórico, ou seja, a noção de domínio do poder público e domínio do poder privado.

¹⁷ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, 2010, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2.ª ed., tomo I, p. 448.

¹⁸ Para um maior desenvolvimento da relação entre a História, a religião e o modo como foi sendo afirmada, em Portugal, a liberdade religiosa, ver JORGE MIRANDA, 1968, «Liberdade Religiosa, Igrejas e Estado em Portugal», in *Revista Nação e Defesa*, ano XI, n.º 39.

¹⁹ Artigo 1.º da Constituição francesa: «*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales*» (sublinhado nosso).

²⁰ ÉTIENNE BALIBAR, *Secularism and Cosmopolitanism...*, cit., pp. 10-11.

²¹ Neste mesmo sentido, INÊS GRANJA COSTA refere que «... em França vigora um modelo baseado na ideia de que a identidade nacional e a coesão social assentam em pressupostos seculares (liberdade, igualdade, democracia) e por isso o espaço público não deve conter quaisquer referências a uma comunidade em particular», INÊS GRANJA COSTA, 2016, *O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e os símbolos religiosos: O uso do véu muçulmano na Europa do século XXI*, in *Teses 49*, Alto Comissariado para as Migrações, p. 27.

²² TEDH, *Krupko e Outros c. Rússia*, n.º 26587/07, 26 de junho de 2014, Opinião Concordante do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, §§ 1-4. Fazendo o ilustre Juiz desde logo notar que estas leis em muito se distanciam do quadro internacional atual vigente, que promove o direito à liberdade de reuniões religiosas pacíficas.

Ora, segundo BALIBAR, no sistema público de educação em França, vigora aquilo que JEAN BAUBÉROT designou como *pacto de laicidade*²³, o que significa que os programas curriculares, bem como tudo o que envolve o sistema de educação, que se encontra sob responsabilidade estatal, não deverão demonstrar afinidade com qualquer crença religiosa. Tudo isto leva a que sejam remetidos para o ensino privado os currículos com maior afinidade à prática religiosa.

E é precisamente neste sentido, de remeter as meninas/mulheres que usam o véu e não têm uma outra opção de não o usar, seja por devoção, seja por se tratar da sua única possibilidade de obter formação escolar, para o confinamento e para o domínio do ensino privado²⁴, que verão diminuídas as suas liberdades e estarão permanentemente a ser controladas.

Há necessidade de problematizar esta divisão entre domínio público e domínio privado²⁵, porque ao remeter para o domínio privado, em que apenas privados têm o controlo das regras e currículos escolares, o Estado deixa de assumir e tutelar o direito fundamental à educação das meninas que envergam o véu, aumentando a possibilidade da sua opressão, colocando-as à margem da sociedade, acentuando a *diferença antropológica* e não a eliminando, porque serão olhadas precisamente como diferentes da maioria. O mesmo se sucede com qualquer crente, que atendendo à sua profissão de fé, só a possa vivenciar se for exclusivamente remetida para o universo privado. Não havendo uma tutela e proteção por parte do Estado no domínio público.

Numa expressão de total crítica, o que se sufraga, BALIBAR refere que «*em nome da liberdade e da igualdade, estas raparigas são claramente tratadas como sujeitos, em momento algum tratando-as como as cidadãs que a escola “secular” (laïque) postula ou aclama educar*»²⁶.

Chegamos aqui ao conceito de *igualdade*²⁷, a qual é invocada pela maior parte dos Estados de Direito Democrático, bem como por múltipla dou-

²³ ÉTIENNE BALIBAR, *Secularism and Cosmopolitanism...*, cit., pp. 11-12.

²⁴ Como refere BALIBAR, «[p]ois eu não vejo como um limite colocado exclusivamente em indivíduos do sexo feminino, retratados como vítimas de opressão religiosa, pode ter o mínimo efeito emancipatório ou educativo, por ser colocado como uma alternativa tão rígida: remover o véu na presença de Outros ou abandonar a escola pública e ficar confinada ao domínio privado definido, no mesmo ato, como religiosamente fechados» (tradução nossa, versão consultada em inglês), in ÉTIENNE BALIBAR, *Secularism and Cosmopolitanism...*, cit., p. 12.

²⁵ TERESA PIZARRO BELEZA, a propósito do garante da igualdade de género, refere que «*a ordem pública tem de ser imposta no mais privado dos domínios. O carácter político da esfera pessoal, tão insistentemente reclamado pelo feminismo, tem neste contexto verificação eloquente*». Apenas se pode garantir uma situação de igualdade de tratamento entre mulheres e homens, nos mais diversos domínios, se a proteção não for apenas conferida «*em praça pública*», mas bem assim no âmbito das relações privadas. TERESA PIZARRO BELEZA, 2004, «Anjos e Monstros – A construção das relações de género no Direito Penal», in *ex aequo*, n.º 10, pp. 29-40.

²⁶ ÉTIENNE BALIBAR, *Secularism and Cosmopolitanism...*, cit., p. 12.

²⁷ A este propósito, ÉTIENNE BALIBAR refere que o conceito não é de sua autoria, havendo diversos autores e preceitos legais que a ele recorrem, ÉTIENNE BALIBAR, «*Ontological difference...*», cit., pp. 1-2.

trina²⁸, jurisprudência, e ainda é aludido em diversas normas jurídicas. Para BALIBAR²⁹, este conceito não mais corresponde do que a uma idealidade, que traduz «a combinação de valores heterogêneos que, desde as democracias antigas e as insurreições republicanas modernas, instalou a tensão da emancipação no ceio da instituição política»³⁰.

No caso francês, em que os alicerces da fundação desta República Democrática assentam na igualdade e na liberdade, estes dois princípios fundamentais são utilizados como forma de acentuar as diferenças entre os cidadãos. Ora, a maioria é tipicamente laica, pelo menos em domínio público, pelo que todos aqueles que praticarem credos que visem a manifestação de fé, em domínio público, verão a sua *diferença antropológica* criada pela sociedade ser acentuada e não sendo promovida qualquer igualdade e liberdade de praticar o culto que se pretende³¹.

No entanto, não é possível deixarmos de notar que, o caso das meninas que se viram proibidas de utilizar o véu islâmico, assume uma densidade mais profunda. A verdade é que, sob o pretexto de assegurar uma *igualdade*, o Estado francês diz assumir o papel de salvador destas meninas/mulheres, pois alega que estas, face aos homens islâmicos, correspondem a um grupo socialmente desfavorecido³².

Parece assim que se recupera a fórmula de Jean-Jacques Rousseau, na teoria do contrato social, no que concerne ao conceito de vontade geral, quando invoca que «cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular contrária ou dessemelhante à vontade geral que possui na qualidade de cidadão»³³, mas face ao pacto social que se estabelece e que contém em si uma obrigação que se traduz em «quem se recusar

²⁸ Recorrendo ao conceito de «igualdade» no que concerne à liberdade religiosa, atinente à realidade portuguesa, JÓNATAS MACHADO refere: «o exercício da liberdade de religião dever ser levado a cabo de acordo com as exigências de respeito pela igual liberdade de todos os cidadãos, crentes e não crentes, bem como pela necessidade de afirmar a edificação do Estado como casa comum de todos os cidadãos»- JÓNATAS E. MACHADO, 2002, «A liberdade religiosa na perspectiva dos direitos fundamentais», in *Revista Lusófona de Ciência das Religiões*, ano 1, n.º 01. Ainda a este propósito, para aprofundar a aplicação da igual liberdade em âmbito laboral e a sua relação com a liberdade religiosa, ver JÓNATAS E. MACHADO, 2010, «Liberdade e Igualdade Religiosa no local de trabalho – Breves apontamentos», in *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4.ª Região*, Porto Alegre, vol. 2, n.º 3.

²⁹ Para saber mais sobre este tema, ver ÉTIENNE BALIBAR, 2014, *Equaliberty – Political Essays*, Duke University Press, 2014, e ainda SORAYA NOUR SCKELL, 2022, «Thinking with Balibar: Translation, Hospitality and Equaliberty», in SORAYA NOUR SCKELL (ed.), *Meeting Balibar: A discussion on equality and differences*, Húmus.

³⁰ ÉTIENNE BALIBAR, *Secularism and Cosmopolitanism...*, cit., p. 1.

³¹ Neste sentido, PATRÍCIA JERÓNIMO refere que em França vigora um assimilacionismo que propõe a eliminação das barreiras que separam minorias e maiorias, vigorando a crença que só pela partilha de valores coletivos comuns (os da maioria) é que se consegue alcançar a igualdade. Mais refere que «exige de todos os cidadãos que abracem valores societários comuns e reservem as suas idiossincrasias culturais para a privacidade», PATRÍCIA JERÓNIMO, 2014, *Interculturalidade e pluralismo jurídico – a emergência de ordens jurídicas minoritárias e a tutela dos direitos fundamentais*, LAECC, Universidade do Minho, pp. 2-3.

³² Cfr. TEREZA PIZARRO BELEZA, 2010, *Direito das mulheres e da igualdade social – A construção jurídica das Relações de género*, Almedina, p. 31.

³³ AURORA BAËTA, *O Contrato Social – Jean-Jacques Rousseau*. Disponível em: <https://territoriosde-filosofia.wordpress.com/2016/07/03/919/>.

a obedecer à vontade geral a isto será constrangido pelo corpo em conjunto, o que apenas significa que será forçado a ser livre»³⁴.

De forma magistral, BALIBAR refere que parece então que se voltou a assumir um posicionamento condizente com os comportamentos pós-colonialistas descritos, do seguinte modo, por GAYATRI SPIVAK³⁵: «homens brancos [europeus], salvam as mulheres pardas [indígenas] da opressão dos homens pardos [indígenas]»³⁶.

O que numa adaptação para a problemática postura do Estado francês que se discute, resulta em algo como: *Homens brancos (franceses laicos) salvam as mulheres (de fé islâmica) da supremacia e opressão dos homens (de fé islâmica)*.

Sendo que, numa fórmula geral aplicada às maiorias que pretende vigorar sobre as minorias, resultaria: *Homens (de crença/credo maioritário) salvam indivíduos de crença minoritária da supremacia dos seus credo/cultos, que os isolam, face à maioria*.

Mas é precisamente este ponto que, e partilhando um sentimento inverso, de necessidade de salvar a mulher oprimida pela lei e pelo Estado francês, pode gerar entre os crentes muçulmanos o sentimento de que: *Homens (crentes do Islão) certificam-se de que as mulheres (crentes do Islão) não são salvas pelos Homens (franceses laicos)*³⁷.

Nesta linha de pensamento, os crentes da religião minoritária podem sentir-se condicionados pelas legislações que os tentam oprimir, certificando-se de que eles mesmos é que se procuram salvar das maiorias que os discriminam, num ato de «racismo sem raça». Este sentimento gerado pelo ideal de *igualdade*, promovido pelos Estados de Direito Democrático, leva a que aqueles que são discriminados e que veem as suas *diferenças antropológicas*, já construídas, serem acentuadas por aqueles que alegam que as irão desconstruir e eliminar, passem a nutrir um sentimento de emancipação, o que conduz a protestos e revoltas³⁸.

Neste seguimento, impera questionar a BALIBAR o que pensa concretamente acerca desta lei, mesmo com tudo o que já se viu, porque com esta resposta, chegaremos ao último, a um dos derradeiros conceitos que relevam para o nosso modelo teórico. Referimo-nos ao conceito de *duplo vínculo*, segundo o pensamento de ÉTIENNE BALIBAR.

Ora, concretamente à questão suscitada, a resposta do filósofo, que é de todo modo a que perfilhamos, não podia ser mais clara: «critiquei afincadamente a lei francesa desde a sua adoção e continuo a ser a favor da sua anulação». E é precisamente no porquê que encontramos as primeiras noções que nos auxiliaram a densificar o conceito de *duplo vínculo*. Senão vejamos: «... não vejo como um limite colocado exclusivamente a indivíduos do sexo feminino, retratados como vítimas de opressão religiosa, pode ter o mínimo efeito emancipatório ou educativo, por ser colocado como uma alternativa

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ ÉTIENNE BALIBAR, *Secularism and Cosmopolitanism...*, cit., p. 13.

³⁶ *Ibidem*, p. 13.

³⁷ A partir do exemplo inverso dado por BALIBAR, em que refere que os «homens pardos [indígenas] garantem que as mulheres pardas [indígenas] não serão salvas pelos homens brancos [europeus]» – ÉTIENNE BALIBAR, *Secularism and Cosmopolitanism...*, cit., pp. 13-14.

³⁸ ÉTIENNE BALIBAR, «Ontological difference ...», cit., pp. 2-3.

tão rígida: remover o véu na presença de outros ou abandonar a escola e ficar confinada ao domínio privado definido, (...), como religiosamente fechados»³⁹ (sublinhado nosso).

Desta forma, o duplo vínculo representa na prática o duplo agrilhoamento do indivíduo, que será sempre discriminado e deixado à margem da sociedade.

No caso concreto destas meninas/mulheres, é-lhes dada a escolha entre o Estado e a Religião. Concretizando: ou não usam o véu e assim podem ser inseridas na sociedade, neste espaço do domínio público, podem aceder à educação e formação, tendo possibilidade de progredir profissionalmente, suportando o peso de abandonar uma peça que lhes traz (em alguns casos) identidade pessoal. Em alternativa, abandonam o ensino público, escolhendo a identidade pessoal e religiosa, ou sendo forçadas a escolher a mesma, veem acentuada a sua opressão, reduzidas as suas oportunidades profissionais e de interação social⁴⁰. No final, a menina/mulher só se encontrará mais oprimida, nunca menos, como a lei, com um fundamento profundamente discriminatório, promove remover essa *diferença antropológica*.

As mulheres de fé muçulmana encontram-se assim num campo de tensão, em que o Estado exige libertá-las numa atitude de profunda discriminação contra a população de fé islâmica, não olhando às consequências, à submissão, à retirada de oportunidades destas mulheres. E por outro lado, a cultura/religião, que usa a lei do véu para atingir as políticas do governo, oprimindo a mulher e retirando-lhe oportunidades, acentuando a desigualdade da posição social que é tantas vezes reprimida por ser mulher e é duplamente reprimida por, além disso, ser de fé islâmica.

Tudo isto culmina precisamente na ausência de uma pergunta que ninguém fez a estas mulheres: Querem realmente usar o véu? Quais as repercussões de o retirarem?

Neste seguimento, BALIBAR reitera que é negado às meninas/mulheres «a oportunidade de explicar os seus motivos ou o significado que atribuem ao seu comportamento, assim como nega a possibilidade de autodeterminação e de diálogo: pois a lei é lei!»⁴¹.

Esta pergunta será essencial no nosso modelo teórico, isto porque importa perceber se o próprio TEDH, na sua jurisprudência, leva em consideração as razões dos lesados, ou se em detrimento disso apenas ouve as razões do Estado e/ou a da cultura. Pois só esta indagação é que abrirá o caminho para percebermos qual a motivação de quem manifesta a sua crença, as condições em que o faz e porque o faz de dado modo e em que circunstâncias.

Feito este percurso, encontrados que estão os conceitos essenciais, segundo o pensamento de BALIBAR, que se cruzam de maneira harmoniosa e nos auxiliam na defesa da nossa tese, que começámos por apresentar, resta apreciar o caso concreto.

³⁹ ÉTIENNE BALIBAR, *Secularism and Cosmopolitanism...*, cit., p. 12.

⁴⁰ Neste mesmo sentido, *ibidem*, p. 9.

⁴¹ *Ibidem*, p. 12.

2.2. Quadro-síntese do modelo teórico desenvolvido

Face ao exposto, serão de analisar os seguintes pontos:

Modelo de análise do caso	
A verificar	
Diferença antropológica	– Alegação da violação da liberdade religiosa em função da discriminação em razão da religião, na sua vertente de manifestação de fé.
Domínio do poder público vs. Domínio do poder privado	– Verificar se a discriminação da minoria religiosa se sucedeu sob a égide do Estado, no âmbito daquilo que melhor designamos por domínio do poder público, ou se a mesma se efetivou em domínio do poder privado, ou seja, perante entidades ou espaços privados.
Duplo vínculo	– Duas alternativas dadas: manifestar ou não a sua fé. Sendo que a escolha de qualquer uma delas representará uma perda para o crente, que será privado da sua liberdade religiosa, ou que em alternativa lhe serão retiradas oportunidades por adotar dado credo minoritário; – Aferir e as consequências para o crente da minoria religiosa.
IguaLiberdade	– Invocação da liberdade e da igualdade, princípios basilares dos Estados de Direito Democrático, como fundamento para justificar a existência de discriminação; ou – Reconhecimento que só podemos ser verdadeiramente livres se todos tivermos a mesma oportunidade de manifestar a nossa crença, sem que com isso sejamos alvo de discriminação.
Norma(s) discriminatória(s)	– Invocação de direito positivo, que, à semelhança do que se sucede no ordenamento jurídico francês, adotou normas que obstaculizam a manifestação religiosa, que violam a igualdade e geram um duplo vínculo face aos crentes; – Recurso à abordagem da margem de apreciação.

3. Análise do caso⁴²

3.1. Da factualidade

Estabelecido que está o nosso modelo teórico, cumpre agora apreciar o caso *Krupko e Outros c. Rússia*, no qual o Tribunal de Estrasburgo apreciou um caso de discriminação de uma minoria religiosa⁴³.

Ora, o caso em apreço teve na sua origem uma queixa apresentada contra a Federação Russa por quatro nacionais russos (Nikolay Krupko, Dmitry Burenkov,

⁴² TEDH, *Krupko e Outros c. Rússia*, n.º 26587/07, 26 de junho de 2014.

⁴³ Ver, ainda, TEDH, *Testemunhas de Jeová de Moscovo c. Rússia*, n.º 302/02, 10 de junho de 2010.

Pavel Anorov e Nikolay Solovyov – doravante, requerentes), todos Testemunhas de Jeová, junto do TEDH, alegando a violação da sua liberdade de reunião, bem como a ilegalidade da sua detenção.

Sucedeu que, no dia 12 de abril de 2006, e no decurso da Cerimónia de Comemoração da Refeição Noturna do Senhor, uma das mais importantes cerimónias para as Testemunhas de Jeová⁴⁴, que decorria no interior da Academia Agrícola, instituição de ensino (arrendada para fins de reunião religiosa deste credo), a polícia de Lyublino cercou o edifício, interrompeu a reunião e deu ordem de dispersão aos cerca de quatrocentos fiéis presentes⁴⁵. Neste seguimento, enquanto estes se dispersavam, a polícia iniciou buscas no local, apreendendo, na sequência destas, literatura religiosa e demais documentação.

Os quatro requerentes foram então afastados do restante grupo, sendo conduzidos para as traseiras do edifício e posteriormente escoltados até à esquadra da delegação de polícia, onde ficaram detidos, para prestação de declarações.

A demanda entre os requerentes e a Federação Russa teve início com a propositura da ação pelos primeiros, junto do Tribunal Distrital de Lyublinskiy de Moscovo⁴⁶. Tendo o Douto Tribunal proferido sentença na qual considerou legal a interrupção do culto, fundamentando que de acordo com a lei russa «*as organizações religiosas devem realizar serviços religiosos ... em edifícios religiosos ... e em outros locais fornecidos a organizações para tais fins ... (...) A sala de reuniões da Academia Agrícola ... não atende aos requisitos estabelecidos*»^{47/48}. É precisamente neste ponto que encontramos a verificação do primeiro contacto com o modelo construído a partir do pensamento de BALIBAR. A Lei das Religiões e a Lei das Reuniões Públicas é interpretada pelo Tribunal de modo a acentuar a diferença antropológica (a religião minoritária), atendendo a que cria gravosas limitações à prática religiosa das minorias e se torna modo de legitimação da interrupção de reuniões religiosas.

Face à pronúncia do Tribunal, os requerentes interpuseram recurso para o Tribunal da Cidade de Moscovo, alegando que de acordo com o contrato de arrendamento celebrado entre o Centro de Testemunhas de Jeová e a Academia Agrícola, ficara convencionado que as instalações seriam utilizadas para finalidades de culto⁴⁹. Mais poderiam ter acrescentado os requerentes que o Douto Tribunal se encontrava a violar o princípio da Igualdade e da Liberdade, numa total ausência de *igualdade*, pois por um dos outorgantes representar uma minoria religiosa, o contrato não foi tratado de maneira igual e muito menos de forma livre, tendo sido desconsiderado, violando-se ainda a liberdade contratual das partes. Este Tribunal

⁴⁴ TEDH, *Krupko e Outros c. Rússia*, n.º 26587/07, 26 de junho de 2014, § 6.

⁴⁵ *Ibidem*, §§ 7-8.

⁴⁶ *Ibidem*, §§ 12-13.

⁴⁷ *Ibidem*, § 14.

⁴⁸ «*o tribunal considera que a actuação dos agentes da polícia na paragem do rito religioso no edifício da Academia Agrícola... em que participavam cerca de 400 pessoas, sem terem observado o procedimento (...) para a realização de reuniões, passeatas e manifestações, estavam bem fundamentados*», *ibidem*, § 14.

⁴⁹ *Ibidem*, §§ 16-19.

confirmou a sentença proferida pelo Tribunal Distrital, recusando os argumentos dos requerentes.

Com esta decisão, o Tribunal superior veio gerar um duplo vínculo sobre os crentes, que teriam de escolher entre não praticar o seu direito de reunião religiosa e manifestar a sua fé para não serem perseguidos pelo Estado, pese embora tivessem celebrado um contrato que legitima o culto num dado espaço «a portas fechadas», ou afirmar a sua fé, por crença e devoção, reunindo-se no local estabelecido, mas sujeitando-se à interrupção desta.

3.2. Análise da decisão do TEDH

a) Artigo 5.º da CEDH

Os requerentes vieram alegar que a sua detenção, na sequência da interrupção pelas autoridades policiais, violava o seu direito à liberdade e segurança pessoal, previsto nos termos do artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), não constituindo esta nenhum dos casos admitidos pelo preceito em causa.

Por seu turno, o governo russo contra-alegou que em nenhum momento os requerentes haviam sido privados da sua liberdade, pois mantiveram sempre consigo os seus telemóveis e não haviam sido colocados numa cela, podendo livremente circular. Para mais, referindo que estes foram apenas «convidados» a deslocar-se à esquadra.

O TEDH, atendendo às alegações das partes, pronunciou-se, e bem, pela violação do artigo 5.º, n.º 1, da CEDH por parte da Rússia. Como, desde logo, fez notar, *«as garantias contidas no artigo 5.º da Convenção são fundamentais para garantir o direito dos indivíduos, numa democracia, a serem livres de detenções arbitrárias»*⁵⁰ por parte das autoridades»⁵¹. Ora, neste ponto, temos a demonstração clara de um Estado que não ouvindo as convicções das suas minorias lhes impõe uma escolha. O ideal de *igualdade* não é garantido, pois em nome da fé que escolheram viver e manifestar, mesmo que num espaço particular, são privados da sua liberdade, sendo forçados a ser presentes a autoridades sem garantias de igualdade para com os demais cidadãos, porque decidiram conscientemente celebrar a sua fé.

A Corte Europeia mais referiu que a detenção arbitrária nada se coaduna com o tempo de duração desta⁵². Assim, pese embora os requerentes tenham ficado detidos por um período de três horas, os mesmos foram levados sob coação e mantidos na esquadra.

b) Artigos 9.º e 14.º da CEDH

No que concerne à tutela das minorias religiosas, em termos concretos, é possível constatar que estas não merecem muita atenção por parte da CEDH, sendo o

⁵⁰ A propósito da detenção arbitrária, ver TEDH, *Çakıcı c. Turquia*, n.º 23657/94, 8 de julho de 1999.

⁵¹ *Caso sub judice*, § 33.

⁵² Ver, também, TEDH, *Shimovolos c. Rússia*, n.º 30194/09, 21 de junho de 2011.

TEDH chamado a suprir estas carências legislativas⁵³. Desta forma, por serem os aludidos preceitos aqueles que, mesmo de modo insuficiente, conferem resposta à discriminação que nos propusemos apreciar, iremos tecer algumas considerações acerca dos mesmos, antes de observarmos o posicionamento do TEDH, no caso concreto.

Ora, no domínio do Conselho da Europa, o direito à liberdade religiosa surge sob a formulação de três liberdades conexas: «liberdade de pensamento, liberdade de religião e liberdade de culto».

No seu corpo normativo, a CEDH acolhe a liberdade religiosa através do seu artigo 9.º, no qual ficam preservadas as suas duas dimensões: o *forum internum* (n.º 1), que respeita à possibilidade de o indivíduo ter, mudar, ou não ter religião⁵⁴, e o *forum externum* (n.º 2), que corresponde ao direito de manifestação da crença, quer em público quer em privado, de modo individual ou coletivo⁵⁵. Sendo nesta última que cabe a liberdade de reunião religiosa.

Este preceito legal traz consigo algumas questões que se irão revelar um verdadeiro obstáculo para a liberdade de manifestação religiosa. Senão vejamos:

Como explica INÊS GRANJA COSTA, o *forum internum* não poderá ser limitado, mas o mesmo não se verifica quanto ao *forum externum*, dado que, em algumas circunstâncias, o Estado pode colocar limites à liberdade religiosa «desde que (...) sejam proporcionais e baseados na lei. Difícil é determinar a fronteira da interferência legítima do Estado»⁵⁶. Ora, no texto *Double Binds: The politics of the veil*, de ÉTIENNE BALIBAR, sobre o qual nos debruçamos, temos precisamente a concretização desta restrição à liberdade religiosa das crentes islâmicas, dado que estas veem o seu *forum externum* (na sua vertente da manifestação religiosa) a ser violentamente reduzido, sem que qualquer ponderação de proporcionalidade pareça ter sido feita.

⁵³ Como expõem PATRÍCIA JERÓNIMO e INÊS GRANJA: «as minorias (...) religiosas (...) não merecem mais do que uma referência oblíqua no texto da CEDH, enquanto reflexo de fatores de discriminação proibidos pelo artigo 14.º, mas isso não têm impedido o TEDH de afirmar a importância da proteção das pessoas pertencentes a minorias e de concluir pela violação de disposições da CEDH», PATRÍCIA JERÓNIMO e INÊS GRANJA, 2020, «Minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Universidade Católica Editora, vol. III, p. 969.

⁵⁴ Para TERESA COELHO MOREIRA, o supramencionado preceito legal «configura como que um dos pilares ou fundamentos de uma sociedade democrática, protege ao mesmo tempo os crentes e os não crentes», TERESA COELHO MOREIRA, 2021, «Tempo para trabalhar, tempo para orar, tempo para descansar: a religião, o tempo de trabalho e o dever de acomodação razoável», in *Minerva: Revista de Estudos Laborais*, vol. 11, n.º 4, p. 97.

⁵⁵ Neste sentido, submergindo até à origem da palavra «Religião», PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE define-a em termos latos, atendendo a estas duas dimensões: «a palavra Religião deriva do termo latino religare, que significa ligar, reunir, unir cada mulher e homem com a divindade (forum internum) e todas as mulheres e homens uns com os outros (forum externum)». Demonstrando esta mesma divisão, TEDH, *Krupko e Outros c. Rússia*, §§ 5-6, Opinião Concordante do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

⁵⁶ INÊS GRANJA COSTA, *O Tribunal Europeu...*, cit., pp. 13-14.

JÚLIO VIEIRA GOMES apresenta uma outra fragilidade à norma, na medida em que atesta que a mesma se trata de um artigo «*próprio de uma época de monolitismo religioso, (...) articula-se em torno de uma distinção que está longe de ser evidente ou neutra*». Para mais, refere que a proclamação da liberdade religiosa no foro íntimo afigura-se supérflua, dado que «*nem os piores ditadores – fossem eles Hitler, Estaline (...) – poderiam impedir (...) que no foro íntimo cada um acreditasse ou não acreditasse no que quisesse*»⁵⁷. Assim, apesar de reconhecer a tutela conferida pelo artigo 9.º, não deixa de considerar *aberrante*⁵⁸ a remissão para o foro íntimo da expressão da crença. Da nossa parte, estamos inteiramente de acordo, trata-se de um artigo conservador, a referência ao foro íntimo não é profícua, densificando a possibilidade de conflito. Além disso, o preceito por si não se revela suficiente, tendo de ser interpretado em conjunto com a inúmera jurisprudência do TEDH, para merecer uma aplicação atualista.

Já a norma antidiscriminatória surge no artigo 14.º da CEDH, com a epígrafe *Proibição da discriminação*, e estabelece, de modo exemplificativo, a lista de características protegidas, acrescentado que o gozo dos direitos e liberdades da mencionada Convenção devem ser assegurados. Este preceito não consagra um direito autónomo, pelo que se revela necessária a conjugação com outros direitos preservados na CEDH⁵⁹, ou seja, sempre que o TEDH apreciar uma violação do aludido preceito tê-lo-á de fazer com a conjugação de outro direito substantivo⁶⁰. Assim, para nós, estamos perante um artigo «bengala».

c) Artigos 9.º e 14.º da CEDH – no caso concreto

No caso em apreço, os requerentes, no que respeita à interrupção prematura da reunião religiosa, vieram alegar a violação dos artigos 8.º, 9.º, 10.º, 11.º e 14.º da CEDH. Ao que o TEDH logo reiterou que a interrupção da mesma deveria ser apreciada apenas à luz dos artigos 9.º e 14.º da CEDH, por se tratar de uma reunião religiosa e não de qualquer outra.

Nas suas contra-alegações, o Governo russo fundamenta que a intervenção da polícia se sucedeu na sequência de uma denúncia, fundada no excesso de ruído. Facto negado pelos requerentes e sem prova junta. Além disso, referiu que as normas russas presentes na Lei das Religiões em conjugação com a Lei das Reuniões Públicas proibiam a realização de celebrações religiosas em estabelecimento de ensino, sendo o local escolhido para o efeito uma instituição com essa mesma finalidade. Para mais, os candidatos deveriam ter notificado as autoridades de tal culto, o que

⁵⁷ JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, cit., pp. 297-299.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 299.

⁵⁹ *Guia prático destinado a informar os agentes públicos das obrigações do Estado ao abrigo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, CONSELHO DA EUROPA (org.), pp. 41-42.

⁶⁰ Cfr. *Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação*, que acrescenta que «[os requerentes] alegam que, além de não cumprir as exigências inerentes ao direito substantivo a ingerência nos seus direitos é também discriminatória [nos termos do artigo 14.º] uma vez que aqueles que se encontram numa situação comparável não enfrentam uma desvantagem semelhante», in *Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação*, 2018, TEDH e AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA (orgs.), p. 30.

alegam não se ter sucedido. Estando neste ponto perante normas estatais discriminatórias, que visam inviabilizar as práticas religiosas das minorias, dificultando a sua liberdade de manifestação religiosa, na sua vertente da reunião religiosa.

Para mais, as normas em causa criam um duplo vínculo sob os crentes, que têm de escolher entre se reunir em oração e ter um espaço para o culto, mas sujeitar-se à perseguição, ou, para não serem alvo de tais práticas, privarem-se da sua liberdade. Sendo que perante tal quadro normativo, a *igualdade* das Testemunhas de Jeová não é garantida, porque para serem livres e iguais teriam de poder usufruir da liberdade de reunião religiosa, ver cumprido o seu contrato de arrendamento, e não ser perseguidos por se tratar de uma minoria religiosa, como *supra* fizemos notar.

Os requerentes, por seu turno, aludiram ao contrato de arrendamento que havia sido celebrado com a Academia Agrícola e que legitimava o culto naquele local, enfatizando que as reuniões religiosas não têm de ser notificadas às autoridades locais⁶¹. O que nos permite sublinhar que, se o mesmo tivesse de suceder, sempre seria um acentuar da diferença antropológica, pois atendendo à regularidade dos ritos, dificilmente todos os cultos, nomeadamente das maiorias religiosas, notificariam as autoridades. Para mais, acentuam os requerentes que «*a exibição massiva de força, incluindo o envio de unidades armadas da Força Especial de Polícia contra um grupo de crentes pacíficos, foi uma medida desproporcional e discriminatória*»⁶², o que em tudo se concorda, dado que tal prática visou oprimir e intimidar a minoria, dissuadir a sua prática, nada mais resultando para lá disso.

Face ao exposto, apreciando o mérito, a Corte europeia refere que as três liberdades preservadas no artigo 9.º da CEDH são pilares basilares das sociedades democráticas, visto que é dele que resulta a *igualdade* entre crentes, dos mais diversos credos, e não crentes⁶³. Sublinha, numa demonstração de conservadorismo, o que abre caminho para o surgimento de comportamentos e normas geradoras de um duplo vínculo que agrilhoie as minorias, que «*embora a liberdade religiosa seja principalmente uma questão de consciência individual, também implica, inter alia, a liberdade de “manifestar a religião”*»⁶⁴, pelo que a prática de reunião religiosa vivenciada pelos requerentes cabe no âmbito de proteção do artigo 9.º da CEDH. Por conseguinte, a interrupção pelas autoridades policiais da mesma constitui uma interferência na liberdade religiosa desta minoria religiosa, cumprindo ao TEDH apreciar se a mesma foi legítima e/ou necessária (artigo 9.º, n.º 2, da CEDH).

O Tribunal de Estrasburgo, no seguimento de jurisprudência anterior, desde logo, rejeitou que a Academia Agrícola não poderia ser arrendada para fins de culto, pois, contrariamente ao argumentado pela Rússia, a Lei da Educação russa permite contrato de arrendamento em estabelecimento de ensino com esse objeto⁶⁵. Repondo, neste ponto, a *igualdade* das Testemunhas de Jeová, que

⁶¹ TEDH, *Krupko e Outros c. Rússia*, §§ 44-45.

⁶² *Ibidem*, § 45.

⁶³ *Ibidem*, § 47.

⁶⁴ *Ibidem*, § 47.

⁶⁵ *Ibidem*, §§ 50-52.

independentemente do seu credo, ressaltando que a fundamentação do Governo visava precisamente acentuar a diferença antropológica, têm a legitimidade de ver o seu contrato válido e reconhecido como a maioria.

Nesta linha de pensamento, recorrendo à interpretação adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal russo conferida à Lei das Religiões, e bem assim observando a Lei das Reuniões Públicas, o TEDH considera que não era necessário notificar as autoridades locais, porquanto se trata de uma reunião religiosa e não um evento tumultuoso. Considerando, por conseguinte, que não estamos perante uma situação de perigo para a ordem pública, não sendo a atuação da polícia «*necessária em uma sociedade democrática*».

Neste seguimento, o TEDH pronunciou-se pela violação do artigo 9.º da CEDH⁶⁶. Parece-nos que o Douto Tribunal andou bem, mas ficou aquém do que poderia ter ido. Efetivamente, reconheceu que a conduta das autoridades policiais acentua uma diferença antropológica que cria um duplo vínculo sobre os crentes, porque os oprime e os faz eleger entre o seu credo ou a vida pacífica inserida na sociedade. No entanto, é omissa quanto às normas que atendendo à sua redação e que servem de fundamento para práticas de «*racismo sem raça*» contra as minorias religiosas na Rússia.

4. Apoio do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque e o seu contributo para a discussão da discriminação das minorias religiosas

No seu notável voto de apoio, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, apesar de concordar com a decisão do TEDH, salienta, o que se sufraga, que «*o Tribunal deveria ter ido mais longe, com base no artigo 46.º (...) da Convenção*»⁶⁷, dado que estamos perante um Estado que, pelo seu quadro legal vigente, restringe severamente a liberdade religiosa, inibindo o diálogo inter-religioso⁶⁸, acentuando as diferenças e não procurando um equilíbrio.

Desta forma, o ilustre Juiz atesta a necessidade premente de ser efetuada uma reforma à Lei das Religiões russa⁶⁹, tendo o seu parecer o intuito de colocar em evidência a necessidade de conformação do diploma com o direito internacional e a jurisprudência do Supremo Tribunal e do Tribunal Constitucional russos.

Isto porque, como fizemos notar, em pontos anteriores, diversas normas do aludido diploma legal permitem ao Estado e demais instituições gerar um duplo vínculo sobre as minorias religiosas. Para mais, servindo de fundamento de condutas discriminatórias, que negam a *igualdade* aos crentes, deixando claro que para serem livres e tratados de modo igual têm de adotar a religião das maiorias, podendo assim manifestar-se livremente, ou serão perseguidos, mesmo nos locais onde prestam culto. Demonstrando esta realidade, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

⁶⁶ *Ibidem*, §§ 54-57.

⁶⁷ *Ibidem*, § 1, voto de apoio do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

⁶⁸ *Vide* conclusão do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, no voto de apoio, *ibidem*, § 13.

⁶⁹ Lei n.º 125-FZ, de 26 de setembro de 1997 (Lei das Religiões russas), na sua secção 16, § 5, no caso concreto.

refere que «a prática doméstica de interromper e dispersar reuniões religiosas pacíficas por meio de intervenções policiais, confisco de obras religiosas e prisão e detenção dos fiéis (...), maus-tratos e comportamento discriminatório em relação às minorias religiosas continuam a ser práticas comuns no Estado demandado»⁷⁰.

De modo muito relevante, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE faz notar que, em matéria de crenças religiosas e da forma como estas se manifestam, a Convenção exclui qualquer legitimidade de ingerência dos Estados. O que se traduz na necessidade de uma estreita margem de apreciação da interferência dos Estados⁷¹, o que se apoia.

Neste seguimento, quanto maior a margem de apreciação dos Estados, que contêm no direito positivo nacional normas discriminatórias das minorias religiosas (v.g., caso francês da proibição do uso do véu islâmico na escola pública e o caso em apreço através da Lei das Religiões russa), maior a interferência nesta matéria. Pois, sempre que se verifique, será de aplicar aos cidadãos de cada Estado essas normas geradoras de duplo vínculo e que negam a *igualdade* aos crentes, deixando as minorias, que se deviam proteger, na situação inversa.

No presente caso, o TEDH concedeu uma estreita margem de apreciação ao Estado, o que é de louvar, acabando precisamente por decidir pela violação do artigo 9.º da CEDH, mas não indo mais longe e não apontando que o problema estava para lá da conduta das forças de autoridade, afastando de modo implícito a aplicação das normas de direito interno, mas não lhes atribuindo expressamente a designação como discriminatórias.

Não obstante se aludir ao caso das minorias, que aqui nos ocupa, releva destacar a ressalva do Juiz relativamente à margem de apreciação: «comunidades religiosas tradicionais e maioritárias precisam e merecem proteção perante o Estado tanto quanto as suas contrapartes minoritárias não tradicionais»⁷². Porque somos uma espécie una, cujas diferenças foram apenas construídas pelo tempo e pela História.

Nesta senda, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, visando contribuir com linhas orientadoras para a alteração da Lei das Religiões russa, demonstra que a liberdade religiosa, na sua vertente de manifestação religiosa, conta com quatro componentes «o tempo; o espaço; componente institucional; componente substantiva»⁷³.

No que ao tempo concerne, explica que o mesmo respeita aos dias de culto e de guarda, próprios de cada credo, direito que cada fiel detém desde que conciliável com os deveres civis⁷⁴. Já a componente substantiva prende-se com a liberdade de os crentes difundirem a sua mensagem religiosa (proselitismo religioso), sendo que sob a mesma, excepcionando os casos previstos nas respetivas leis nacionais, não deve a liberdade religiosa ser condicionada⁷⁵.

Quanto ao espaço, densifica o ilustre Juiz que este respeita ao direito de as religiões deterem lugares próprios de culto, aludindo aqui à *tradição constitucional*

⁷⁰ TEDH, *Krupko e Outros c. Rússia*, § 3, voto de apoio do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

⁷¹ *Ibidem*, § 7, voto de apoio do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

⁷² *Ibidem*, § 7, voto de apoio do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

⁷³ *Ibidem*, § 6, voto de apoio do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

⁷⁴ *Ibidem*, § 9, voto de apoio do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

⁷⁵ *Ibidem*, § 11, voto de apoio do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

*européia*⁷⁶ que se pauta pela limitação do direito de reunião em edifícios do domínio público e em oposição as reuniões em recinto fechado (em domínio privado) podem decorrer sem limitações⁷⁷. A verdade é que esta máxima, por si, leva a um agrilhoamento das minorias que são sempre remetidas para o domínio íntimo e privado, sendo um espaço público um local onde realmente não vigora a *igualdade*, pois no mesmo todos são iguais, mas não são livres de manifestar a sua fé, se as normas de direito positivo não permitirem. No entanto, no caso *sub judice*, está em causa precisamente uma reunião em domínio privado, sobre o qual o Estado, atendendo à máxima europeia, não se deveria poder imiscuir. Fazendo-o, contudo. O que não deixa de ser gravoso e curioso, pelo que se é para o domínio privado que os Estados tantas vezes remetem os crentes, para extinguir a diferença nos seus domínios, desta vez, o próprio Estado entra no domínio privado, invadindo-o, para discriminar os requerentes.

A componente institucional, por seu turno, não mais é do que o direito de as religiões se organizarem administrativa e financeiramente. O que muito importa, para o caso em apreço, visto que o Governo russo alegou que a congregação a que os requerentes pertencem não se encontra registada⁷⁸. Ora, neste ponto, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE esclarece que a liberdade religiosa não se encontra adstrita aos credos registados, sendo que os mais diversos credos só o fazem se lhes afigurar essencial, por forma a garantirem o seu reconhecimento e autonomia face ao Estado. Para mais, sublinha que «*após o registo da comunidade religiosa, o Estado (...) não pode obrigar a comunidade a informar sobre as suas atividades religiosas...*»⁷⁹. Nesta medida, no caso em apreço, segundo parece resultar, não menor seria o valor da reunião religiosa daquela congregação de Testemunhas de Jeová, mesmo que não houvesse registo. Havendo, a resposta dada remete para o domínio privado (ceio de cada comunidade religiosa), não mais o Estado podendo imiscuir-se nas práticas de culto, não havendo fundamento para a notificação «*exigida*» pelo Governo russo.

Como em ponto *supra* mencionámos, a notificação às autoridades não mais consubstanciava do que um ponto de diferenciação entre as minorias e as maiorias religiosas. Trata-se de uma prática de ausência total de *igualdade*, atendendo a que aos credos maioritários dificilmente seria de exigir tal ato. Acentuando assim a diferença que se naturalizou, não contribuindo de modo algum para a sua desconstrução, mas sim para a aprofundar mais e vincar a diferença entre crentes e credos.

No seu voto de apoio, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE termina, de forma magistral, na medida em que enfatiza a obrigação dos Estados em proteger a liberdade de reunião dos fiéis das mais diversas religiões, sendo ainda obrigação destes a punição das práticas discriminatórias que visam perturbar e inibir a realização das cerimónias e ritos⁸⁰. Ganhando no caso das minorias religiosas uma necessidade mais urgente, porque há uma diferença que se naturalizou, existindo efetivamente

⁷⁶ Terminologia utilizada pelo Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

⁷⁷ *Ibidem*, § 4, voto de apoio do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

⁷⁸ *Ibidem*, § 5, voto de apoio do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*, § 12, voto de apoio do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

a necessidade de a desconstruir. No nosso entendimento, esta obrigação deve também ser estendida às demais formas de manifestação religiosa, nomeadamente nos casos de utilização de símbolos religiosos.

A Rússia, tal como todos os Estados que adotem normas que gerem um agrihoamento dos indivíduos, que são forçados a escolher entre ser cidadão ou ser crente e manifestar a sua fé, o que nunca deveria ser exigido a um ser uno, sendo-lhes vedada a *igualdade*, tem de ser responsabilizada.

5. Conclusão

É imperioso dar voz a quem não tem voz, para que, independentemente do credo adotado, seja majoritário seja minoritário, possa alcançar-se a verdadeira *igualdade*.

Conceder uma estreita margem de apreciação ao Estados, em matéria de liberdade religiosa, é imperioso, porque quanto maior for essa margem de apreciação, maior será a interferência do Estado e, por conseguinte, maior será também a opressão das minorias religiosas. Porque a verdade é que em nome da *igualdade*, os Estados visam eliminar a diferença através de normas discriminatórias, que beneficiam apenas as maiorias. O que torna fundamental responsabilizar os Estados pelas legislações nacionais adotadas, punir as suas práticas discriminatórias com génese num «*racismo sem raça*».

Desta forma, terminando do modo como começámos, defendemos que a manifestação religiosa, quer através da utilização de símbolos religiosos, quer através da livre reunião religiosa dos crentes, deve ser permitida a todos aqueles que a queiram devotamente praticar, desde que de modo livre e consciente. Longe de uma lógica de tolerância cultural, cremos que a sua proibição gera um *duplo vínculo* sobre os seus crentes, que são forçados a escolher entre a vida em sociedade e as suas convicções pessoais. Acabando por a finalidade última das medidas nacionais restritivas, que se afastam dos ideais de *igualdade* que os Estados proclamam e que são essenciais para a formação de um cidadão livre, ter um efeito reverso à desconstrução da *diferença antropológica*. Culminando num acentuar da discriminação das minorias religiosas, densificando a diferença que se naturalizou.

6. Referências bibliográficas

- BAËTA, AURORA. (2016). *O Contrato Social – Jean-Jacques Rousseau*. Disponível em: <https://territoriosdefilosofia.wordpress.com/2016/07/03/919/>.
- BALIBAR, ÉTIENNE. (2014). *Equality – Political Essays*, Duke University Press.
- BALIBAR, ÉTIENNE. (2018). *Secularism and Cosmopolitanism: Critical Hypotheses on Religion and Politics*, Columbia University Press.
- BALIBAR, ÉTIENNE. (2020). «Ontological difference, anthropological difference, and equal liberty», in *European Journal of Philosophy*, pp. 1-12.
- BELEZA, TERESA PIZARRO. (2004). «Anjos e Monstros – A construção das relações de género no Direito Penal», in *ex aequo*, n.º 10.
- BELEZA, TEREZA PIZARRO. (2010). *Direito das mulheres e da igualdade social – A construção jurídica das Relações de género*, Almedina.

- CASEIRO, JOANA FILIPA DA SILVA. (2021). *A cidadania europeia, Politeia e Apartheid Europeu segundo Étienne Balibar*, tese de mestrado em Direito Internacional Europeu, pela Universidade NOVA de Lisboa – NOVA School of Law.
- CONSELHO DA EUROPA (org.). (2013). *Guia Prático destinado a informar os agentes públicos das obrigações do Estado ao abrigo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, adotado pelo Comité de Ministros em setembro de 2013.
- COSTA, INÊS GRANJA. (2016). *O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e os símbolos religiosos: O uso do véu muçulmano na Europa do século XXI*, in Teses 49, Alto Comissariado para as Migrações.
- GOMES, JÚLIO VIEIRA. (2007). *Direito do Trabalho – relações individuais de trabalho*, Coimbra Editora, vol. I.
- JERÓNIMO, PATRÍCIA. (2014). *Interculturalidade e pluralismo jurídico – a emergência de ordens jurídicas minoritárias e a tutela dos direitos fundamentais*, LAECC, Universidade do Minho.
- JERÓNIMO, PATRÍCIA e GRANJA, INÊS. (2020). «Minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do Protocolos Adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Universidade Católica Editora, vol. III.
- MACHADO, JÓNATAS E. (2002). «A liberdade religiosa na perspetiva dos direitos fundamentais», in *Revista Lusófona de Ciência das Religiões*, ano I, n.º 01.
- MACHADO, JÓNATAS E. (2010). «Liberdade e Igualdade Religiosa no local de trabalho – Breves apontamentos», in *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4.ª Região*, Porto Alegre, vol. 2, n.º 3.
- MATOS, LUÍS SALGADO DE. (2013). «Para uma tipologia de relacionamento entre o Estado e a Igreja», in *Interpretações do Estado e das Igrejas: Instituições e Homens*, António Matos Ferreira e Luís Salgado de Matos (orgs.), Imprensa de Ciências Sociais.
- MIRANDA, JORGE. (1968). «Liberdade Religiosa, Igrejas e Estados em Portugal», in *Revista Nação e Defesa*, ano XI, n.º 39.
- MIRANDA, JORGE. (2013). «Estado, liberdade religiosa e laicidade», in revista *Gaudium Sciendi*, n.º 4.
- MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI. (2010). *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2.ª ed., tomo I.
- MOREIRA, TERESA COELHO. (2021). «Tempo para trabalhar, tempo para orar, tempo para descansar: a religião, o tempo de trabalho e o dever de acomodação razoável», in *Minerva: Revista de Estudos Laborais*, vol. 11, n.º 4.
- RODRIGUEZ, DANIEL ARBAIZA. (2013). «A ambiguidade das identidades segundo Étienne Balibar», in *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, n.º 22, pp. 130-140.
- SCKELL, SORAYA NOUR. (2022). «Thinking with Balibar: Translation, Hospitality and Equality», in Soraya Nour Sckell (ed.), *Meeting Balibar: A discussion on equality and differences*, Húmus.
- SIBERTIN-BLANC, GUILLAUME. (2016). «Psicanálise, diferenças antropológicas e formas políticas: para introduzir a diferença intensiva», in *Lacuna uma revista de psicanálise*, n.º 1, trad. Paulo Beer, São Paulo.
- TEDH e AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA (orgs.). (2018). *Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação*, 2018.
- VICENTE, DÁRIO MOURA. (2022). *Direito Comparado*, Almedina, 5.ª ed., vol. I.

CAPÍTULO IX
DISCRIMINAÇÃO PELA POBREZA

Soares de Melo c. Portugal

Soares de Melo c. Portugal

Um caso de discriminação múltipla e institucional... por pobreza

FERNANDO REY MARTÍNEZ*

1. Introdução

É com prazer que me associo à análise coletiva de uma parte significativa do trabalho judicial do Sr. Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, neste caso em relação ao caso *Soares de Melo contra Portugal*, de 16 de fevereiro de 2016, decidido pela Quarta Secção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, do qual o nosso Juiz era membro.

Gostaria de dizer antecipadamente que a solução prevista para o caso me parece satisfatória, mas neste breve texto, depois de recordar brevemente os principais factos, argumentos e a decisão do Acórdão, procederei à leitura do conflito através da lente das categorias do Direito Antidiscriminatório, propondo uma interpretação, se não alternativa à do Tribunal, pelo menos complementar. Na minha opinião, a Sra. Soares de Melo foi vítima de discriminação de género múltipla, sistemática e institucional, sendo um dos principais elementos a extrema pobreza em que vivia.

2. Factos, argumentos e decisão

A Sra. Liliane Sallete Soares de Melo, nascida em 1977, é uma cidadã cabo-verdiana que interpôs um recurso perante o Tribunal de Estrasburgo alegando uma violação do seu direito à vida privada e familiar (art. 8.º da Convenção de Roma [CR]) porque as autoridades portuguesas colocaram sete dos seus dez filhos em várias instituições com vista à sua futura adoção e proibiram-na de os visitar. A Sra. Soares de Melo estava desempregada, sem regularização da sua estada em Portugal na altura e foi-lhe recomendado pelos serviços sociais que laqueasse as suas trompas, mas recusou-se a fazê-lo. As suas condições de alojamento eram precárias, havia falta de higiene e segurança, vários dos seus filhos não frequentavam a escola regularmente, não havia um acompanhamento médico adequado, e o pai dos seus filhos praticava a poligamia e estava frequentemente ausente da casa da família.

A recorrente alegou que os seus filhos não estavam expostos a qualquer violência física ou psicológica e que a medida foi de facto tomada devido à sua situação social precária. Medidas menos radicais estavam disponíveis e não foram aplicadas, e ela não terá recebido assistência social adequada. Além disso, tinha sido forçada pelos serviços sociais a incluir no acordo uma cláusula que a obrigava a

* Professor de Direito Constitucional. Universidade de Valladolid.

submeter-se a uma operação de esterilização, o que era contrário à sua cultura e religião. O governo português justificou a medida com base no facto de ser do interesse superior das crianças, uma vez que estavam em risco devido ao comportamento negligente da mãe e do seu cônjuge e que esta situação não teria melhorado apesar do apoio prestado ao longo dos anos. Quanto à esterilização, considerou que foi voluntariamente aceite pela recorrente, mas que o elemento decisivo era o planeamento familiar e não esta operação em particular.

O Tribunal de Estrasburgo recorda, antes de mais, a sua jurisprudência estabelecida sobre o assunto: que o facto de pais e filhos estarem juntos representa para eles um elemento fundamental da vida familiar; as medidas que o impedem representam um limite ao direito protegido pelo art. 8.º da CR. O limite é válido se for previsto por lei, necessário numa sociedade democrática e proporcional ao objetivo legítimo que prossegue. É referido no Acórdão que neste caso as partes aceitam que a medida contestada é um limite ao direito da recorrente à sua vida familiar, um limite previsto pela lei portuguesa.

O Tribunal nota que as autoridades criticaram a queixosa por não proporcionar condições materiais adequadas aos seus filhos. Acrescenta, evidentemente, que não compete ao Tribunal substituir-se às autoridades competentes pela avaliação das possíveis medidas a tomar, mas o Acórdão considera que é «objetivamente evidente que a situação da Requerente era particularmente frágil, atendendo a que tinha uma família numerosa a seu cargo [...] que, para mais, ela criava sozinha» (parágrafo 105); sobrevivia com 393 euros por mês de certos rendimentos sociais e doações de terceiros (Banco Alimentar, etc.). No entanto, as autoridades não tentaram colmatar estas lacunas, fornecendo apoio financeiro adicional para cobrir as necessidades financeiras da família (por exemplo, para alimentação, eletricidade e água corrente), bem como para o cuidado das crianças, a fim de permitir que a mãe pudesse ter um emprego remunerado (parágrafo 106). Assim, o Tribunal decidiu que «as autoridades já deveriam ter adotado medidas concretas para permitir às crianças viverem com a sua mãe, antes de as colocar e de abrir um processo de adoção» (parágrafo 106). Citando vários acórdãos anteriores (*B c. Roménia*, 2013; *Todorova c. Itália*, 2019 e *Zhou c. Itália*, 2014), recorda-se de novo que «no caso das pessoas vulneráveis, as autoridades devem fazer prova de uma atenção particular e devem-lhes assegurar uma proteção acrescida» (parágrafo 106).

Neste contexto, a proposta de esterilização pelas autoridades «é particularmente grave» (parágrafo 111), porque poderiam ter sido aconselhados métodos de contraceção menos intrusivos. O Tribunal considera, como questão de princípio, que uma operação de esterilização nunca pode ser uma condição para a continuação dos direitos parentais (parágrafo 111). Daí decorre também que não ter sido submetida a tal operação não pode ter consequências negativas para a mãe. E, em qualquer caso, é alegado que as autoridades judiciais portuguesas não tiveram devidamente em conta as diferenças culturais no que diz respeito à pressão exercida sobre a recorrente para ser submetida à esterilização.

A proibição do contacto da mãe com os seus filhos (que foi mantida durante quase três anos) só estaria em conformidade com o artigo 8.º da Convenção de Roma se a mãe ou o pai tivesse demonstrado ser particularmente indigno dos seus

filhos, o que não era o caso. Foi demonstrado que os laços emocionais entre a recorrente e os seus filhos eram particularmente fortes, que em nenhum momento houve violência ou maus-tratos, abuso sexual, falta de afeto, saúde frágil ou desequilíbrio psicológico por parte dos pais. Além disso, as crianças foram colocadas em três instituições diferentes, proibindo-se a mãe de as visitar, mesmo com os recursos processuais pendentes, e esta separação foi «um obstáculo à manutenção dos laços fraternos» e, portanto, contrária ao interesse superior das crianças (parágrafo 114).

O Tribunal também identifica falhas graves no procedimento. Em nenhum momento foi pedida qualquer avaliação psicológica independente da maturidade e capacidade educacional da mãe, nem houve perícia psicológica das crianças. Também não houve qualquer apoio legal para a mãe nas fases iniciais.

O Tribunal conclui que a medida contestada não era relevante e suficiente à luz do objetivo que perseguia e, por conseguinte, não era necessária numa sociedade democrática. As autoridades poderiam ter tomado outras medidas menos restritivas ao direito à vida privada e familiar da mãe e dos seus filhos (como o acolhimento familiar ou institucional). Ao agir da forma como o fizeram, as autoridades portuguesas infringiram esse direito previsto no art. 8.º da CR (parágrafo 120). O mesmo direito também foi violado por três outros motivos: (1) porque a decisão de colocar as crianças para adoção teve em conta o facto de a mãe não ter sido submetida a uma operação de esterilização (parágrafo 121); (2) porque a mãe foi proibida de qualquer contacto com os seus filhos (parágrafo 122); e (3) porque o procedimento (administrativo e judicial) não foi conduzido de forma justa, tendo em conta a ausência de envolvimento efetivo da requerente (parágrafo 123).

A queixosa solicitava 150 000 euros por danos morais, mas o Tribunal atribuiu-lhe 15 000 euros. O Tribunal convida igualmente as autoridades portuguesas a reexaminar a situação da queixosa e dos seus filhos à luz do Acórdão e a tomar as medidas adequadas no melhor interesse das crianças.

O parecer concorrente do Juiz SAJÓ sublinha que o melhor interesse da criança é, salvo em casos excecionais, estar com os seus pais e que não há lugar para «uma compreensão unilateral e absolutista da noção de supremacia do interesse da criança» pelos serviços nacionais de proteção da criança que poderia degenerar em paternalismo estatal «salvador».

3. Um caso de lesão do direito à vida familiar, mas apenas disso?

O caso parece-me estar muito bem decidido. O Tribunal poderia ter optado por uma abordagem conservadora e formalista, recusando-se a examinar estritamente o controlo estatal de um caso específico dos serviços sociais. Talvez falte na decisão uma estimativa da violação do artigo 8.º da Convenção de Roma também por quebrar os laços entre os irmãos durante a sua estada em três instituições estatais diferentes, um facto que, no entanto, aparece no raciocínio da decisão (parágrafo 114).

Parece evidente que os serviços sociais e a maioria dos órgãos judiciais portugueses envolvidos cometeram uma série de erros que foram prejudiciais ao direito da mãe e dos seus filhos ao respeito pela vida familiar. Uma das causas prováveis disto pode ser que o direito ao respeito pela vida familiar do artigo 8.º da Convenção

de Roma não parece ter correlações claras e sólidas em muitas das Constituições dos Estados-Membros; de facto, na referência à lei aplicável no Acórdão, é citado o Código Civil, mas não a Constituição portuguesa, que também não aparece na argumentação. Assim, o caso tinha um estatuto constitucional europeu claro, mas não um estatuto nacional. A partir do Acórdão, começará a fazê-lo, o que é uma boa notícia.

A decisão é razoável do ponto de vista do juízo de proporcionalidade do Tribunal: uma separação tão rigorosa entre mãe e filhos (mesmo proibindo visitas) é uma medida desproporcionadamente radical que foi adotada sem ter em conta que a mãe não era o que é vulgarmente conhecido como uma má mãe e sem ter em conta outras ações que são menos restritivas do direito ao respeito pela vida familiar. A pressão exercida pelos serviços sociais sobre a reclamante para ser permanentemente esterilizada acrescenta uma nota dramática que parece confirmar o descuido e a falta de respeito pela diversidade cultural e pessoal da mãe no tratamento do caso. Um caso, insisto, em que provavelmente nenhuma das autoridades portuguesas que intervieram alguma vez suspeitou que iria acabar em Estrasburgo e, para mais, com uma dura sentença condenatória. O conflito é, portanto, totalmente resolvido do ponto de vista do respeito pela vida familiar do artigo 8.º da Convenção de Roma.

O parecer concorrente do Juiz SAJÓ suscita o debate, neste contexto, sobre o papel dos serviços sociais em relação às crianças e o papel dos pais. Possivelmente, de uma perspetiva conservadora de respeito pela ideia da família tradicional e ênfase no papel preferencial dos pais na criação e educação dos seus filhos à frente do Estado e dos seus serviços sociais.

Soares de Melo é, portanto, um caso que gravita na órbita dos direitos no seio das famílias. No entanto, na minha opinião, esta abordagem, embora válida, é claro, não permite uma visão completa do conflito em causa. De facto, creio que o assunto não pode ser compreendido sem ter em conta o artigo 14.º da Convenção de Roma, que trata da igualdade e da proibição de discriminação.

Com efeito, o próprio Tribunal observa astuciosamente que, no final, a Sra. Soares de Melo é privada da autoridade parental sobre os seus filhos porque não satisfaz uma série de condições materiais que, na realidade, ela própria não poderia obter, mas que deveriam ser proporcionadas pelo Estado (parágrafo 106). Por outras palavras, o Estado considera-a responsável por uma situação que é principalmente o resultado da omissão do Estado, não da sua conduta.

Este é um ponto de vista realmente interessante porque implica uma visão que olha para a realidade do caso a partir de uma abordagem material e não formal.

Mas, na minha opinião, ainda é insuficiente. Porque o caso Soares de Melo, mesmo que a queixosa não o tenha alegado e, portanto, o Tribunal não o tenha considerado, é também uma questão de discriminação. Vamos ver porquê.

4. Uma questão de discriminação de género múltipla e institucional

Antes de mais, é impossível compreender a violação dos direitos sofridos pela Sra. Soares de Melo sem ter em conta que ela era uma mulher numa situação

particularmente vulnerável. Em nenhum momento o Acórdão adota uma perspectiva de género, mas parece claro que resolve um conflito que é difícil de imaginar que possa ter uma vítima masculina. É uma mulher, mãe de dez filhos, lutando, com os seus limitados recursos pessoais e educacionais e da melhor forma que sabe e pode, para sustentar a sua família sem apoio suficiente do pai dos seus filhos ou das autoridades públicas. É discriminada como mulher e mãe ao ser separada à força dos seus filhos sem terem sido tentadas fórmulas menos restritivas e sem ter recebido as condições mínimas que lhe permitissem cuidar devidamente dos seus filhos.

Esta é uma discriminação de género múltipla porque o género, a estrangeiridade, a pertença a uma minoria étnica e a pobreza, todos se juntam neste caso. A proposta de esterilização, que está em grande parte condicionada à assistência e não separação da família, embora formalmente voluntária, também pode ser considerada discriminação por razões ideológicas (em que o ideal de fertilidade da sua cultura pode ser enquadrado) e religiosas. A negligência das autoridades em lidar com a situação responde a todos estes fatores que concorrem simultaneamente no ato da retirada da autoridade parental da mãe.

Trata-se de discriminação múltipla ou intersectorial de género. Entre outras referências, o parágrafo 14 da Diretiva 2000/43 sobre a igualdade de tratamento independentemente da origem racial ou étnica estabelece como objetivo comunitário a igualdade entre mulheres e homens, «em especial dado que as mulheres são frequentemente vítimas de discriminações de múltipla índole». O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos utilizou a ideia de discriminação múltipla ou interseccional principalmente em dois casos¹ e, a meu ver, poderia tê-lo feito também neste caso.

No caso Soares de Melo, há uma discriminação de género múltipla porque a recorrente é tratada de forma diferente e pior do que outros, devido à concomitância simultânea de vários fatores de exclusão: género, etnia, estrangeiridade, convicções pessoais e pobreza, produzindo um resultado peculiar e genuíno que, devido a profundos preconceitos sociais (machismo, xenofobia, etc.), não ocorreria em relação a outras situações precárias atendidas pelos serviços sociais, muito menos em relação à população em geral.

¹ Em *B.S. c. Espanha* (2012), considerou que as autoridades espanholas não tinham conduzido uma investigação eficaz sobre alegações de tratamento desumano e degradante de uma mulher nigeriana envolvida em prostituição em Maiorca por parte da polícia. O Tribunal declarou que as decisões judiciais espanholas não tinham tido em conta a situação de vulnerabilidade da mulher decorrente da sua posição como mulher africana na prostituição. Neste caso, a invocação da discriminação múltipla não foi determinante para a decisão; foi mais relevante no segundo caso, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal* (2017). A reclamante teve uma operação negligente, em resultado da qual sofreu ferimentos graves, mas o montante da indemnização foi reduzido com base no motivo verdadeiramente escandaloso de que, para as mulheres na casa dos 50 anos, a sexualidade já não era tão importante e que, em qualquer caso, uma vez que ela só cuidava do marido, não precisava de qualquer ajuda no lar. O Tribunal decidiu que Portugal violou a proibição de discriminação (em relação ao direito ao respeito pela vida privada e familiar) e que esta discriminação era múltipla porque envolvia o sexo e a idade da queixosa.

As discriminações múltiplas implicam uma agressão particularmente odiosa contra a dignidade humana, são discriminações agravadas e, por conseguinte, exigem uma conduta (administrativa, normativa e judicial) particularmente intensa e diligente de prevenção, evasão e reparação por parte do Estado.

A discriminação de género múltipla subjacente ao caso Soares de Melo também pode ser descrita como sistemática e institucional. A que nos referimos? Qualquer discriminação envolve, em primeiro lugar, a violação do direito fundamental de uma determinada pessoa à igualdade constitucional. Mas não se pode compreender plenamente o que é a discriminação sem ter em conta o seu contexto social e grupal. Pois o que caracteriza a discriminação no sentido estrito é que uma pessoa será tratada de forma diferente e pior, sim, mas pela única razão de pertencer a um grupo que está sujeito a profundos preconceitos sociais. Assim, cada caso individual responde geralmente a um padrão discriminatório subjacente baseado em razões ideológicas (ideias *doentias*, mas ideias). Um elemento central do conceito de discriminação sistemática são as suas raízes históricas e tradicionais; é tão relevante que muitas vezes nem sequer é percebida como discriminação, mesmo pela maioria das vítimas.

Evidentemente, a luta contra a discriminação sistemática vai além de uma solução individual acordada judicialmente; requer mudanças normativas (e mesmo culturais) de grande alcance. E poderia justificar a utilização de medidas particularmente incisivas de ação positiva e mesmo de discriminação positiva, sob certas condições. De facto, em tais casos, haverá sempre a questão de saber se se trata de ações positivas genuínas ou antes de medidas para prevenir a discriminação profundamente enraizada, que é frequentemente de natureza indireta ou de impacto.

MARIE MERCAT-BRUNS² definiu a discriminação sistemática como uma combinação de discriminação direta e indireta, ligada a políticas que afetam muitas pessoas e a práticas generalizadas que têm o efeito combinado de colocar sistematicamente em desvantagem as mulheres ou outros grupos protegidos e de o fazer numa base permanente³. Os pobres cuidados prestados pelos serviços sociais às mulheres de origem estrangeira em extrema pobreza poderiam ser um exemplo (embora não sejam fornecidos dados no Acórdão).

A noção de discriminação sistemática visa obter uma visão mais ampla do complexo universo da discriminação, além das «lentes estreitas» de um ou outro caso individual de discriminação direta ou indireta, e permite, e até exige, além do caso individual suscitado em Soares de Melo, uma avaliação das políticas sociais

² M. MERCAT-BRUNS, 2018, «Systemic discrimination: rethinking the tools of gender equality», *European equality law review*, n. 2, p. 1.

³ Um exemplo pode ser uma empresa que não lida adequadamente com o assédio sexual no local de trabalho. Ou a exclusão persistente de mulheres mais desfavorecidas tanto do acesso como da promoção no local de trabalho em condições de igualdade com os colegas masculinos. Ou o salário mais baixo para empregos de igual valor. Ou os requisitos para o cálculo de uma pensão de reforma. Ou o caso *D.H. e Outros c. República Checa* do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (2007) contra a segregação escolar das crianças ciganas em várias cidades checas.

de um determinado país no que diz respeito a certos grupos tradicionalmente subordinados.

A discriminação sistemática leva à segregação, seja no emprego, na educação, na habitação ou em qualquer outro lugar. A segregação é discriminação de grupo. A segregação é o resultado natural da discriminação sistemática ou estrutural; deste ponto de vista, é o antónimo perfeito de igualdade, só que não se refere a uma pessoa do grupo desfavorecido, mas a todo o grupo (sexual, portador de deficiência, étnico, etc.) em causa.

Por seu lado, o conceito de «discriminação institucional», que é, pela sua própria natureza, uma variedade de discriminação estrutural ou sistemática, foi cunhado pela primeira vez, no que diz respeito à discriminação racial, por KNOWLES e PREWITT⁴: tal discriminação ocorreria quando «a conduta (discriminatória) se tivesse tornado tão firmemente institucionalizada que os indivíduos, em geral, não teriam de fazer uma escolha para agir de forma discriminatória. As regras e os procedimentos da organização já preestabeleceram a escolha. Os indivíduos só têm de se conformar às regras da organização que os discrimina». Estas organizações podem ser tanto privadas (empresas, por exemplo) como públicas (administrações públicas de todos os tipos), mas em última análise, a responsabilidade última, pelo menos *in vigilando*, cabe ao Estado por não impedir que a discriminação ocorra desta forma automática, permanente e tradicional, através de preconceitos inconscientes, inércia, ignorância, irreflexão, etc., de tal forma que parece natural. STEPHEN LAWRENCE⁵ observa como as discriminações institucionais «podem prevalecer como parte da ética ou cultura da organização», descrevendo-as como «uma doença corrosiva».

Transpondo este quadro conceptual para a situação da Sra. Soares de Melo, não será possível ver uma organização pública de serviços sociais refletir uma falha coletiva na prestação de serviços sociais de qualidade e personalizados a pessoas de certos grupos particularmente vulneráveis? Ou foi simplesmente um caso de má prática por parte de um determinado organismo público num caso particular?

5. O caso Soares de Melo, um caso de discriminação da pobreza

Na minha opinião, portanto, o caso em consideração pode ser classificado como múltipla e institucional discriminação de género, mas mesmo assim, a classificação conceptual seria insuficiente porque existe outro fator fundamental que deve ser tido em conta: a situação de extrema pobreza da Sra. Soares de Melo. Pode imaginar-se as ações da administração serem tão escorregadias, desajeitadas e inadequadas se o interlocutor não tivesse sido uma mulher pobre de origem estrangeira, mas sim uma mulher nacional, com boa formação e recursos financeiros? A pobreza extrema, ao que parece, marca a fronteira da nossa compreensão de quão longe a igualdade entre mulheres e homens deve ir.

⁴ L. L. KNOWLES e K. PREWITT, 1969, *Institutional Racism in America*, New Jersey, Prentice Hall, p. 143.

⁵ *Report of an Inquiry by Sir William MacPherson of Cluny* (London, 1999), p. 6. Refere-se especificamente à discriminação racial, mas o conceito é, obviamente, válido para todas as causas de discriminação.

Certamente, a «riqueza» é uma das características suspeitas de discriminação expressamente prevista no artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como no artigo 1.º do Protocolo 12⁶. No entanto, a discriminação com base em (não ter) riqueza, rendimentos ou bens é uma ilustre desconhecida da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo. Este tipo de discriminação não parece ter qualquer conteúdo ou densidade legal. Parece expressar um desejo piedoso de igualdade sem qualquer tradução jurídica.

O caso Soares de Melo poderia ter sido uma magnífica oportunidade para o Tribunal Europeu fazer a sua estreia legal com o conceito de discriminação devido a (falta de) fortuna, ou seja, pobreza, o que, sem a necessidade de se proclamar marxista, marca obviamente a diferença social fundamental entre as pessoas da mesma comunidade. Uma característica, além disso, como vimos, que agrava as outras características que gozam de proteção (género, etnia, origem nacional, etc.), contribuindo para a formação de discriminações múltiplas, sistemáticas e estruturais. E uma característica que, tal como as restantes, tem um preconceito ideológico subjacente que explica os estereótipos sociais negativos profundamente enraizados em relação ao grupo de pessoas com poucos recursos: a aporofobia⁷.

ADELA CORTINA⁸ descreveu-o magistralmente: «E não é repelido por orientais capazes de comprar equipas de futebol... nem por futebolistas de qualquer etnia ou raça que ganham milhões, mas são decisivos quando se trata de ganhar competições... Nem os ciganos triunfantes no mundo do flamenco são irritantes.... Pelo contrário, a porta está fechada aos refugiados políticos, aos pobres imigrantes que nada têm a perder a não ser as suas correntes, aos ciganos que vendem droga em bairros de lata e remexem os contentores de lixo... as portas da consciência estão fechadas aos mendigos sem-abrigo, condenados à invisibilidade em todo o mundo.» O problema, diz CORTINA, «não é de raça, etnia ou até mesmo de estranheiridade... o problema é de pobreza». São os pobres, os *áporos*, que são o problema, mesmo os das suas próprias famílias. «A rejeição dos pobres é mais generalizada e profunda do que outros tipos de aversão.»⁹

A característica do estatuto socioeconómico é abordada em vários sistemas jurídicos internacionais e nacionais de várias categorias, nem todas são estritamente fungíveis e nem todas são geralmente definidas com precisão: «origem social», «estatuto social», «riqueza», «património», «posição social», «condição social», «classe social», «bem-estar», «rendimento», «situação económica», «situação financeira», «desemprego», ou mesmo «(nível de) educação». Provavelmente,

⁶ E também, a propósito, no artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Acabar com a pobreza é ainda o primeiro dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (2015-2030).

⁷ Este conceito é também referido no Relatório sobre «Pobreza extrema e direitos humanos» pelo Relator Especial sobre esta questão, Olivier De Schutter, 13 de julho de 2022, p. 5.

⁸ A. CORTINA, 2017, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Barcelona, Paidós, p. 21.

⁹ *Ibidem*, p. 22.

sugere T. KADAR¹⁰, seria útil identificar uma série de indicadores para definir o estatuto socioeconómico, tais como o nível de educação e alfabetização, família ou outras redes de apoio, carência de habitação, localização geográfica, fontes e nível de rendimento, tipo de trabalho ou profissão e estatuto de emprego e desemprego.

Embora o estatuto socioeconómico esteja a ganhar terreno na ordem internacional aplicável e em vários Estados, há um vivo debate no seio da União Europeia sobre se isso é razoável ou não. TAMAS KADAR¹¹ resume alguns dos argumentos a favor e contra. A favor, obrigações internacionais decorrentes tanto do Conselho da Europa como da União Europeia; as pessoas que vivem na pobreza e exclusão social são um grupo social desfavorecido ou vulnerável, um *grupo* claramente *excluído*, com acesso limitado ao exercício real dos seus direitos e à proteção institucional e judicial; a pobreza é frequentemente combinada com outras características como a etnia minoritária, estrangeiridade, etc., de modo que podiam explorar-se sinergias na abordagem de múltiplas discriminações.

Contra isto, a falta de especificidade do estatuto socioeconómico (especialmente quando não está claramente definido), não se referindo a um grupo social específico, mas a indivíduos específicos da comunidade; ao contrário de outras características suspeitas, a pobreza não é imutável; a pobreza não é uma questão legal, mas sim política. A isto há que acrescentar que várias cláusulas da Constituição, sob o princípio da espinha dorsal do Estado social, permitem e até mandatam a luta contra a pobreza em todas as suas formas. E, neste sentido, talvez a cláusula de estatuto socioeconómico também não acrescentasse nada de novo, útil ou interessante.

Nenhum destes contra-argumentos me parece conclusivo: a falta de clareza conceptual é facilmente superada (basta defini-la bem com base nos critérios acima mencionados ou outros); é evidente que se trata de uma situação individual, mas também social, mesmo que seja complexa e englobe numerosos tipos (é também o caso da idade, que se refere ao mesmo tempo a todas as pessoas de qualquer idade, mas especialmente a crianças, jovens e idosos, ou portadores de deficiência, que não é uma, mas múltipla, porque assume muitas formas que são muito diferentes umas das outras: não há deficiência, mas deficiências); por outro lado, a pobreza é muito mais imutável do que parece (e gostaríamos), de facto, está provado que a pobreza é em grande parte herdada e a única coisa capaz de a evitar é a educação inclusiva de qualidade; e, finalmente, a pobreza é uma questão política, claro, mas também uma questão jurídica: mais uma vez, é preciso lembrar que o Direito não é ideologicamente neutro e quando é assim concebido, a experiência histórica ensina que é uma falsidade destinada a manter o *statu quo* social desigual e discriminatório. Na realidade, não é que a pobreza seja uma questão política que de alguma forma escapa aos constrangimentos conaturais do Direito; é que é uma questão social que, se fosse capturada pelo Direito desta forma poderosa, tornar-se-ia (desejavelmente) uma questão política, talvez pondo fim à sua invisibilidade e também ao sentimento generalizado de que é um problema insolúvel (na realidade,

¹⁰ T. KADAR, 2016, *An analysis of the introduction of socio-economic status as a discrimination ground*, Equality & Rights Alliance, p. 18.

¹¹ *Ibidem*, pp. 18 e seguintes.

é uma discriminação sistemática e institucional que é difícil, mas não impossível de remediar).

O relatório sobre «Pobreza extrema e direitos humanos» do Relator Especial sobre esta questão, OLIVIER DE SCHUTTER, datado de 13 de julho de 2022, é também muito interessante a este respeito, pois analisa o problema da pobreza na perspectiva do Direito Antidiscriminatório¹².

A dimensão objetiva do direito a não ser discriminado, neste caso com base no estatuto socioeconómico, implica um mandato de ação positiva com prioridade sobre outros grupos sociais desfavorecidos. Contudo, a igualdade de oportunidades depende dos critérios políticos das maiorias governamentais e parlamentares em cada momento (que diferem na formulação das melhores soluções em função do prisma partidário) e da quantidade de recursos públicos disponíveis. Como BOB HEPPLE escreveu¹³, «seria ilusório acreditar que (a igualdade de oportunidades) pode ser traduzida em termos legais de uma forma que conduza, sem mais delongas, à terra prometida da igualdade (transformadora)». Colocar um desejo num texto legal, por muito elevado e nobre que seja, não o transforma magicamente num direito subjetivo. Mas também não é lógico condená-lo à absoluta irrelevância. A cláusula que proíbe a discriminação com base na pobreza não predetermina os montantes de dinheiro público a serem fornecidos, nem a forma como, por exemplo, os serviços sociais de um país devem ser organizados, mas permite estabelecer um nível mínimo de quantidade e qualidade destes serviços abaixo do qual o direito seria violado, e isto é algo que os tribunais poderiam controlar sem se tornarem ativistas. Haveria um limiar judicial de pobreza intolerável, que seria ainda mais inadmissível se estivessem presentes outros fatores discriminatórios.

6. Conclusão

Embora o caso Soares de Melo esteja bem argumentado e decidido, é um bom teste para explorar o impacto do Direito Antidiscriminatório numa situação em que a discriminação de género múltipla, sistemática e institucional pode ser identificada, na qual a pobreza extrema funciona como um fator fundamental para compreender por que razão as autoridades retiraram as crianças dos direitos parentais da sua mãe e até da mera possibilidade de as visitar.

Ainda que não o tenha feito em Soares de Melo, é de esperar que no futuro o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos aplique a cláusula que proíbe a discriminação com base na (falta de) riqueza, dando conteúdo jurídico às disposições

¹² As pessoas que vivem em extrema pobreza «vivem num ciclo vicioso de impotência, estigmatização, discriminação, exclusão e privação material que se alimentam umas das outras» (p. 4). Os «maus-tratos sociais» são a resposta que normalmente recebem da sua comunidade, e isto «alimenta os maus-tratos ou abusos institucionais, definidos como o fracasso das instituições públicas e privadas em responder adequadamente às circunstâncias, necessidades e aspirações das pessoas em situação de pobreza» (p. 5). Isto está de acordo com o que foi afirmado nas páginas anteriores sobre a natureza da discriminação institucional sofrida pela Sra. Soares de Melo.

¹³ B. HEPPLE, 2014, *Equality. The legal framework*, Oxford e Portland, Oregon, Hart. Pu., p. 227.

do artigo 14.º da Convenção de Roma e do artigo 1.º do seu Protocolo Adicional 12. Pois, como o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas salienta corretamente¹⁴, «a discriminação pode levar à pobreza, tal como a pobreza pode levar à discriminação».

7. Referências bibliográficas

- CORTINA, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Barcelona, Paidós, 2017.
- HEPPLE, B. (2014). *Equality. The legal framework*, Oxford and Portland, Oregon, Hart. Pu.
- KADAR, T. (2016). *An analysis of the introduction of socio-economic status as a discrimination ground*, Equality & Rights Alliance.
- KNOWLES, L. L. e PREWITT, K. (1969). *Institutional Racism in America*, New Jersey, Prentice Hall.
- LAWRENCE, S. (1999). *Report of an Inquiry by Sir William MacPherson of Cluny*, London.
- MERCAT-BRUNS, M. (2018). «Systemic discrimination: rethinking the tools of gender equality», *European equality law review*, n. 2.
- NAÇÕES UNIDAS. (2022). Relatório sobre «Extrema pobreza e direitos humanos» (Relator Especial Olivier De Schutter), de 13 de julho de 2022.
- REY MARTENEZ, F. (2023). *Derecho Antidiscriminatorio* (2.ª ed.), Navarra, ed. Aranzadi/Thomson Reuters.

¹⁴ E/C. 12/2001, parágrafo 11.

CAPÍTULO X

DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

J. e Outros c. Áustria

Konstantin Markin c. Rússia

Bărbulescu c. Roménia

J. e Outros c. Áustria

A jurisprudência do TEDH como meio de desocultar a exploração do trabalho das mulheres e a relação entre o trabalho forçado e o tráfico de seres humanos

ANA CANSADO*

1. Introdução

O caso *J. e Outros c. Áustria* versa sobre uma situação de tráfico e exploração de mão de obra feminina que foi submetida à apreciação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Neste comentário, vamos começar por dar conta da referência a este fenómeno com base nos dois mais recentes relatórios sobre o tema produzidos pelas Nações Unidas e a nível europeu. De seguida, iremos relatar os factos e o direito com base no acórdão e, por fim, iremos dar nota do voto de concordância do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

2. O tráfico de seres humanos para fins de exploração laboral

O mais recente Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas¹, publicado em janeiro de 2023 pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), aponta diversas alterações que devem ser lidas com cuidado, sobretudo no que se refere à diminuição do número de vítimas de tráfico humano, uma vez que não ilustram necessariamente uma redução da atividade criminosa, mas sim uma maior dificuldade para identificar as vítimas, dadas as restrições impostas pela pandemia e outras crises globais. Contudo, é de assinalar que, em 2020, pela primeira vez desde que o UNODC começou a publicar dados sobre o tráfico de pessoas, a percentagem de pessoas vítima de tráfico para trabalho forçado foi igual à de tráfico para exploração sexual, o que motiva uma maior atenção a este fenómeno.

O 12.º Relatório Geral² sobre as atividades do Grupo de Peritos em Ação contra o Tráfico de Seres Humanos (GRETA), publicado em junho de 2003, divulga

* Licenciada em Relações Internacionais. Mestranda em Direito, Especialização em Direitos Sociais e da Inovação na NOVA School of Law, Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa.

¹ UNODC, Global Report on Trafficking in Persons 2022 (United Nations publication, Sales no.: E.23.IV.1), consultado a 2 de junho de 2023 em <https://www.unodc.org/unodc/data-and-analysis/glotip.html>.

² COUNCIL OF EUROPE, 12th General Report GRETA – Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings, consultado a 2 de junho de 2023 em <https://rm.coe.int/12th-general-report-on-greta-activities-covering-the-period-from-1-jan/1680ab9868>.

uma Recomendação da Comissão de Ministros relativa à prevenção e combate ao tráfico de seres humanos com o propósito de exploração do trabalho, que exorta os Estados-Membros a adotar políticas públicas que abordem o tráfico com o propósito de exploração laboral, seguindo uma orientação baseada nos direitos humanos e centrada na proteção das vítimas. Deve ser dada particular atenção às legislações laborais em todos os setores da economia, incluindo no trabalho doméstico e setores não regulamentados da economia informal, a fim de proteger as pessoas em situação de maior vulnerabilidade. Para tal, as investigações de crimes de tráfico de seres humanos devem ser sistematicamente acompanhadas por investigações financeiras, em particular quando há empresas envolvidas, como por exemplo empresas de colocação no mercado de trabalho que facilitam o trabalho no estrangeiro. A criação de unidades especializadas na polícia e no Ministério Público, bem como a especialização dos juízes, permite a aquisição de experiência e conhecimento, e contribui para uma maior taxa de acusação e condenação.

A definição de Tráfico de Seres Humanos na base dos relatórios citados e deste comentário é a que consta da alínea a) do artigo 3.º do Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças: «Por “tráfico de pessoas” entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extração de órgãos.»³

3. Análise do caso *J. e Outros c. Áustria*: os factos

As requerentes são três mulheres nacionais das Filipinas⁴. A Senhora J., mãe de uma filha de oito meses de idade à data, alega que no final de 2006 contactou uma agência em Manila para encontrar um emprego no exterior. Assinou um contrato no qual concordava em trabalhar para uma família no Dubai durante dois anos, de dezembro de 2006 até dezembro de 2008, pelo valor de 700 dirhams dos Emirados Árabes Unidos (AED), aproximadamente 150 euros (EUR) naquela época, por mês

³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU/UN), Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, consultado a 2 de junho de 2023 em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo_adicional_conv_nu_trafico_mulheres_crianças.pdf.

⁴ As requerentes, a Sra. J., a Sra. G. e a Sra. C., cujos nomes não foram divulgados para sua proteção, foram representadas pelo Sr. Adam Weiss, Diretor Jurídico do Centro AIRE (Advice on Individual Rights in Europe), uma organização não governamental com sede em Londres. A primeira e a segunda requerentes nasceram em 1984 e 1982 respetivamente e vivem em Viena. A terceira requerente nasceu em 1972 e vive na Suíça. Os factos resultam das alegações das requerentes e da investigação aos eventos ocorridos na Áustria.

para trabalhar oito horas por dia útil. Chegada ao Dubai foi levada até às suas empregadoras, que lhe retiraram o passaporte, e durante a maior parte do contrato inicial de dois anos, apesar de trabalhar das cinco da manhã à meia-noite, não foi submetida a outros abusos físicos ou ameaças e foi paga regularmente. As suas funções incluíam cuidar dos filhos dos patrões, preparar refeições, limpar a casa, lavar a roupa e vários outros trabalhos em casa e no jardim. Durante os primeiros nove meses trabalhou sete dias por semana sem um único dia de folga e não teve permissão para sair de casa sem supervisão. Não tinha permissão para ter o seu próprio telefone e só podia ligar para a família nas Filipinas uma vez por mês, sendo os custos dessas ligações descontados do seu salário. Estava constantemente com fome, pois geralmente só recebia os restos de comida da família. Após aproximadamente nove meses experienciou o primeiro castigo pelos seus empregadores, ao ser forçada a dormir no chão quando aqueles descobriram que conversava com outro funcionário das Filipinas na sua língua nativa. Depois de dormir no chão frio, adoeceu e foi impedida de procurar um médico e de comprar medicamentos, tendo sido forçada a trabalhar o mesmo número de horas. Perto do final do contrato foi informada de que desejavam que ela ficasse e ofereceram-lhe melhor salário, mais dias de folga e um telefone próprio, além de permissão para visitar a sua família, desde que indicasse alguém para assumir as suas funções durante a sua ausência. Relutantemente, concordou em prolongar o seu contrato e voltou para as Filipinas pelo período de três meses. Devido aos incentivos e perspectivas de melhores condições de trabalho, pediu à Senhora G. que assumisse a sua função no Dubai durante o período em que esteve fora. Nas Filipinas recebeu ameaças de que se não voltasse para o Dubai para trabalhar seria proibida de lá voltar e que a pessoa que a substituiu seria submetida a maus-tratos, pelo que acabou por retornar ao Dubai em abril de 2009. Já no Dubai, e enquanto aprendia a conduzir, foi forçada a pagar por mais aulas e testes, no valor de quatro meses de salário, após falhar o primeiro teste de condução. Pouco depois começou a receber maus-tratos físicos, inclusive enquanto conduzia. Acompanhou os seus empregadores em viagens à Europa, Austrália, Singapura e Omã, onde ficava trancada em quartos de hotel. Só teve de se dirigir pessoalmente a uma embaixada a fim de obter documentos, e nessa ocasião foi-lhe ordenado que mentisse sobre as suas condições de trabalho.

A Senhora G. era casada e tinha três filhos pequenos nas Filipinas. O marido não tinha trabalho regular. Dada a promessa de um salário mais elevado concordou em trabalhar para os mesmos empregadores da primeira requerente. Os empregadores no Dubai conseguiram um visto de visita para ela, sob falsos pretextos, mas nunca celebraram um contrato de trabalho. O acordo era que iria receber 700 AED por mês, que seriam pagos diretamente à sua família nas Filipinas. Em dezembro de 2008 começou então a trabalhar no Dubai, e os seus empregadores ameaçavam constantemente não pagar se ela cometesse algum erro. Não podia sair do Dubai, nem lhe foi devolvido o passaporte, e ainda foi informada de que teria de reembolsar os custos de viagem e despesas relacionadas com a sua vinda para o Dubai. Outra ameaça constante era a prisão em caso de fuga ou se contactasse as autoridades do Dubai para pedir ajuda.

A família da Senhora C. estava desesperada por dinheiro para pagar um tratamento médico crucial para o seu irmão. Em 2009, ela contactou uma agência de emprego nas Filipinas e foi-lhe oferecido trabalho como empregada doméstica no Dubai. Foi informada de que ganharia entre 800 e 1000 AED por mês, aproximadamente o dobro do seu salário nas Filipinas. Ao chegar ao Dubai em 2009, ela teve de entregar o seu passaporte e o telemóvel para alguém supostamente ao serviço da agência de emprego. A terceira requerente, trabalhava para um membro da família dos empregadores das outras requerentes, o que permitiu que estas se fossem conhecendo, uma vez que as famílias se reuniam todas as sextas-feiras. A exploração e as ameaças eram em tudo semelhantes: o horário de trabalho desde as 6 h à meia-noite; tarefas brutais como limpar o carro ao sol com um calor insuportável, proibição de utilizar a casa de banho sem informar o empregador. A requerente não auferiu qualquer remuneração durante os primeiros três meses e, posteriormente, recebeu muito menos do que havia sido acordado. Numa ocasião, foi esbofeteadada, e noutra ocasião testemunhou um funcionário sendo atingido na cabeça.

Os eventos na Áustria reportam-se a julho de 2010, quando os empregadores das requerentes as levaram numa viagem de férias. As requerentes alegam que ficaram todos no mesmo hotel no centro da cidade de Viena, onde elas dormiam num quarto com as filhas do sexo feminino. Os meninos dormiam no mesmo quarto que os pais. Como no Dubai, as requerentes tiveram de cuidar de todas as crianças e realizar inúmeras outras tarefas domésticas. Eram obrigadas a trabalhar aproximadamente das cinco ou seis da manhã até à meia-noite ou até mais tarde. Os empregadores gritavam regularmente com as requerentes quando, por exemplo, não conseguiam preparar todas as crianças pela manhã ou quando, por volta das duas da manhã, queriam que cozinhassem. Enquanto estiveram na Áustria, os seus passaportes permaneceram com os empregadores. Numa saída a um jardim zoológico, um ou dois dias após a sua chegada à Áustria, uma das crianças desapareceu por momentos e os empregadores começaram a gritar com as requerentes de uma forma mais violenta que o habitual, ameaçando-as de espancamento ou algo pior caso a criança não fosse encontrada sã e salva. Esta experiência foi particularmente assustadora e humilhante, e as requerentes decidiram, portanto, pedir ajuda a N., um funcionário do hotel onde estavam instaladas e que falava tagalo, a língua materna da primeira requerente. Na noite seguinte ao incidente deixaram o hotel com a ajuda de N., que trouxe um carro para uma rua lateral perto do hotel e as levou para junto da comunidade filipina local em Viena, onde encontraram refúgio.

Em abril de 2011, aproximadamente nove meses após terem fugido dos seus empregadores, as requerentes contactaram uma ONG local chamada LEFÖ⁵ para denunciar às autoridades os maus-tratos, abuso e exploração de que foram vítimas. Em julho de 2011, as requerentes apresentaram queixa contra os seus empregadores, pelo crime de tráfico de seres humanos. Nos dias 11 e 21 de julho e 17

⁵ A LEFÖ é uma organização não governamental fundada em 1985 por mulheres latino-americanas exiladas na Áustria ativamente envolvida na luta contra o tráfico de seres humanos na Áustria. É financiada por fundos governamentais para prestação de assistência às vítimas de tráfico.

de agosto de 2011, acompanhadas por representantes da LEFÖ, foram longamente entrevistadas por oficiais do Gabinete de Combate ao Tráfico de Seres Humanos da polícia austríaca.

As requerentes foram informadas de que os seus empregadores também haviam feito alegações sobre a sua conduta, mencionando, por exemplo, que elas haviam roubado dinheiro e um telemóvel quando fugiram do hotel. As alegações dos empregadores foram posteriormente reconhecidas formalmente pelas autoridades austríacas como falsas.

Em novembro de 2011, o Ministério Público de Viena interrompeu a investigação relativa ao tráfico de pessoas e, a 14 de novembro de 2011, o promotor público proferiu uma breve decisão por escrito, dando como razões para a descontinuação do processo o facto de o crime ter sido cometido no exterior por estrangeiros, e não ter envolvido interesses austríacos.

A 30 de novembro de 2011, as requerentes apresentaram um pedido para continuar a investigação no Tribunal Penal Regional de Viena, alegando que os interesses austríacos foram de facto lesados, e que o abuso e a exploração de que foram vítimas na Áustria eram crimes puníveis nos termos da lei.

O Ministério Público de Viena então apresentou uma declaração para o Tribunal Penal Regional de Viena, especificando as suas razões para ter terminado a investigação, alegando que o crime tinha ocorrido no Dubai e que o facto de terem conseguido deixar os seus empregadores apenas dois ou três dias após a sua chegada a Viena não corroborava a exploração em território austríaco. Em março de 2012, o Tribunal Penal Regional de Viena julgou improcedente o recurso das requerentes, confirmando a decisão de interrupção da investigação.

Em janeiro de 2013, as requerentes apresentaram uma ação civil contra os seus empregadores, no entanto, face ao elevado risco de terem de pagar as custas do processo porque aqueles não residiam na Áustria, elas desistiram da ação e, com o apoio da LEFÖ, avançaram com um pedido de autorização de residência especial na Áustria para vítimas de tráfico humano, após lhes ter sido concedida uma autorização de residência para fins de proteção em janeiro de 2012. Nessa data também foram oficialmente inscritas no Registo Central que decretou a proibição de divulgação de dados pessoais para a sua proteção e de modo que o seu paradeiro não fosse público.

A 4 de setembro de 2012, as requerentes apresentaram uma petição contra a República da Áustria no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

4. Análise do caso *J. e Outros c. Áustria*: o Direito

A petição tem por fundamento o artigo 4.º (proibição de trabalho forçado) e o artigo 3.º (proibição de trabalho desumano ou tratamento degradante) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, tendo as requerentes alegado que tinham sido submetidas a trabalhos forçados e tráfico de seres humanos, e que as autoridades austríacas falharam em realizar uma investigação efetiva e exaustiva sobre os factos alegados.

O Tribunal começou por decidir retirar o requerimento da Sra. C. porque considerou que ela deve ter perdido o interesse em prosseguir com o seu pedido, uma vez que não informou o seu representante do seu paradeiro atual⁶.

No que se refere ao critério de admissibilidade do artigo 35.º da Convenção, o Tribunal considerou que tinham sido cumpridos, isto é, que foram esgotadas todas as vias de recurso internas e que o prazo tinha sido cumprido.

No que se refere ao artigo 4.º, o Tribunal considerou que as autoridades austríacas cumpriram o seu dever de identificar, proteger e apoiar as requerentes como (potenciais) vítimas de tráfico humano. Face ao quadro legal e administrativo em vigor relativo à proteção de potenciais vítimas de tráfico na Áustria, as ações tinham sido suficientes, e as autoridades austríacas tinham tomado todas as medidas razoavelmente esperadas na situação em concreto. Em particular, a partir do momento em que a Sra. J. e a Sra. G. contactaram a polícia, foram entrevistadas por agentes policiais especialmente treinados, receberam autorizações de residência e de trabalho para regularizar a sua permanência na Áustria e foram tomadas medidas de ocultação dos seus dados pessoais para a sua proteção. Além disso, durante o período em que durou o processo, as requerentes foram apoiadas pela organização não governamental LEFÖ, que é financiada pelo Governo, tendo recebido representação legal, orientação processual e assistência para facilitar a sua integração na Áustria.

No que concerne aos eventos no exterior, o Tribunal concluiu que a Áustria não tinha nenhuma obrigação sob a Convenção Europeia para investigar o recrutamento das requerentes nas Filipinas ou a sua suposta exploração nos Emirados Árabes Unidos. Nos termos do artigo 4.º da Convenção, os Estados não ficam obrigados a investigar crimes de tráfico cometidos no exterior.

No que diz respeito aos acontecimentos na Áustria, o Tribunal considerou que a investigação das autoridades austríacas no caso das requerentes tinha sido suficiente. A avaliação das autoridades sobre o caso, nomeadamente que as queixas das requerentes sobre a sua estadia em Viena não constituíam em si mesma exploração ao abrigo do Código Penal, e a interpretação das autoridades austríacas era plausível dados os factos do caso e as evidências disponíveis.

Em relação ao argumento das requerentes de que os eventos nas Filipinas, nos Emirados Árabes Unidos e na Áustria não podiam ser vistos isoladamente, o Tribunal considerou que, mesmo que tivessem sido tomadas conjuntamente, não havia indícios de que as autoridades austríacas não tivessem cumprido o seu dever de investigação. As requerentes só recorreram à polícia cerca de um ano após os eventos em questão, quando os seus empregadores há muito tinham deixado o país⁷. Quaisquer outras etapas no caso – como confrontar os empregadores das

⁶ Por carta de 30 de janeiro de 2015, o representante das requerentes informou ao Tribunal que já não estava em contacto com a terceira requerente, a qual possivelmente se havia mudado para a Suíça.

⁷ Segundo CARLA SILVA e MARGARIDA REIS, «O Protocolo de Palermo é omissivo em matéria de jurisdição e a Convenção Anti-Tráfico apenas exige que os Estados Partes estabeleçam jurisdição sobre qualquer delito de tráfico cometido no seu próprio território, ou por ou contra um de seus nacionais.», in *J. e Outros c. Áustria*, acórdão de 17 de janeiro de 2017, Proibição

requerentes com as alegações feitas contra eles – não tiveram qualquer perspectiva razoável de sucesso, já que não existia nenhum acordo de assistência jurídica mútua entre a Áustria e os Emirados Árabes Unidos. O Tribunal enfatizou ainda que, sob a lei austríaca, não era possível conduzir procedimento criminal na ausência do arguido e, além disso, o Ministério Público tinha margem de manobra ao decidir quais casos prosseguir e quais encerrar.

Em suma, o Tribunal decidiu que as autoridades austríacas cumpriram o seu dever de proteger as requerentes e, portanto, não houve violação do artigo 4.º da Convenção. Pelas mesmas razões, o Tribunal concluiu que também não houve violação do artigo 3.º.

5. Análise do caso *J. e Outros c. Áustria*: o voto de concordância de Paulo Pinto de Albuquerque

No seu voto de concordância, o então Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE começou por afirmar que, embora de acordo com a decisão, considerou insuficiente a fundamentação da mesma.

Por um lado, considerou que o Tribunal podia ter dado maior relevância aos elementos constituintes do crime de tráfico de seres humanos e, por outro, podia ter aprofundado a questão das responsabilidades internas da República da Áustria no caso em apreço.

Na primeira parte do documento, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE conduz-nos numa reflexão crítica sobre as respostas globais aos crimes de trabalho forçado e de tráfico humano para esse propósito, começando no Direito Internacional dos Direitos Humanos, passando pelo Direito do Trabalho, pelo Direito Internacional Penal e Humanitário. Partindo dos Mandatos da Liga das Nações, quando a questão do trabalho forçado foi considerada pela primeira vez na esfera internacional, passando pela Convenção sobre a Escravatura de 1926, a Convenção sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1930, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, a Convenção sobre Abolição do Trabalho Forçado da OIT de 1957, a Convenção sobre o Alto Mar de 1958, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, e muitos outros diplomas como o Protocolo referente à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças de 2000, que apresenta a primeira definição internacional consensual de tráfico de seres humanos, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, a Carta Árabe de Direitos Humanos de 2004, a Convenção Relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos

da Escravatura e do Trabalho Forçado (Artigo 4.º – Obrigações Positivas) – Artigo 4.º, N.º 1 – Tráfico de Seres Humanos – Proibição de Tortura (Artigo 3.º – Investigação Efetiva – Aspecto Processual)», *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – Sumários*, Coleção Caderno Especial, e-book do CEJ, p. 160, consultado a 2 de junho de 2023 em <https://cej.justicia.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Mh08FWotvV8%3d&portalid=30>.

do Conselho da Europa de 2005, que institui um mecanismo de monitorização independente para determinar em que medida as suas disposições são aplicadas e que assenta no trabalho do Grupo de Peritos sobre a Luta contra o Tráfico de Seres Humanos (GRETA), a Convenção sobre Trabalho Digno para os Trabalhadores e Trabalhadoras do Serviço Doméstico da OIT de 2011, a Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas de 2011 e a Convenção contra o Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças da Associação das Nações do Sudeste Asiático de 2015.

Na segunda parte, o juiz debruça-se sobre as obrigações da Áustria, reafirmando que a demora das requerentes em procurar as autoridades do país e a proteção e acolhimento dado às mesmas como vítimas de tráfico justificam o voto. Para além da clarificação de conceitos que permitam uma maior abrangência dos elementos que tipificam o crime de tráfico humano e de exploração, há espaço para uma reforma do enquadramento legal austríaco, ainda assim teria sido possível tomar iniciativas para investigar melhor as alegações feitas contra os empregadores pelas requerentes, recorrendo, por exemplo, às agências como a Europol ou a Frontex. Ainda assim, contrastando a lei austríaca com a obrigação internacional de criminalizar e processar o trabalho forçado e o tráfico de seres humanos, conclui que as ações das autoridades austríacas revelam «as potencialidades e as fraquezas do sistema austríaco: efetivo para proteção de vítimas, ineficaz para punir criminosos»⁸.

6. Conclusão

A descrição dos factos não deixa dúvida sobre a violência a que as vítimas de tráfico para exploração laboral estão sujeitas. Em alguns momentos neste processo percebemos que ainda há que desconstruir ideias sobre o valor do trabalho doméstico e do cuidado e da violência oculta na esfera privada. A exposição das trabalhadoras, em particular do serviço doméstico, ao trabalho forçado e ao tráfico humano é uma realidade conhecida de trabalhos como, por exemplo, o artigo⁹ de HAGAR ELDIDI e outros em que é discutida a crescente feminização da migração laboral e a necessidade de reduzir a vulnerabilidade ao trabalho forçado e tráfico de mulheres trabalhadoras migrantes do Sul para a Ásia Ocidental.

A relação entre trabalho forçado e tráfico humano é uma das questões que se colocou ao longo do processo. ANNE TREBILCOCK, ex-assessora jurídica e diretora de serviços jurídicos da Organização Internacional do Trabalho em Genebra, num

⁸ MARGARIDA MARTINS, MARIANA CUNHA e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, 2022, *Direitos Humanos das Mulheres*, Universidade Católica Editora, p. 404, § 61.

⁹ HAGAR ELDIDI, CHLOE VAN BILJON, MUZNA ALVI, CLAUDIA RINGLER, NAZMUN RATNA, SAWSAN ABDULRAHIM, PATRICK KILBY, JOYCE WU, e ZAHID UL AREFIN CHOUDHURY, outubro 2021, «Reducing Vulnerability to Forced Labor and Trafficking of Short-Term, Low-Skilled Women Migrant Workers in the South Asia to Middle East Corridor», in *IFPRI Discussion Paper 2049*, consultado a 2 de junho de 2023 em <https://doi.org/10.2499/p15738coll2.134673>.

artigo¹⁰ em que é colocada a hipótese de que os tribunais, ao analisarem de modo mais profundo o tráfico humano, desabonam os indícios de trabalho forçado, afirmou a importância de aprofundar também o papel dos direitos laborais na consolidação de programas de cooperação e acordos de assistência jurídica mútua entre os Estados, que permitam levar os perpetradores de trabalho forçado e tráfico à justiça.

Os relatórios mais recentes mostram a importância da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, e o voto do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE é uma lição sobre a importância e o caminho percorrido pelo Direito em defesa das pessoas mais vulneráveis e do compromisso em combater a exploração e a discriminação.

Com este breve comentário prestamos homenagem ao trabalho do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, e que possamos inspirar mais pessoas a conhecer e a continuar o seu trabalho.

¹⁰ ANNE TREBILCOCK, 2017, «A Focus on Human Trafficking Blinds Courts to Forced Labor», *International Labor Rights Case Law*, 3(2), pp. 211-215, consultado a 2 de junho de 2023 em https://brill.com/view/journals/ilrc/3/2/article-p211_11.xml?language=en&body=pdf-63199.

Konstantin Markin c. Rússia

A vulnerabilidade inerente à parentalidade e a insuficiente construção de resiliência pelo TEDH em matéria de licença parental

SOFIA TORRES PEREIRA*

1. Introdução

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, TEDH ou Tribunal) tem sido protagonista de vasta jurisprudência antidiscriminatória. Incumbindo-se de proteger os «mais vulneráveis» ou os «particularmente vulneráveis»¹, atingiu «um estatuto de definidor de *standards* para a proteção de direitos humanos a nível global»². Tal é conseguido não só através das decisões que toma, mas também através das opiniões separadas nos diferentes casos, destacando-se aqui o papel do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, por não abdicar do papel pedagógico, enformador do Direito e fortalecedor da democracia destas opiniões, designadamente no caso *Konstantin Markin c. Rússia*³, em apreço. O objetivo deste artigo é analisar este caso emblemático, com um grande potencial transformador, e apurar o seu impacto, tendo como pano de fundo da análise a teoria da vulnerabilidade de MARTHA FINEMAN, para a qual a linguagem do TEDH, de forma intencional ou não, inevitavelmente remete.

A breve apresentação da tese de FINEMAN e a sua aplicação à jurisprudência antidiscriminatória do TEDH constituem o ponto de partida deste artigo. Segue-se a problematização do direito a licença parental à luz da teoria da vulnerabilidade, em que se perceberá que este constitui uma ferramenta essencial para fazer face à vulnerabilidade dos pais trabalhadores e à vulnerabilidade da criança. Depois, analisam-se os traços essenciais do caso *Konstantin Markin c. Rússia* e o importante aprofundamento de algumas questões por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE para, por fim, se tirar ilações sobre a capacidade transformadora da decisão, *i.e.*, sobre se a

* Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Mestre em Direito, com especialização em Direito Social e da Inovação, pela Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa.

¹ Estas são expressões patentes de várias decisões do TEDH. *Vd.*, por exemplo, *Slawomir Musial c. Polónia*, n.º 28300/06, 20 de janeiro de 2009 (§ 96), e *Yordanova c. Bulgária*, n.º 25446/06, 24 de abril de 2012 (§ 130).

² EFFIE FOKAS e JAMES T. RICHARDSON, 2017, «The European Court of Human Rights and Minority Religions: Messages Generated and Messages Received», in *Religion, State and Society*, 45(3-4), p. 166.

³ N.º 30078/06, 22 de março de 2012.

decisão conseguiu desmascarar e abalar as estruturas sociais responsáveis pela desigualdade⁴.

2. A «vulnerabilidade» para Martha Fineman e a «vulnerabilidade» para o TEDH

Segundo MARTHA FINEMAN, a vulnerabilidade é «universal e constante, inerente à condição humana»⁵, o que se explica pelo facto de o ser humano ter um corpo e, por isso, estar permanentemente sujeito a danos, a catástrofes e a infortúnios⁶. A ideia de que o ser humano é, em regra, capaz, autónomo e independente, é, portanto, um mito, e o sujeito liberal deve ser substituído pelo sujeito vulnerável no centro das preocupações políticas e sociais⁷. A conceção do sujeito como vulnerável demanda uma visão mais substantiva de igualdade, *i.e.*, uma visão que não se prende à mera não discriminação (igualdade formal), mas que vai à raiz do problema da desigualdade, procurando abalar as formas persistentes de subordinação e dominação e corrigir as disparidades económicas e de bem-estar social⁸. Para tal, afigura-se essencial, por exemplo, combater estereótipos, definidos como crenças sobre as características de grupos de pessoas que existem devido à necessidade humana de simplificar o mundo, catalogando a realidade para a tornar mais compreensível⁹. Os estereótipos, sendo um mecanismo de controlo das características dos indivíduos e do seu papel na sociedade, acabam por ser um poderoso e perigoso instrumento de manutenção das relações de poder existentes¹⁰, já que essas características e esses papéis são perspetivados como «universais, eternos, naturais, essenciais e/ou imutáveis»¹¹. Assim, a não serem desmantelados, os estereótipos perpetuam a vulnerabilidade acrescida de uns face a outros, que é o mesmo que dizer: perpetuam a desigualdade. A teoria da vulnerabilidade não se trata, portanto, de ignorar o modelo de igual tratamento visado pela igualdade formal, mas de o complementar com uma análise estrutural do problema da desigualdade, analisando-se as instituições sociais e o seu papel na atribuição de vantagens e

⁴ CATHERINE ALBERTYN, 2005, «Defending and Securing Rights through Law: Feminism, Law and the Courts in South Africa», in *Politikon*, 32(2), p. 219.

⁵ MARTHA A. FINEMAN, 2008, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», in *Yale Journal of Law and Feminism*, 20(1), p. 1.

⁶ FINEMAN, «The Vulnerable Subject: Anchoring...», *cit.*, p. 9.

⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁸ *Ibidem*, p. 3.

⁹ CHARLES STANGOR e MARK SCHALLER, 2000, «Stereotypes as Individual and Collective Representations», in *Stereotypes and Prejudice: Essential Readings*, coord. Charles Stangor, Filadélfia, Psychology Press, p. 64.

¹⁰ ZANITA FENTON, 1998, «Domestic Violence in Black and White: Racialized Gender Stereotypes in Gender Violence», in *Columbia Journal of Gender and Law*, 8(1), p. 13.

¹¹ RIKKI HOLTMAAT, 2012, «Article 5 CEDAW», in *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: a Commentary*, coords. Marsha Freeman, Christine Chinkin e Beate Rudolf, Oxford, Oxford University Press, p. 147.

desvantagens a certas pessoas¹². Para tanto, FINEMAN argumenta que é necessário aquilo a que chama um «Estado responsivo»¹³, *i.e.*, um Estado com obrigações positivas, que providencie instituições que dão ferramentas ao sujeito para desenvolver resiliência face à sua vulnerabilidade¹⁴.

O TEDH acaba por funcionar como uma dessas instituições, criada a nível supranacional, com a missão de assegurar o respeito pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante, CEDH) e, assim, corrigir as situações de vulnerabilidade acrescida em que os requerentes são colocados quando os Estados signatários não cumprem as normas desse instrumento legal internacional. Tendo presente a ideia de FINEMAN de que a vulnerabilidade é, concomitantemente, universal e particular, na medida em que é comum a todos os seres humanos, mas experienciada de forma diferente por cada um, dado que todos têm ao seu dispor uma diferente quantidade e qualidade de recursos¹⁵, é possível admitir que o TEDH, não descuidando a universalidade da vulnerabilidade, coloca o seu foco na vertente individual da mesma, analisando a vulnerabilidade e a resiliência específicas das pessoas em questão nos casos que chegam à sua apreciação¹⁶.

Uma vez desenhada esta ponte entre as concetualizações de vulnerabilidade de FINEMAN e do TEDH, é pertinente analisar o caso *Konstantin Markin c. Rússia* tendo a teoria da vulnerabilidade como pano de fundo, mas não sem antes se aludir ao direito discutido no caso – o direito a licença parental – à luz desta perspetiva.

3. O direito a licença parental à luz dos conceitos de «vulnerabilidade» e de «resiliência» de Martha Fineman

O direito a licença parental surge diretamente ligado às crescentes preocupações com a igualdade de género, sendo a igualdade na divisão do trabalho doméstico e

¹² MARTHA A. FINEMAN, 2010, «The Vulnerable Subject and the Responsive State», in *Emory Law Journal*, 60(2), p. 274.

¹³ FINEMAN, «The Vulnerable Subject and the...», cit., p. 260.

¹⁴ FINEMAN, «The Vulnerable Subject and the...», cit., pp. 255-256.

¹⁵ FINEMAN, «The Vulnerable Subject: Anchoring...», cit., p. 10.

¹⁶ Um conceito utilizado pelo TEDH que poderia suscitar dúvidas sobre a conformidade com a tese de FINEMAN é o de «grupos vulneráveis», dado que tal parece contestar a universalidade da vulnerabilidade, atribuindo essa característica apenas a determinados grupos de pessoas. Ainda assim, é possível vislumbrar uma conciliação entre os dois modelos de vulnerabilidade aqui em causa: como se disse, FINEMAN perspetiva a vulnerabilidade como universal e, ao mesmo tempo, particular, portanto, o facto de alguém pertencer a um determinado grupo historicamente discriminado deve ser encarado como apenas uma das facetas da vulnerabilidade particular dessa pessoa, não se tomando a pessoa pelo grupo ao qual pertence. Para mais desenvolvimentos sobre este conceito de «grupos vulneráveis» e sobre como o TEDH deve ter cuidado no emprego desse termo, para não o usar de forma simplista e alheia às razões históricas e sociais que conduziram à vulnerabilidade nem desconsiderar as particularidades de cada pessoa e a sua resiliência específica perante a vulnerabilidade, *vd.* LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, 2013, «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», in *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), pp. 1056-1085.

familiar um importante passo para a sua concretização¹⁷. Para tanto, o Estado tem de intervir (ou tem de responder, como diria FINEMAN), criando as condições necessárias para a realização da igualdade no contexto laboral e familiar, nomeadamente através da criação do direito a licença parental. Este direito traduz-se na atribuição de uma licença a trabalhadores e a trabalhadoras, durante um período mais ou menos longo após o nascimento da criança, para que possam cuidar dela no seu início de vida¹⁸. Os contornos deste direito variam de Estado para Estado, mas aquilo que deve estar subjacente às suas diferentes regulações é a preocupação com a conciliação entre a vida laboral e a vida familiar para ambos os pais, em nome da igualdade de género, assim como a preocupação com o bem-estar da criança¹⁹.

Assim, é fácil de ver que o direito a licença parental se encontra em linha com a linguagem de FINEMAN, uma vez que é possível entendê-lo como uma ferramenta essencial, conferida pelo Estado, para atenuar a vulnerabilidade. A vulnerabilidade, neste contexto, reporta-se à vulnerabilidade de ambos os pais trabalhadores, assim como à vulnerabilidade da própria criança, sendo experienciada de forma diferente por cada um deles, porque a vulnerabilidade é universal, mas também particular. De facto, o «trabalhador ideal»²⁰ é o trabalhador total e completamente dedicado ao trabalho, extremamente empenhado, produtivo e sempre disponível, o que está intrinsecamente ligado ao ideal da masculinidade²¹, ao passo que a mulher é tida, diríamos, como a *cuidadora ideal*, no sentido em que é considerada portadora de um especial dote para as tarefas domésticas e para os encargos com os filhos. Ora, estas duas ideias mais não são do que estereótipos e não deve ser esquecido que os dois são indissociáveis: não se pode pensar numa especial aptidão do homem para o trabalho remunerado sem que isso implique uma especial vulnerabilidade da mulher no contexto laboral, tal como não se pode entender a mulher como mais indicada para o cuidado dos filhos sem isso significar uma particular vulnerabilidade do homem no contexto familiar²². Fica assim explicado em que sentido é que a licença parental atenua estas diferentes experiências de vulnerabilidade: a possibilidade de escolha do progenitor que usufrui da licença parental por mais tempo e, sobretudo, a partilha da licença parental permitem abrir caminho para o

¹⁷ HELOÍSA PERISTA, ANA CARDOSO, ANA BRÁZIA, MANUEL ABRANTES e PEDRO PERISTA, 2016, «Os Usos do Tempo de Homens e de Mulheres em Portugal», Lisboa, CEIS/CITE, p. 57.

¹⁸ LAURA ADDATI, NAOMI CASSIRER e KATHERINE GILCHRIST, 2014, «Maternity and Paternity at Work: Law and Practice across the World», Genebra, OIT, p. 60.

¹⁹ PETER MOSS e FRED DEVEN, 2015, «Leave policies in challenging times: reviewing the decade 2004–2014», in *Community, Work & Family*, 18(2), p. 138.

²⁰ ERIN REID, 2015, «Embracing, Passing, Revealing, and the Ideal Worker Image: How People Navigate Expected and Experienced Professional Identities», in *Organization Science*, 26(4), p. 997.

²¹ *Vd.* JEFF HEARN e DAVID COLLINSON, 1998, «Men, Masculinities, Managements and Organisational Culture», in *German Journal of Research in Human Resource Management*, 12(2), pp. 210–222.

²² Vendo o problema de uma forma ainda mais abrangente, temos que também os homens e as mulheres que não desempenham os papéis sociais que lhes são atribuídos com a excelência e brilhantismo esperados acabam por ser vulneráveis enquanto trabalhadores e enquanto cuidadoras, respetivamente, porque estarão sempre sujeitos à reprovação social advinda do incumprimento das suas pretensas funções.

desmantelamento destes ideais enraizados na estrutura da sociedade, libertando as pessoas de papéis e assim permitindo alcançar uma igualdade que se pretende mais substantiva. Quanto à criança, e adiantando já uma parte da opinião parcialmente concorrente do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE no caso *Konstantin Markin c. Rússia*, não há dúvidas sobre os enormes benefícios que a licença parental lhe traz, dado que a relação que se cria entre a criança e os seus pais nos primeiros anos de vida, além de providenciar o amor e o carinho essenciais à sua felicidade, tem sobre ela importantes efeitos físicos, psicológicos e socioeconómicos, como sejam a melhor saúde, o melhor desempenho escolar e a maior possibilidade de mobilidade social ascendente, no caso de famílias com poucos rendimentos²³. Portanto, perante a vulnerabilidade inerente à condição de criança, a licença parental funciona, também aqui, como um mecanismo que estimula a sua resiliência, no presente e no futuro.

Tendo tudo isto em consideração, importa agora passar à análise do caso *Konstantin Markin c. Rússia*, começando pela apresentação dos factos, seguida da explicação do raciocínio jurídico do Tribunal na sua apreciação.

4. Análise do caso *Konstantin Markin c. Rússia*

A 21 de maio de 2006, o senhor Markin, cidadão russo e militar, submeteu uma queixa contra a Rússia, perante o TEDH, por entender que estava a ser discriminado em razão do sexo ao não lhe ter sido conferida licença parental de três anos, arguindo a violação do artigo 14.º da CEDH (proibição de discriminação) conjugado com o artigo 8.º da CEDH (direito à proteção da vida privada e familiar). A decisão da Primeira Secção do TEDH chegou a 7 de outubro de 2010 e deu razão ao senhor Markin, tendo o Governo russo pedido que o caso fosse referido à Câmara Grande do TEDH. Esse pedido foi aceite a 21 de fevereiro de 2011 e deu origem à decisão de 22 de março de 2022, ora em análise.

Esta decisão, além de se debruçar sobre a violação dos artigos 14.º e 8.º da CEDH conjugados, pondera também sobre a violação do artigo 34.º da CEDH (direito de petição individual), que o senhor Markin considera ter sido violado no seguimento de uma visita noturna e não anunciada de um procurador militar à casa onde morava, na pendência do processo perante a Câmara Grande do Tribunal. Tal parte da decisão, contudo, não será aprofundada neste artigo, mas apenas pontualmente referida, por escapar às questões de igualdade e não discriminação que aqui se pretende analisar.

4.1. Os factos e a legislação relevante

Em 2004, o senhor Markin assinou com a Federação Russa um contrato de serviço militar, ocupando a função de operador de inteligência de rádio, sendo, desde já, relevante mencionar que esse cargo e outros semelhantes eram também

²³ O Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, na sua opinião separada, refere variadíssimos estudos pertinentes a este respeito. Cf. *Konstantin Markin c. Rússia...*, cit., pp. 57-58.

desempenhados por mulheres. Em 2005, o senhor Markin e a senhora Z (até então sua esposa) divorciaram-se, logo após o nascimento do seu terceiro filho juntos, e a senhora Z mudou-se para outra cidade. Ficou acordado e certificado por um notário que os filhos do casal passariam a viver com o senhor Markin e a senhora Z pagaria alimentos. A 11 de outubro de 2005, o senhor Markin pediu ao chefe da sua unidade militar uma licença parental de três anos, mas viu o seu pedido ser rejeitado, pelo facto de uma licença parental com tal duração, segundo a lei militar russa, só poder ser atribuída a militares do sexo feminino.

Foi então que começou a luta judicial do senhor Markin pelo reconhecimento do seu direito a licença parental de três anos. A 30 de novembro de 2005, intentou uma ação no tribunal militar contra a sua unidade, pedindo o reconhecimento desse direito por ser o único cuidador dos seus três filhos. Na sua decisão de 14 de março de 2006, o tribunal veio negar o direito a licença parental de três anos ao senhor Markin, argumentando que a lei militar russa prevê a atribuição de licença parental de três anos somente a mulheres militares e, no caso de a criança não poder ter cuidado materno, admite que os homens militares usufruam de uma licença parental de três meses, sendo que, em todo o caso, o senhor Markin não tinha conseguido provar que era o único cuidador das crianças, *i.e.*, que elas não tinham cuidado materno. O senhor Markin interpôs recurso da decisão, defendendo que o não reconhecimento desse direito viola o princípio da igualdade entre homens e mulheres plasmado na Constituição russa, mas o tribunal de recurso manteve a decisão. A 24 de outubro de 2006, o chefe da unidade militar do senhor Markin concedeu-lhe licença parental de dois anos e atribuiu-lhe ajuda financeira no valor aproximado de 5900 €, por causa da sua difícil situação familiar e financeira. Contudo, o tribunal militar apressou-se a declarar essa ordem ilegal, por já ter determinado que o requerente não tinha tal direito.

A 11 de agosto de 2008, o senhor Markin recorreu ao Tribunal Constitucional, com base na desconformidade da Lei do Serviço Militar, no que concerne ao direito a licença parental, com a Constituição, nomeadamente com o princípio da igualdade. O Tribunal Constitucional, a 15 de janeiro de 2009, decidiu que as normas visadas não são inconstitucionais, baseando-se essencialmente em três argumentos: primeiro, o estatuto de militar é um estatuto especial, relacionado com a defesa do país e, portanto, a função militar é do interesse público, o que legitima que sejam impostos especiais deveres e algumas limitações ao exercício de direitos dos militares; em segundo lugar, o contrato de serviço militar é voluntário, pelo que os militares se veem sujeitos a esse estatuto especial que acarreta restrições de direitos por sua própria vontade, livre e esclarecida; por último, diz o tribunal que a atribuição deste direito exclusivamente às mulheres se explica, por um lado, pela pouca participação feminina no exército, que não provoca baixas significativas, e, por outro lado, pelo «especial papel das mulheres associado à maternidade»²⁴.

Num levantamento da legislação relevante para analisar estes factos, o TEDH começa por se referir à legislação nacional, nomeadamente ao princípio constitucional da igualdade, à lei que prevê a licença parental de três anos para homens

²⁴ *Konstantin Markin c. Rússia...*, cit., p. 7.

e mulheres civis e à lei militar que prevê a licença parental de três anos para as mulheres militares e, em situações excepcionais, de três meses para os homens militares (no caso de morte da mulher no parto ou no caso de o pai ter ao seu cuidado uma criança com menos de 14 anos privada de cuidado materno).

O Tribunal prossegue, reportando-se de forma exaustiva à legislação internacional pertinente, merecendo destaque dois instrumentos legais dos quais a Rússia é Estado-Parte: a Carta Social Europeia e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW). A Carta Social Europeia é um tratado internacional nascido no seio do Conselho da Europa em 1961 e é vista como a Constituição Social da Europa, por se tratar do instrumento com a mais rica previsão de direitos sociais. Na matéria em análise, destaca-se o seu artigo 27.º, n.º 2, que explica em que consiste a licença parental e associa esse direito à igualdade de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras. Por outro lado, a CEDAW trata-se de uma Convenção adotada em 1979 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) com o intuito de eliminar a discriminação contra as mulheres nos diferentes contextos em que a mesma pode ocorrer, sendo possível extrair do seu artigo 16.º, n.º 1, *d*), o direito a licença parental, ao obrigar os Estados a prever os mesmos direitos e responsabilidades para os pais em assuntos relacionados com a criança, tendo por base o interesse primordial desta última. Contudo, o artigo da CEDAW que verdadeiramente merece destaque é o artigo 5.º, previsto numa parte geral da Convenção, que impõe aos Estados uma noção substantiva de igualdade, ao incitá-los a dismantelar os estereótipos que não têm possibilitado a igualdade de género. A este propósito, o Tribunal destaca as Observações Conclusivas do Comité da CEDAW em relação aos relatórios periódicos submetidos pela Federação Russa, adotadas a 30 de julho de 2010, em que o Comité revela a sua «preocupação com o ênfase repetido no papel das mulheres enquanto mães e cuidadoras pelo Estado-Parte», encorajando a Rússia a rever a sua legislação e a eliminar estereótipos, por entender que tal é necessário para a «verdadeira implementação da Convenção e para o alcance da igualdade entre homens e mulheres»²⁵.

No que toca ao Direito Comparado, o Tribunal levou a cabo um importante estudo sobre a legislação de 33 Estados-Membros do Conselho da Europa no que diz respeito à licença parental, no qual concluiu que esta matéria está em vários aspetos diferentemente regulada de Estado para Estado, mas que a maioria prevê o direito a licença parental tanto para civis como para militares. Desses Estados, a maioria regula o direito nos mesmos termos para civis e para militares, havendo apenas alguns Estados que impõem algumas restrições ao exercício do direito por parte de militares, sendo que essas restrições se baseiam em preocupações com a defesa nacional e com a efetividade operacional das forças armadas, sendo aplicáveis independentemente de estar em causa um homem ou uma mulher.

²⁵ *Konstantin Markin c. Rússia...*, cit., pp. 10-11.

4.2. A decisão do Tribunal

Depois de refutar algumas objeções preliminares do Governo russo e de analisar as alegações do senhor Markin, do Governo russo e de uma terceira parte – o Centro de Direitos Humanos da Universidade de Ghent –, o Tribunal viu-se em condições de se debruçar sobre a alegada violação do artigo 14.º da CEDH em conjugação com o artigo 8.º da CEDH.

O Tribunal começou por explicar o funcionamento do artigo 14.º da CEDH, referindo que este se aplica não só quando está em causa a violação de um direito previsto num dos artigos da Convenção, mas também quando está em causa a violação de um direito que caiba no âmbito de algum dos artigos da Convenção. Acrescentou que não é qualquer diferença de tratamento que consubstancia uma violação do artigo 14.º da CEDH: para tanto, é preciso que pessoas numa situação análoga à do requerente tenham um tratamento privilegiado e que essa distinção seja discriminatória, ou seja, que não haja uma justificação objetiva e razoável para a diferença de tratamento ou, por outras palavras, que o objetivo prosseguido não seja legítimo ou que não haja proporcionalidade entre os meios empregues e o objetivo visado.

De seguida, o Tribunal chamou a atenção para o facto de a igualdade de género se ter vindo a estabelecer como um dos principais objetivos dos Estados-Membros do Conselho da Europa, o que implica que uma diferença de tratamento baseada no sexo teria de ser acompanhada de razões de peso para se poder entender essa diferença compatível com a Convenção. Quanto ao contexto específico das forças armadas, o Tribunal alerta para o facto de a Convenção se aplicar a todas as pessoas, sejam civis ou militares (a expressiva formulação do Tribunal foi a de que «a Convenção não para nos portões dos quartéis do exército²⁶), e que restrições ao exercício de direitos por militares nunca podem ser fundadas em razões discriminatórias.

Enunciados estes princípios gerais, o Tribunal passou à sua aplicação no caso concreto, começando por determinar que, embora o direito a licença parental e as prestações dela decorrentes não sejam impostos pelo artigo 8.º da CEDH, o direito cabe no âmbito desse artigo, por se relacionar com o respeito pela vida familiar, ao permitir que os pais se possam dedicar ao cuidado dos filhos no seu início de vida. Aquilo que o Tribunal diz, por outras palavras, é que o artigo 8.º da CEDH não se aplicaria de forma direta, mas sim de forma indireta, o que, de qualquer modo, determina que é aplicável o artigo 14.º da CEDH em conjugação com esse artigo 8.º da CEDH. Não obstante este aparente preciosismo de uma leitura mais restrita ou mais exigente do artigo 8.º da CEDH para a aplicabilidade do artigo 14.º da CEDH no contexto do direito a licença parental, é absolutamente imprescindível, sobretudo à luz da teoria da vulnerabilidade de FINEMAN, refletir sobre se o direito a licença parental se limita, como diz o Tribunal, a estar relacionado com o artigo 8.º da CEDH ou se, por outro lado, esse artigo prevê um verdadeiro dever estadual de previsão do direito a licença parental. O Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE segue

²⁶ *Konstantin Markin c. Rússia...*, cit., p. 39.

esta segunda via de interpretação, lendo a Convenção de uma forma mais rica, que melhor se coaduna com o Estado responsivo defendido por FINEMAN. Deste modo, remete-se a análise mais detalhada deste aspeto para a secção seguinte, em que se dissecou a importante opinião separada do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE no caso em apreço.

Determinada a aplicabilidade do artigo 14.º da CEDH, importava, então, avaliar se o mesmo foi ou não violado. Para tanto, havia que verificar, em primeiro lugar, se o senhor Markin se encontrava numa situação análoga à das mulheres militares, ao que o Tribunal respondeu afirmativamente, uma vez que a licença parental é uma figura diferente da licença de maternidade, não tendo como objetivo garantir a saúde e o bem-estar da mãe na última fase da gravidez e no pós-parto e possibilitar a amamentação do bebé, mas sim promover a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar para ambos os pais e zelar pelo cuidado e bom desenvolvimento da criança, promovendo a resiliência dos três sujeitos. Em seguida, ainda para apurar a violação ou não do artigo 14.º da CEDH, era necessário perceber se a diferença de tratamento em causa era objetiva e razoavelmente justificada, pelo que o Tribunal procedeu à análise dos argumentos apresentados pelo Governo russo para a diferenciação, como agora se explicita.

Em primeiro lugar, o Tribunal rejeitou o argumento do Governo de que as mulheres têm um papel especial na criação dos filhos, notando que a sociedade evoluiu desde o caso *Petrovic c. Áustria*²⁷, em que se considerou que a não atribuição dos direitos remuneratórios decorrentes da atribuição de licença parental a um homem, quando os mesmos eram atribuídos a mulheres, não constituía uma violação do artigo 14.º da CEDH pelo Estado austríaco. De facto, o Tribunal avançou que o panorama na generalidade dos países do Conselho da Europa ao tempo do caso *Konstantin Markin c. Rússia* era já o de uma igual partilha de responsabilidades entre os pais da criança no seu crescimento, acrescentando que a legislação russa nesta matéria tem o efeito de perpetuar estereótipos de género, o que é desvantajoso tanto para a vida profissional das mulheres como para a vida familiar dos homens. É de realçar esta postura do Tribunal na contestação dos estereótipos de género e a sua afirmação expressa de que estereótipos e tradições não podem servir como justificação para diferenças de tratamento. De facto, nomear e contestar os estereótipos de género é fulcral para o avanço da igualdade de género na lei, mas também, e talvez de forma mais importante, na prática. É essa a igualdade visada por FINEMAN, a igualdade *de facto*, que só se concretiza com o reconhecimento e atuação estadual sobre a vulnerabilidade do sujeito, vulnerabilidade essa na qual tanto pesam os estereótipos.

Contudo, o Tribunal não andou tão bem na refutação do segundo argumento do Governo russo, de que estender a licença parental aos homens militares seria muito prejudicial para a capacidade operacional do exército, ao afirmar que o Governo russo não conseguiu comprovar o seu argumento com dados estatísticos que demonstrassem quantos homens militares estariam, ao mesmo tempo, em condições de usufruir da licença parental, nem quantos homens militares estariam

²⁷ N.º 156/1996/775/976, 27 de março de 1998.

dispostos a usufruir desse direito. Com efeito, imaginando-se que a Rússia conseguia provar a sua afirmação, que relevância é que isso poderia ter? A resposta é: nenhuma, porque embora os valores da segurança e da defesa nacional imponham que sejam admitidas restrições ao exercício de direitos por militares, tais restrições não podem ser discriminatórias, como é o caso de uma restrição que se aplica apenas aos homens militares. É isto mesmo, aliás, que o Tribunal acaba por explicar mais adiante na sua exposição, referindo que uma restrição nos termos da lei russa não cabe na margem de apreciação que o artigo 14.º da CEDH confere aos Estados, por ser uma restrição geral e automática. Inclusive, o Tribunal procurou demonstrar que é possível prosseguir o fim de defesa nacional através de meios proporcionais, sugerindo que a lei russa, em vez de prever restrições em função do sexo, previsse restrições ao exercício do direito a licença parental por militares, homens ou mulheres, que não possam ser facilmente substituídos nas suas funções por, por exemplo, ocuparem um alto cargo hierárquico, terem qualificações técnicas específicas ou estarem em missões militares ativas. O senhor Markin não se encontrava em nenhuma destas situações e, por isso, nesta formulação, teria direito a licença parental, sem que a capacidade operacional do exército ficasse afetada.

Um olhar atento, contudo, permite perceber que estas restrições, apesar de parecerem de aplicação geral, podem, na realidade, configurar discriminação indireta, porque o Governo russo evidenciou padrões de pensamento sobre a suposta inferior capacidade militar das mulheres²⁸, dando uma imagem de uma instituição completamente dominada por homens em que as mulheres pertencem aos «compartimentos cuidadosamente rotulados»²⁹ como adequados para mulheres, o que tem como consequência serem, mais uma vez, os homens a ocupar os mais altos cargos dentro do exército, a ter as maiores qualificações técnicas ou a estar em missões militares ativas. De facto, a norma aparentemente geral sugerida pelo Tribunal poderia resultar na atribuição do direito a licença parental à grande maioria das mulheres militares e a um pequeno número de homens militares, por serem os homens aqueles que, em virtude dos estereótipos reinantes, não podem ser facilmente substituídos nas suas funções de militar, nascendo assim uma potencial discriminação indireta que o Tribunal simplesmente ignorou. Nas palavras de CATHARINE MACKINNON, «não é possível mudar uma realidade que não se consegue nomear»³⁰, pelo que o Tribunal não podia ter desperdiçado esta oportunidade para refletir sobre os estereótipos que recaem sobre as mulheres em relação à sua capacidade de trabalho e, especificamente, capacidade militar, e nas suas consequências.

Por último, perante o argumento do Governo russo de que o contrato de serviço militar é voluntário e que assiná-lo significa renunciar a alguns direitos,

²⁸ Efetivamente, nas suas submissões ao TEDH, o Governo russo manifestou que o número de mulheres que são militares é insignificante e que as suas funções não são propriamente militares, mas mais relacionadas com os departamentos de comunicações, financeiro ou médico. Cf. *Konstantin Markin c. Rússia...*, cit., p. 32.

²⁹ JENNIFER MATHERS, 2000, «Women in the Russian Armed Forces: A Marriage of Convenience?», in *Minerva Quarterly Report on Women and the Military*, 18(3-4), p. 139.

³⁰ CATHARINE MACKINNON, 2005, «Women's Lives, Men's Laws», Cambridge, MA e Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, p. 89.

nomeadamente ao direito a não ser discriminado, o Tribunal explicou que não é possível renunciar ao direito a não ser discriminado em razão do sexo, porque isso seria contrário ao interesse público, aplicando aqui um raciocínio análogo ao aplicado no importante caso *D.H. e Outros c. República Checa*³¹, no qual estava em causa discriminação racial.

O traçar deste percurso conduziu o Tribunal à conclusão de que excluir os homens militares do direito a licença parental, enquanto as mulheres militares têm esse direito, não é objetiva e razoavelmente justificado, verificando-se, assim, discriminação em função do sexo, nos termos do artigo 14.º da CEDH, conjugado com o artigo 8.º da CEDH. Esta conclusão permitiu quebrar a ideia da licença parental como um direito das mulheres na jurisprudência do TEDH, criando-se um novo paradigma com influência nas várias decisões posteriores. No entanto, como se apontou, há certos aspetos do raciocínio lógico do Tribunal que sofrem falhas ou que, pelo menos, são discutíveis. Assim, interessa agora analisar a opinião separada do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e perceber em que medida o seu ponto de vista enriquece a decisão.

5. A importância da opinião separada do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque

O Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE apresentou, no caso *Konstantin Markin c. Rússia*, uma opinião parcialmente concordante e parcialmente dissidente. A opinião parcialmente dissidente tem que ver com o entendimento do Tribunal de que o direito de petição individual, protegido pelo artigo 34.º da CEDH, não teria sido violado pela Rússia quando autoridades russas fizeram uma visita noturna e não anunciada à casa do senhor Markin a fim de recolher informações para o caso pendente no TEDH. O Tribunal baseou a sua decisão no facto de a visita não ter tido a intenção nem o efeito de intimidar o senhor Markin, não prejudicando o seu direito a petição individual, mas o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE realçou que não importa que a intenção da visita não tenha sido intimidar, porque o certo é que o senhor Markin e a sua família se sentiram intimidados, o que é perfeitamente compreensível atendendo à «significativa vulnerabilidade»³² do requerente e da sua família perante uma visita noturna ao seu domicílio. Assim, e fazendo uso do já conhecido conceito de vulnerabilidade, o juiz entendeu que houve, sim, violação do artigo 34.º da CEDH.

Passando o foco para a opinião parcialmente concordante do juiz, e como já se adiantou, esta tem que ver com a diferente interpretação do artigo 8.º da CEDH em relação à maioria do Tribunal. O juiz começa logo por afirmar, perentoriamente, que «o direito a licença parental é um direito previsto na CEDH»³³, demarcando-se da maioria do Tribunal. No seu entender, o direito a licença parental tem duas facetas complementares, sendo, por um lado, um direito social que protege os trabalhadores nas suas relações laborais e, por outro lado, um direito da CEDH

³¹ N.º 57325/00, 13 de novembro de 2007.

³² *Konstantin Markin c. Rússia...*, cit., p. 50.

³³ *Konstantin Markin c. Rússia...*, cit., p. 51.

que protege a ligação entre a criança e os seus pais, porque a Convenção é um instrumento vivo e, por isso, deve ser lida como prevendo este direito no seu artigo 8.º. Estas considerações do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE são muito pertinentes e estão longe de ser meramente teóricas. De facto, acarretam duas importantes consequências práticas, como o juiz aponta: primeiro, os Estados têm a obrigação de prever e desenvolver o direito a licença parental e, em segundo lugar, o direito a licença parental é diretamente protegido pelo artigo 8.º da CEDH, independentemente de haver discriminação ou não nos termos do artigo 14.º da CEDH. Estas afirmações, no fundo, são o mesmo que dizer que a CEDH protege não só direitos civis e políticos, mas também, diretamente, direitos sociais. Não seria a primeira vez que o Tribunal reconhece direitos sociais emergentes da Convenção sem qualquer referência a um tratamento discriminatório do requerente³⁴, o que, aliás, lhe tem merecido várias críticas, que o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE aborda e contesta.

Uma crítica amplamente tecida ao TEDH é a de que este, ao reconhecer a proteção de direitos sociais pela CEDH, ultrapassa as suas competências, porque os Estados-Partes só concordaram na imposição de direitos civis e políticos, que eram aqueles visados na redação da CEDH. Tal entendimento é, aliás, extraível das submissões do Governo russo ao Tribunal, em que aquele alega que o direito a licença parental não é protegido pelo artigo 8.º da CEDH, dado tratar-se de um direito pertencente à categoria dos direitos económicos, sociais e culturais, que são antes protegidos pela Carta Social Europeia, pelo que o Tribunal estaria a atuar para além das suas funções e não tinha legitimidade para impor a alteração da lei militar russa³⁵. O Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE rebate esta ideia, chamando a atenção para o próprio Preâmbulo da CEDH, no qual se pode ler que a mesma tem como missão desenvolver os direitos humanos à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que prevê direitos sociais. De facto, a CEDH deve ser lida como um instrumento vivo, capaz de evoluir e de se adaptar às circunstâncias, sob pena de se tornar obsoleto, o que, isso sim, contrariaria a intenção subjacente à sua criação. O juiz, em seguida, levanta um ponto importantíssimo: não há uma linha estanque que divida os direitos em direitos civis e em direitos sociais, porque os direitos, em geral, têm a si associados, concomitantemente, uma vertente negativa (de defesa) e uma vertente positiva (de necessidade de intervenção estadual)³⁶.

³⁴ O Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE enuncia vários exemplos na sua opinião separada. Cf. *Konstantin Markin c. Rússia...*, cit., pp. 52-53.

³⁵ Vários autores atribuem ao caso *Konstantin Markin c. Rússia* um papel importante na história da rutura entre a Rússia e o Conselho da Europa, remontando as tensões a este caso, por o TEDH ter contrariado uma decisão do Tribunal Constitucional russo que, no entender da Rússia, se prendia com valores essenciais do seu sistema legal. Neste sentido, *vd.*, entre outros, RENÉ PROVOST, 2015, «Teetering on the Edge of Legal Nihilism: Russia and the Evolving European Human Rights Regime», in *Human Rights Quarterly*, 37(2), pp. 289-340, e GALINA A. NELAIEVA, ELENA A. KHABAROVA e NATALIA V. SIDOROVA, 2020, «Russia's Relations with the European Court of Human Rights in the Aftermath of the Markin Decision: Debating the "Backlash"», in *Human Rights Review*, 21, pp. 93-112.

³⁶ Basta pensar, a título de exemplo, no direito de acesso ao direito e aos tribunais, que é habitualmente pensado como um direito civil ou de defesa, mas que tem de estar associado a uma

Esta é a ideia de «interdependência e indivisibilidade»³⁷ dos direitos, que, interessante, é passível de ser articulada com a teoria da vulnerabilidade de FINEMAN: tal como não existem direitos puramente civis, que requerem do Estado uma atitude de abstenção para que o direito se possa realizar, também não existe o sujeito puramente autónomo, que se desenvolve na sua plenitude quando o Estado não intervém. De facto, o sujeito é vulnerável e os seus direitos também, sendo o Estado o garante da sua realização, de uma forma mais ou menos responsiva, consoante seja a dimensão positiva ou a dimensão negativa do direito aquela que tem mais peso.

Uma segunda crítica apontada é a de que os direitos sociais são vagos e, por isso, não são judicialmente sindicáveis, muito menos pelo TEDH, que se deveria ocupar da aplicação da CEDH, que não se confunde com a Carta Social Europeia. O Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE responde a este argumento explicando que todos os direitos, incluindo os direitos sociais, têm um conteúdo mínimo que pode e deve ser sindicado pelos tribunais. Efetivamente, todos os direitos são justiciáveis, simplesmente, no caso dos direitos sociais, essa justiciabilidade está dependente de uma configuração jurídica que o legislador tem de levar a cabo, o que, em todo o caso, não acarreta a ineficácia jurídica da norma que consagra o direito social, precisamente por este ter um conteúdo mínimo³⁸. Portanto, se o sujeito tem um direito, tem, naturalmente, a possibilidade de esse direito ser autuado através dos tribunais.

Estas considerações levaram o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE a concluir que um direito social pode resultar diretamente da CEDH e um Estado vinculado a este instrumento tem de o regular, mesmo que não esteja vinculado à Carta Social Europeia. No caso concreto, o juiz explica que a questão não pode mesmo levantar dúvidas, tanto quanto a Rússia é Parte da Carta Social Europeia e aceitou o seu artigo 27.º, n.º 2, já referido.

Em seguida, e como já se adiantou, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE mostra a importância da licença parental para a relação entre os pais e a criança, citando vários estudos que comprovam, no fundo, como a licença parental confere resiliência aos sujeitos envolvidos. Esta importância cientificamente comprovada da licença parental tem, seguramente, uma relação com o largo consenso internacional que se foi reunindo em torno da figura, com a maior parte dos Estados-Membros do Conselho da Europa a prever o direito e, como mostra o levantamento exaustivo do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE na sua opinião separada, uma ampla gama de instrumentos europeus e internacionais a seu respeito, de *soft law* e de *hard law*.

Portanto, como a maioria do Tribunal, o juiz afirma que o raciocínio patente no caso *Petrovic c. Áustria* está ultrapassado, mas vai mais longe ao afirmar que o direito ao respeito pela vida familiar ganhou uma nova faceta: a de impor aos

intervenção estadual para criação das condições para o exercício do direito, sob pena de não poder ser realizado.

³⁷ CRISTINA QUEIROZ, 2020, «Direitos Fundamentais Sociais: Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade», Forte da Casa, Petrony, p. 13.

³⁸ Neste sentido, *vd.* QUEIROZ, 2020, «Direitos fundamentais sociais...», cit., pp. 147 ss.

Estados a obrigação positiva de criar uma proteção legal da licença parental. Por não descurar a problemática da efetividade e da justiciabilidade dos direitos sociais, o juiz identificou os aspetos essenciais do direito a licença parental à luz da CEDH, estando os mesmos sujeitos à supervisão do TEDH: «o direito a licença parental beneficia todos os cidadãos sem qualquer distinção com base no sexo ou no estatuto profissional», «o direito a licença parental tem um conteúdo mínimo» e «garantir o direito a licença parental é uma obrigação de resultado, que o Estado tem de cumprir num período de tempo razoável, através dos instrumentos legislativos adequados»³⁹.

Com a sua argumentação, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE deu um enorme contributo à jurisprudência do TEDH, dando sinais de uma leitura holística e mais exigente da CEDH. O raciocínio do juiz levou-o, então, à conclusão de que o artigo 14.º da CEDH se aplica em conjugação com o artigo 8.º da CEDH, não por o direito a licença parental estar relacionado com a proteção da vida familiar e, ao ser previsto, não o poder ser em termos discriminatórios, mas sim por o direito a licença parental ser uma das facetas do direito ao respeito pela vida familiar e, por isso, ter obrigatoriamente de ser previsto pelos Estados-Partes da CEDH e, claro, em termos que não sejam discriminatórios. Posto isto, o juiz passou à análise da discriminação sofrida pelo senhor Markin por ser homem e por ser militar, numa combinação de fatores discriminatórios que entendeu tratar separadamente, como agora se expõe.

No que toca à discriminação baseada no sexo, o juiz salienta que a restrição prevista na lei russa se baseia somente no sexo, sendo que nem o maior número de homens no exército nem um suposto papel de cuidado específico das mulheres podem justificar uma restrição desse tipo, por ser geral e automática e, como tal, estar fora da margem de apreciação dos Estados, à semelhança do que foi defendido pela maioria do Tribunal. Note-se que, não obstante ter feito menção a um estereótipo levantado no caso pelo Governo russo, a ocasião poderia ter sido aproveitada pelo juiz para nomear essa ideia generalista sobre o papel das mulheres em relação aos filhos como sendo um estereótipo que tem efeitos prejudiciais tanto para homens como para mulheres e que prejudica uma visão transformadora da igualdade. Em seguida, o juiz nota que as preocupações russas com a operacionalidade do seu exército não têm fundamento quando se verifica uma percentagem ínfima de gozo da licença parental pelos homens civis russos, o que, a ser transposto para a realidade militar, não afeta o normal funcionamento da atividade. Neste ponto, vislumbra-se o risco de se retirar da formulação do juiz um quase incentivo ou, pelo menos, alguma indiferença perante a perpetuação de uma conduta que faz recair os encargos familiares sobretudo sobre as mulheres – efetivamente, há uma fraca adesão dos homens à licença parental, mas, em nome da igualdade de género e dos benefícios para a criança de uma presença assídua de ambos os pais no seu crescimento, é importante que o gozo de licença parental por homens aumente, o que teria sido pertinente ressaltar.

³⁹ *Konstantin Markin c. Rússia...*, cit., pp. 60-62.

Quanto à discriminação baseada no estatuto profissional, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE seguiu um raciocínio semelhante ao da maioria do Tribunal, referindo que não só a Rússia não apresentou provas do alegado perigo para a capacidade operacional do exército no caso de a licença parental ser estendida a homens militares, como também há soluções que asseguram o normal funcionamento da atividade militar e que não são discriminatórias, as quais passariam, nomeadamente, por substituir nas suas funções o militar que pretenda gozar da licença parental ou suspender o direito a licença parental em casos excecionais, como a iminência de guerra. As referências do juiz ao facto de as restrições da lei russa funcionarem exclusiva e automaticamente em função do sexo, sem atenderem à categoria hierárquica ou às funções do militar em causa, levam a crer que, neste entender, a substituição do militar que pretende gozar licença parental teria condicionalismos de facilidade ou não da substituição, o que, mais uma vez, levanta possíveis problemas de discriminação indireta que teria sido importante abordar.

Assim, e percebendo-se a notável intenção do juiz de tornar claro que o requerente foi discriminado com base em dois fatores diferentes e de aprofundar cada um deles, a verdade é que é muito difícil, senão mesmo artificial, segmentar o senhor Markin, vendo-o apenas como homem, num dado momento, e apenas como militar, num outro momento, para se comparar a sua posição com a das mulheres em geral e, depois, com a dos militares em geral, acabando as mulheres militares por não verem a sua posição abordada. De facto, teria sido benéfico olhar para a discriminação sofrida no seu todo⁴⁰, dado que o requerente só se encontrou na situação de não ter direito a licença parental com a duração de três anos por ser um homem militar, de forma indissociável. Dessa forma, seria possível não só abordar a vulnerabilidade dos homens no contexto familiar, como também a vulnerabilidade das mulheres no contexto laboral.

Aproximando-se da conclusão do seu raciocínio, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE alerta para o facto de que a solução para este problema de discriminação não pode passar por se prever para as mulheres militares o mesmo regime de licença parental que se prevê para os homens militares, atingindo-se dessa forma a igualdade entre homens e mulheres militares. Como explica o juiz, tal não só não resolveria o problema da discriminação em razão do estatuto profissional, como consubstanciaria uma «irrazoável diminuição do grau de proteção social conferida às mulheres militares»⁴¹. Desta forma, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE reporta-se à importante questão do «leveling down»⁴², que consiste em prejudicar quem está mais bem posicionado, trazendo-o para o nível do mais mal posicionado. Evidencia-se, assim, a importância de uma visão substantiva de igualdade, que, por visar uma melhor posição *de facto* do sujeito prejudicado, não aceita o «leveling down»

⁴⁰ Neste sentido, *vd.* ALEXANDRA TIMMER, 2012, «From Inclusion to Transformation: Rewriting Konstantin Markin v. Russia», in *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, coord. Eva Brems, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 148-170.

⁴¹ *Konstantin Markin c. Rússia...*, cit., p. 66.

⁴² DEBORAH BRAKE, 2004, «When Equality Leaves Everyone Worse Off: The Problem of Leveling Down in Equality Law», in *William and Mary Law Review*, 46(2), p. 515.

como solução para a resolução dos problemas da igualdade, diferentemente de uma igualdade puramente formal, que se preocupa apenas com a não discriminação. De facto, apelando mais uma vez à teoria da vulnerabilidade de FINEMAN, incontestavelmente apologista de uma visão substantiva da igualdade, percebe-se que o Estado agravar a vulnerabilidade das mulheres militares não só não é admissível, como em nada atenuaria a vulnerabilidade dos homens militares, pelo que a solução para a desigualdade tem sempre de passar por um Estado responsivo, promotor da resiliência.

Na parte final do seu comentário, o juiz volta a afirmar a importância da previsão em termos gerais do direito a licença parental para se garantir à criança um desenvolvimento saudável e aos seus pais o direito à vida familiar, reforçando, assim, a percepção das vulnerabilidades em jogo e do dever estadual de as atenuar.

6. Conclusão

Aqui chegados, há que reconhecer a importante conclusão a que o Tribunal chegou: a de que o senhor Markin foi alvo de discriminação proibida pelo artigo 14.º da CEDH lido em conjunto com o artigo 8.º da CEDH, o que, por si só, foi marcante, ao desalinhar-se do raciocínio seguido no caso *Petrovic c. Áustria*, abrindo espaço para uma mais rica jurisprudência antidiscriminatória no Tribunal. Ademais, é inegável a importância do contributo do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE na sua opinião separada e a forma como o juiz desenvolveu um raciocínio quase sempre em linha com a teoria da vulnerabilidade de FINEMAN, que demanda um Estado responsivo perante a vulnerabilidade, sobretudo na sua visão da figura da licença parental como um instrumento de resiliência e na sua leitura da CEDH como um instrumento vivo que protege diretamente o direito a licença parental no seu artigo 8.º, assim como protege outros direitos sociais que os Estados-Partes devem prever e regular, sejam ou não Parte da Carta Social Europeia.

Apesar disso, numa nota menos positiva, não parece que o TEDH tenha tratado exaustivamente os estereótipos envolvidos na discriminação sofrida pelo senhor Markin, o que acaba por não permitir uma transformação plena, na medida em que não foram abaladas as estruturas de pensamento da sociedade, que são poderosos agentes de vulnerabilidade. De facto, a decisão teve um alcance manifestamente positivo do ponto de vista da igualdade formal, condenando-se uma «discriminação explícita legalmente mandatada»⁴³, mas algo ficou por fazer no que respeita a uma igualdade mais substantiva ou transformadora: se, por um lado, não se descurou o estereótipo expressamente declarado pela Rússia de que as mulheres têm um especial papel na criação dos seus filhos, sensibilizando-se para a importância da participação masculina na vida familiar, por outro lado, o estereótipo de que os homens têm mais capacidades militares do que as mulheres, implícito nas preocupações da Rússia com a efetividade operacional do exército, acabou por não ser nomeado nem contestado, permanecendo intocadas, assim, as considerações

⁴³ ALEXANDRA TIMMER, 2011, «Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights», in *Human Rights Law Review*, 11(4), p. 708.

enraizadas sobre a inferior capacidade militar (e de trabalho, em geral) das mulheres, o que possivelmente não sucederia ao abrigo de uma análise em torno da vulnerabilidade.

O que agora foi exposto demonstra, desta vez, a vulnerabilidade do próprio Tribunal. De facto, as instituições que são criadas para dar resiliência ao indivíduo são, também elas, vulneráveis⁴⁴, e o TEDH não é exceção. O Tribunal, inserido num paradigma liberal⁴⁵, vê limites a uma total aplicação da teoria da vulnerabilidade e, portanto, o trabalho transformador que tem levado a cabo poderá sempre parecer incompleto à luz dessa teoria. Mas se esse trabalho transformador é incompleto aos olhos de uns, vai longe de mais aos olhos de outros, como é o caso da Rússia, que nunca alterou a sua lei na matéria em apreço, e também por isso o Tribunal é vulnerável. Na realidade, «o facto de o Tribunal proteger pessoas especialmente vulneráveis e indesejadas torna o próprio Tribunal vulnerável e indesejado»⁴⁶. Portanto, não tendo o caso *Konstantin Markin c. Rússia* alcançado a totalidade do seu potencial transformador, a transformação que desencadeou foi, ainda assim, suficiente para a Rússia entender que o Tribunal foi além dos seus poderes, o que acaba por revelar a difícil posição do TEDH, numa constante tensão entre promover a resiliência dos mais vulneráveis e ser ouvido e respeitado pelos Estados menos responsivos.

7. Referências bibliográficas

- ADDATI, LAURA; CASSIRER, NAOMI e GILCHRIST, KATHERINE. (2014). «Maternity and Paternity at Work: Law and Practice across the World», Genebra, OIT.
- ALBERTYN, CATHERINE. (2005). «Defending and Securing Rights through Law: Feminism, Law and the Courts in South Africa», in *Politikon*, 32(2), pp. 217-237.
- BRAKE, DEBORAH. (2004). «When Equality Leaves Everyone Worse Off: The Problem of Leveling Down in Equality Law», in *William and Mary Law Review*, 46(2), pp. 513-618.
- FENTON, ZANITA. (1998). «Domestic Violence in Black and White: Racialized Gender Stereotypes in Gender Violence», in *Columbia Journal of Gender and Law*, 8(1), pp. 1-65.
- FINEMAN, MARTHA A. (2008). «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», in *Yale Journal of Law and Feminism*, 20(1), pp. 1-23.
- FINEMAN, MARTHA A. (2010). «The Vulnerable Subject and the Responsive State», in *Emory Law Journal*, 60(2), pp. 251-275.
- FOKAS, EFFIE e RICHARDSON, JAMES T. (2017). «The European Court of Human Rights and Minority Religions: Messages Generated and Messages Received», in *Religion, State and Society*, 45(3-4), pp. 166-173.
- GREAR, ANNA. (2007). «Challenging Corporate “Humanity”: Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights», in *Human Rights Law Review*, 7(3), pp. 511-543.
- HEARN, JEFF e COLLINSON, DAVID. (1998). in *Human Resource Management*, 12(2), pp. 210-222.

⁴⁴ MARTHA A. FINEMAN, «The Vulnerable Subject and the...», cit., p. 273.

⁴⁵ ANNA GREAR, 2007, «Challenging Corporate “Humanity”: Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights», in *Human Rights Law Review*, 7(3), p. 535.

⁴⁶ ALEXANDRA TIMMER, 2013, «A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights», in *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, coords. Martha Albertson Fineman e Anna Grear, Londres, Routledge, p. 168.

- HOLTMAAT, RIKKI. (2012). «Article 5 CEDAW», in *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: a Commentary*, coords. Marsha Freeman, Christine Chinkin e Beate Rudolf, Oxford, Oxford University Press, pp. 141-167.
- MACKINNON, CATHARINE. (2005). «Women's Lives, Men's Laws», Cambridge, MA e Londres, The Belknap Press of Harvard University Press.
- MATHERS, JENNIFER. (2000). «Women in the Russian Armed Forces: A Marriage of Convenience?», in *Minerva Quarterly Report on Women and the Military*, 18(3-4), pp. 129-143.
- MOSS, PETER e DEVEN, FRED. (2015). «Leave policies in challenging times: reviewing the decade 2004–2014», in *Community, Work & Family*, 18(2), pp. 137-144.
- NELAEVA, GALINA A.; KHABAROVA, ELENA A. e SIDOROVA, NATALIA V. (2020). «Russia's Relations with the European Court of Human Rights in the Aftermath of the Markin Decision: Debating the "Backlash"», in *Human Rights Review*, 21, pp. 93-112.
- PERISTA, HELOÍSA; CARDOSO, ANA; BRÁZIA, ANA; ABRANTES, MANUEL e PERISTA, PEDRO. (2016). «Os Usos do Tempo de Homens e de Mulheres em Portugal», Lisboa, CEIS/CITE.
- PERONI, LOURDES e TIMMER, ALEXANDRA. (2013). «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», in *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), pp. 1056-1085.
- PROVOST, RENÉ. (2015). «Teetering on the Edge of Legal Nihilism: Russia and the Evolving European Human Rights Regime», in *Human Rights Quarterly*, 37(2), pp. 289-340.
- QUEIROZ, CRISTINA. (2020). «Direitos Fundamentais Sociais: Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade», Forte da Casa, Petrony.
- REID, ERIN. (2015). «Embracing, Passing, Revealing, and the Ideal Worker Image: How People Navigate Expected and Experienced Professional Identities», in *Organization Science*, 26(4), pp. 997-1017.
- STANGOR, CHARLES e SCHALLER, MARK. (2000). «Stereotypes as Individual and Collective Representations», in *Stereotypes and Prejudice: Essential Readings*, coord. Charles Stangor, Filadélfia, Psychology Press, pp. 64-82.
- TIMMER, ALEXANDRA. (2011). «Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights», in *Human Rights Law Review*, 11(4), pp. 707-738.
- TIMMER, ALEXANDRA. (2012). «From Inclusion to Transformation: Rewriting Konstantin Markin v. Russia», in *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, coord. Eva Brems, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 148-170.
- TIMMER, ALEXANDRA. (2013). «A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights», in *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, coords. Martha Albertson Fineman e Anna Grear, Londres, Routledge, pp. 147-170.

Bărbulescu c. Roménia

O direito à privacidade não desaparece no local de trabalho

JOÃO ZENHA MARTINS*

1. Os factos

O Acórdão do TEDH, que opôs *Bărbulescu* à Roménia, desenvolveu-se com base nos seguintes factos:

- A pedido do empregador, *Bărbulescu* havia criado uma conta num *chat* (Yahoo! Messenger), com o propósito de, no exercício da sua atividade profissional, dar resposta às solicitações de clientes.
- Em sequência, foi informado de que as mensagens trocadas no *chat* foram escrutinadas e de que o empregador, verificando a utilização do *chat*, em violação das regras da empresa, para fins pessoais, tencionava despedi-lo com justa causa, circunstância que, tendo sido negada por *Bărbulescu*, conduziu o empregador à exibição das mensagens pessoais associadas à conta aberta pelo trabalhador.

O despedimento de *Bărbulescu* foi considerado procedente pela jurisdição romena, não obstante o trabalhador haver negado qualquer conhecimento prévio acerca das regras que interditavam essa conduta, tão-pouco se tendo feito prova de que a empresa havia comunicado *ex ante* ao trabalhador que a sua atividade iria ser monitorizada, circunstância, contudo, irrelevada no foro doméstico, uma vez que esse controlo era o único meio de que o empregador dispunha para atestar a utilização estritamente profissional do *chat*, não fazendo, além do mais, sentido que uma regra não seja agregada à existência dos necessários mecanismos de controlo.

2. A queixa

Bărbulescu recorreu para o TEDH, alegando uma violação do artigo 8.º da CEDH, que, de entre outros corolários, determina que «qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência», invocação que, sendo contrariada pelo governo romeno com base na natureza exclusivamente profissional da conta do *chat*, prejudicaria quaisquer expectativas por parte do trabalhador quanto a uma tutela da sua privacidade, ao que *Bărbulescu*, em insistência, acrescentou a inaceitabilidade de políticas empresariais que, de forma arbitrária, proibam a realização de comunicações pessoais durante o horário de trabalho.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa/NOVA School of Law.

3. A decisão do TEDH

O TEDH, considerando inaplicável o artigo 8.º da CEDH, rejeitou o recurso interposto por *Bărbulescu*.

Dando por assente, de um quadrante, que a ação disciplinar se tinha baseado em comunicações do foro pessoal e que, de outro quadrante, existiam regras que interditavam o uso do *chat* para fins privados, o despedimento de *Bărbulescu* não mereceu censura.

Entendeu-se, para o efeito, que uma operação de concordância prática entre os direitos alegados pelos sujeitos laborais consentia a utilização da informação pessoal inserta pelo trabalhador no *chat* para o exercício da ação disciplinar e que a atividade de monitorização desenvolvida pelo empregador tinha cobertura nas regras oportunamente adotadas quanto à obrigação de o *chat* ser utilizado para fins estritamente profissionais.

A afetação dos meios eletrónicos a fins estritamente profissionais prejudica qualquer expectativa conexa com a tutela da intimidade da vida privada.

O voto de vencido apostou ao Acórdão, que contraria o sentido de fundo da decisão e que empresta adequado relevo ao princípio da proporcionalidade, é condensável nas seguintes coordenadas: (i) deficiência da informação prestada ao trabalhador quanto à monitorização fazível pelo empregador, (ii) ausência de uma política empresarial transparente quanto à monitorização das atividades realizáveis pelos trabalhadores através da Internet, (iii) desproporção do juízo feito quanto aos direitos em conflito, que, traduzindo uma tutela primaz dos interesses empresariais, viabiliza a adoção de políticas empresariais de controlo da atividade desenvolvida pelos trabalhadores sem quaisquer limites.

4. Enquadramento

A decisão do TEDH, que alcançou grande alcance mediático, traz, no seu cerne, a magna questão do Direito do Trabalho moderno, que está na conciliação dos direitos fundamentais dos trabalhadores com a liberdade de iniciativa privada e de organização da empresa, cuja necessária concordância prática tem implicado a aplicação das coordenadas constitucionais que vinculam o legislador à intersubjetividade imanente à situação laboral¹, dada a analogia, tanto nos fundamentos quanto nos limites, entre as situações jurídicas de poder-sujeição e aquelas em que se topa «com o poder do Estado»².

¹ DIETER C. UMBACH e THOMAS CLEMENS, 2002, *Grundgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg, C. F. Muller, § 30, 680-1.

² JOSÉ JOÃO ABRANTES, 2005, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 140, e ADALBERTO PERULLI, 2006, «Rationalité et controle des pouvoirs de l'employeur», *Revue de Droit du Travail* 2006, n.ºs 7/8, 89 (85-91). Se, entre nós, no âmbito civilístico, a operação de otimização é desenvolvida de acordo com as coordenadas inscritas no artigo 335.º do CC, a aplicação do critério, que também, entre nós, está ínsito no artigo 18.º da CRP para a harmonização dos direitos conflituantes, reconduz-se, *summo rigore*, a uma colisão entre princípios, dado que as colisões entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros bens

Além disso, suscita um conjunto variado de questões que atravessam historicamente as relações individuais de trabalho, como (i) o valor e os limites dos regulamentos internos – quais «actos regulamentares de direito privado»³, que substanciam um «complexo de normas referentes à organização técnica e disciplinar da organização do trabalho na empresa predisposto unilateralmente pelo empregador em extrinsecação do seu poder directivo»⁴ –, (ii) os meios de prova utilizáveis por parte dos sujeitos laborais para fazerem valer judicialmente uma pretensão, aspeto que traz consigo o da homologia da validade de prova admissível no âmbito de um procedimento disciplinar com a que é aceitável *ope iudicis*, ou (iii) a criação de instrumentos de transparência e previsibilidade na atuação dos sujeitos laborais, que, sem desfigurarem os direitos que o ordenamento lhes atribui, não convivem com o seu exercício *ex abrupto*, implicando um regime *soft landing*, que permita uma readaptação dos seus comportamentos com vista a não prejudicar o fim do contrato e que, mais fundadamente, entroncam no alcance atribuível ao dever de lealdade, ante uma relação alimentada pela confiança recíproca, em que o dever de informação ganha saliência.

Assumindo-se, como coordenada genérica, que a tutela dos direitos de cidadania no âmbito da relação de trabalho torna *a priori* inadmissíveis quaisquer «cláusulas pelas quais o trabalhador renuncie aos seus direitos fundamentais»⁵, não se poderá, nesta equação, deixar de ter presente que o *status* de cidadão precede o *status* de trabalhador e não o contrário.

Ora, se esta perspetivação implicará que o trabalhador conserve no exercício da atividade laboral os direitos que lhe pertencem enquanto cidadão⁶, certo é que,

constitucionais significam colisões entre princípios, como fez notar ROBERT ALEXY, 2007, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. Manuel Atienza/Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 64 e ss. Assim, no «nível de princípios» filiam-se todos os princípios constitucionalmente relevantes para a ponderação e no «nível de regras» condensam-se os resultados da tentativa de ponderação das exigências impostas pelos princípios conflituantes.

³ A qualificação é de JEAN MOULY, 2008, *Droit du Travail* (4.^a ed.), Paris, Bréal, 68, e resulta de categorização expressa empreendida pela *Cour de Cassation*: Cass. Soc. 25.09.1991, *Droit Social* 1992, 27. Em panorâmica de várias das questões subjacentes aos regulamentos internos, veja-se, entre nós, e por todos, JÚLIO VIEIRA GOMES, 2007, *Direito do Trabalho. Volume I: Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 633.

⁴ As palavras são de FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, 1973, *Nozioni di diritto del lavoro* (26.^a ed.), Nápoles, Jovene, 340.

⁵ Assim, JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., 191, que afasta qualquer razão de ser à «prevalência da liberdade contratual, em termos de permitir justificar a renúncia do trabalhador aos seus direitos ou a imposição de limitações à sua liberdade para além do que é estritamente necessário» (231).

⁶ Esta formulação para ROSÁRIO PALMA RAMALHO, 2002, «Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa», *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Coimbra, 409, é menos satisfatória do que aquela que exclui a possibilidade de o trabalhador, em razão do contrato de trabalho, ver diminuídos os direitos fundamentais que lhe assistem enquanto Pessoa, preferindo, «pese embora a ampla zona de sobreposição dos dois conceitos», o conceito de Pessoa em lugar da referência a cidadão, numa leitura axiologicamente unitária.

em atenção à existência de direitos específicos subjacentes à situação laboral, têm conhecido voga as leituras que operam uma separação entre os direitos fundamentais cuja fruição importa garantir: de um lado, os que são instituídos pelos textos com incidência laboral, como o direito à greve ou o direito à liberdade sindical, e, de outro, os direitos fundamentais de todos os cidadãos *adaptados* às relações de trabalho⁷, não descuidando que o desenvolvimento de uma relação laboral implica, *per definitionem*, naturais compressões à fruição plena do catálogo de direitos fundamentais associados ao desenvolvimento do Estado de Direito, construções que, no plano teórico, rejeitam, todavia, qualquer refluxo ao século XIX, em que o trabalho, suscitando um enquadramento mercantil, surge envolto por uma conceção transaccional em que a liberdade surge mais ao serviço da empresa do que da cidadania⁸.

Cuidando-se, em fundo, de superar um conjunto de dificuldades relativas ao encontro de um denominador comum entre a dimensão da pessoa (essencialmente avaliável segundo o registo do *ser*) e os critérios individuais da concorrência e das necessidades empresariais (mensuráveis sob a lógica do *haver*⁹), a questão do grau de tutela atribuível à comunicação de dados no local de trabalho e à privacidade que se encontra subjacente surge agudizada pela compressão das noções de tempo e de espaço¹⁰ associadas aos desenvolvimentos da sociedade de informação (as novas tecnologias potenciam fragilidades sociais e materiais, que põem em crise a segurança e a privacidade das pessoas), processo que, trazendo novas técnicas de captação, transmissão, manipulação, gravação, conservação ou comunicação de dados de som e de imagem, suscita também, agora em plano genérico de contramodernidade¹¹,

⁷ Veja-se CHRISTIAN SAID, 2001, «Réflexions sur les garanties concrètes des droit fondamentaux au travail», *Droit ouvrier*, n.º 750, 93-98.

⁸ Como fez notar GASTON MORIN, 1945, *La révolte du droit contre le Code. La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété)*, Paris, Sirey, 115, a revolta subsequente contra o *Code Civil* esteve aliás no sentimento de desmercantilização do trabalho e na objetivação da subversão da hierarquia de valores subjacente: «o valor coisa passou a ocupar uma posição inferior ao valor Pessoa». Tratando-se de assunto que convoca bibliografia inabarcável e que entronca, a montante, no enquadramento da prestação assumida pelo trabalhador e no objeto do contrato de trabalho, cabe realçar a sofisticada e difundida construção de FRANCESCO CARNELUTTI, 1916, «Natura del contratto di lavoro», *Studi di diritto civile* (Collezione di opere giuridiche ed economiche), Roma, Athenaeum, 230-1, que objetiva a energia humana para construir o contrato de trabalho («anche la energia umane, in quanto sono obbietto di un contratto, sono cose»), embora esse isolamento, por natureza, seja impossível: reconhecendo-se ineliminável personalidade ao trabalhador, implicar-se-á, necessariamente, a assunção de que a sua vontade é uma emanação da *sua* personalidade, que influi sobre o *seu* trabalho como objeto.

⁹ Assim: NICOLÒ LIPARI, 2000, «Diritto e mercato della concorrenza», *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, n.os 7-10, 317 e ss.

¹⁰ Ainda: JEAN-MARC SALMON, 2002, *Um Mundo a Grande Velocidade* (trad. Luís Cabral), Porto, Ambar, 37.

¹¹ Inevitável, ULRICH BECK, 1992, *Risk Society: Towards a New Modernity* (trad. Mark Ritter), Londres/Nova Deli, Sage Publications, 11 e ss., que cedo filiou a gestão do risco na caracterização de uma nova ordem global, em que a ciência e a tecnologia acentuam os processos de individualização e em que a forma como os riscos são socialmente percebidos e os modos de reação

renovados mecanismos de prevenção do risco, do conflito e do dano associáveis à proteção dos direitos e liberdades de quem trabalha¹².

5. Análise crítica

O TEDH, em aplicação da CEDH, visa a proteção dos direitos humanos relativamente a atos praticados pelo Estado ou da sua responsabilidade¹³. Estando, por princípio, fora do âmbito da CEDH quaisquer atos violadores dos direitos humanos praticados por particulares, em que o Estado não possa, direta ou indiretamente, ser por eles responsabilizado, ao TEDH não incumbiria, *in casu*, fazer qualquer juízo sobre a conduta do empregador que despediu *Bărbulescu* ou tão-pouco apreciar a forma como os sujeitos se relacionaram no decurso do vínculo laboral.

Cabendo-lhe, enquanto *prius*, certificar-se de que os atos violadores dos direitos previstos na CEDH são da responsabilidade do Estado¹⁴, o juízo decisório feito pela instância jurisdicional romena¹⁵, que concluiu pela procedência da atuação do empregador e pela relevância dos factos apurados no acesso à conta de *chat* de *Bărbulescu* para afastar qualquer censura sobre o despedimento, não pode ser ignorado no juízo que o TEDH desenvolve acerca da forma como as autoridades nacionais romenas ultrapassaram o conflito entre o direito ao respeito pela vida privada e os direitos de gestão da sua organização que assistem ao empregador – acabando o TEDH, em função dessa ponderação de interesses, por considerar inviolado o artigo 8.º da CEDH, cujo âmbito protetivo incide sobre a autonomia da pessoa e se desdobra na vida privada, na vida familiar, no domicílio e na correspondência, em domínios que não se excluem mutuamente –, pois os factos que fundamentam aquele juízo de otimização não são juridicamente neutros e mesmo a qualificação

sofreram alterações significativas, implicando-se, em consequência, novas esferas de partilha do risco.

¹² Certeiraente, refere ALAIN SUPLOT, 2002, «Travail, droit et technique», *Droit Social*, 20-1 (13-25), «(l)a question essentielle posée aux juristes par les nouvelles technologies de l'information et de la communication est donc aujourd'hui d'identifier les risques spécifiques qu'ils font courir à l'être humain. Ces risques sont de deux sortes: abolissant le cadre spatio-temporel du travailleur pour le transporter dans un monde virtuel et un "temps réel" (i.e. instantané), ces technologies l'exposent au fantasme de l'ubiquité; inscrivant dans des machines les moindres de ses faits et gestes, elles l'exposent au fantasme de la transparence». Entre nós, ver TERESA COELHO MOREIRA, 2010, «A privacidade dos trabalhadores e o controlo electrónico da utilização da internet», *Questões Laborais*, n.º 35-36, 23-82; IDEM, 2013, «A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online: algumas questões», *Questões Laborais*, n.º 41, 41-102.

¹³ Cfr., por todos, JEAN-FRANÇOIS RENUCCI, 2013, *Droit Européen des Droits de L'Homme – Droits et Libertés Fondamentaux Garantis par la CEDH* (5.ª ed.), Paris, LGDJ, 33-4.

¹⁴ LAURENCE BURGOGUE-LARSEN, 2015, *La Convention européenne des droits de l'homme* (2.ª ed.), Paris, LGDJ, 8 e ss.

¹⁵ Já que o TEDH também só pode apreciar queixas por violação dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção se o queixoso tiver esgotado, no seu país, todos os meios que a lei lhe faculta para tentar remediar a violação. KAREN REID, 2011, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights* (4.ª ed.), Londres, Sweet & Maxwell, 31- 6.

de um facto como juridicamente irrelevante pressupõe um juízo prévio valorativo de natureza jurídica.

Sabendo-se, pois, que um juízo acerca da aplicabilidade das *normas* é sempre recortado a partir da sua relação com o caso concreto e que aquelas *variam* consoante os problemas a que se apliquem (*as applied*), é nesse sentido que, com referência aos factos julgados pelas instâncias romenas, importa começar por fazer uma valoração crítica sobre o encadeado de factos que sustentaram o desfecho conhecido, não esquecendo que a «qualificação obriga à delimitação do objeto a qualificar e a do conceito à luz do qual a qualificação é feita»¹⁶.

Nesse plano, a informação transmitida ao trabalhador, em 13.07.2007, de que as suas comunicações haviam sido monitorizadas entre 05.07.2007 e 13.07.2007 permite a assunção de um juízo que quebra o nexo de confiança entre os sujeitos e que, com eficácia *ex nunc*, vulnera a reserva de intimidade da vida privada do trabalhador não só à margem de um ato expressamente renunciativo, como outro tanto, e ainda mais salientemente, à margem da sua ciência ou de qualquer juízo de cognoscibilidade.

Não se cuidando de apurar se estamos perante uma cláusula informativa¹⁷, o juízo de desvalor fazível quanto à conduta empresarial assumida, em certa leitura, nem estará tanto na monitorização *in abstracto* da utilização da conta de *chat* aberta por *Bărbulescu*, quanto na insuscetibilidade de conhecimento por parte do trabalhador de que as mensagens trocadas no âmbito de uma plataforma interativa, que não é titulada pela empresa e a que se associava um código de acesso pessoal, tinham sido monitorizadas. Aqui, embora sem sobrevalorizar o facto, o código pessoal que titula o acesso à conta que o trabalhador tinha no *chat* não deve ser confundido com a acessibilidade *quavis ex populo* à plataforma *online* de conversação: a plataforma, ao contrário do sistema de comunicações da empresa, não é propriedade do empregador, o que afasta, desde logo, qualquer referência à sua utilização direta para fins pessoais¹⁸, apesar de o sistema de comunicações que serve de base à utilização do

¹⁶ ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, 1964, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 215.

¹⁷ Sobre esta terminologia, cfr. JEAN PÉLISSIER, 2005, «Pour un droit des clauses du contrat du travail a partir de l'arrêt Société Leviel», RJS, n.º 5, 499-500, que desenvolve uma distinção entre *cláusulas contratuais que vinculam ambos os sujeitos e não são alteráveis unilateralmente* (horário de trabalho, duração do trabalho e funções do trabalhador) e *cláusulas informativas, modificáveis unilateralmente pelo empregador* (e cuja operação, traduzindo uma modificação das condições de trabalho, é suscetível de justificar o despedimento do trabalhador em caso de desobediência ao exercício dessa prerrogativa unilateral).

¹⁸ Diferente será já o envio de *e-mails*, através do endereço eletrónico da empresa, com conteúdo pessoal. Em todo o caso, no Ac. STJ de 05.07.2007 (Mário Pereira), proc. 07S043, estabelece-se que «(n)ão é pela simples circunstância de os intervenientes se referirem a aspectos da empresa que a comunicação assume desde logo natureza profissional, bem como não é o facto de os meios informáticos pertencerem ao empregador que afasta a natureza privada da mensagem e legitima este a aceder ao seu conteúdo», o que significará que a definição da natureza particular de uma mensagem é obténível «por contraposição à natureza profissional da comunicação, relevando para tal, antes de mais, a vontade dos intervenientes da comunicação ao postularem, de forma expressa ou implícita, a natureza profissional ou privada das mensagens que trocam».

chat ser fornecido à empresa *qua tale* e, em suporte físico, estar outro tanto associado a um instrumento fornecido pela empresa (o computador¹⁹), algo que, em situações precedentes, o TEDH não considerou, todavia, relevante²⁰.

Ora, sob este ângulo de análise, ao atribuir-se efeitos retroativos à comunicação feita pela entidade empregadora ao trabalhador quanto à monitorização da sua atividade cibernética e, mais do que isso, quanto ao acesso ao conteúdo dessa atividade, surge coonestada a possibilidade de um ato ilícito fundar um despedimento com justa causa, em nome de um bordão genérico de *necessidades empresariais*, que não logrou ser devidamente provado²¹.

Com efeito, estando-se diante de uma limitação a um direito fundamental que se intersecta com uma «relação de poder-sujeição»²², justificava-se que fosse o empregador a suportar a desvantagem de não conseguir fazer prova da realidade dos factos (os interesses da empresa) que permitiriam a compressão da esfera de liberdade do trabalhador, numa construção que, fundando importantes regras de conduta e de decisão que mitigam *a priori* a margem de incerteza subjacente ao risco de não se alcançar a demonstração da realidade dos factos, assegura, por um lado, a intangibilidade das condições necessariamente restritivas que permitem ao empregador interferir na reserva da intimidade da vida privada, garantindo, por outro lado, que os direitos fundamentais do trabalhador não quedam funcionalizados aos interesses económicos da empresa que justificam esse reconhecimento sistemático, frenando-se, assim, o bordão generalizante da necessidade de proteção

¹⁹ A diferença, aparentemente anódina, está, ao menos numa leitura maximalista, na (im)possibilidade de consulta e utilização de um espaço virtual que não é titulado pela empresa mas antes por outra empresa (no caso Yahoo!), com quem o trabalhador se relaciona, mediante a utilização de uma conta que só a si pertence. E, entre nós, conforme decidiu o Ac. RI. Lx. de 07.03.2012 (José Eduardo Sapateiro), proc. 24163, o «facto das referidas conversas/mensagens electrónicas se acharem guardadas no servidor central da Ré, a ela pertencente, não lhes retira a sua natureza pessoal e confidencial». Em anotação: TERESA COELHO MOREIRA, 2012, «Controlo do Messenger dos trabalhadores: anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 135-142.

²⁰ Esta circunstância, presente no caso *Copland* (03.04.2007), estava na utilização de meios fornecidos pelo Carmarthenshire College para o envio de mensagens eletrónicas. Assinalando o aspeto, no sentido em que a utilização de um meio posto à disposição pelo empregador não foi utilizada pelo TEDH para fundamentar a decisão, cfr. FEYROUZE OMRANI, 2013, «La vie privée du travailleur: question choisies, regard critique», *Droits de la personnalité* (ed. Marc Isgour|Feyrouze Omrani|Jean-Marc Van Gyseghem), Anthemis, Limal, § 78.

²¹ Em desenvolvimento deste enquadramento, que implica especiais exigências de fundamentação para a compressão de direitos fundamentais e que, em última instância, acerta em questões conexas com o ónus de alegação e prova, v. OLIVIER DE SCHUTTER, 2013, «Human rights in employment relationships: contracts as power», *The European Convention on Human Rights and the Employment Relations*, Oxford, Hart Publishing, 105-142.

²² Renotando o aspeto, JOSÉ JOÃO ABRANTES, 2012, «Sobre a Constituição e a crise do *favor laboratoris* em Direito do Trabalho», *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 273 (269-284).

dos interesses da empresa como fundamento *a se* para limitar os direitos fundamentais de quem trabalha²³.

Sendo também sob esta perspectiva que muitos entendem que os regulamentos internos não podem conter disposições que, incidindo em direitos fundamentais, não sejam justificadas pela natureza das funções a exercer e proporcionais ao objetivo prosseguido²⁴ – mais do que um *rudere giuridico e linguistico*²⁵, os regulamentos, sob essa lente, não se compaginam com a vontade livre, esclarecida e consciente que a assunção de uma autolimitação a um direito fundamental pressupõe²⁶ –, a ausência de qualquer censurabilidade por parte do TEDH acerca da impossibilidade de ciência por parte de *Bărbulescu* de que a sua correspondência digital estava a ser escrutinada é solução que escapa ao fio condutor da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, que, em ocasiões diversas, mas valorativamente similares, raramente

²³ Entre nós, ver MARIA REGINA REDINHA e MARIA RAQUEL GUIMARÃES, 2003, «O uso do correio electrónico no local de trabalho: algumas reflexões», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra, Coimbra Editora, 647- 671.

²⁴ Ainda CHRISTIAN SAID, «Réflexions sur les garanties concrètes...», cit., 95 (93-98), e MICHEL MINÉ e DANIEL MARCHAND, 2012, *Le droit du travail en pratique* (24.^a ed.), Paris, Eyrolles, 128. Eis porque, e sem que se esqueça que em França nos termos do art. L. 1311-2 do *Code du Travail* os regulamentos internos são obrigatórios para as empresas ou estabelecimentos que empreguem 20 ou mais trabalhadores, a jurisprudência gaulesa, face à exigência de que a vinculação do trabalhador seja clara e isenta de equívocos, tem afastado a validade de cláusulas de mobilidade geográfica insertas em regulamentos internos: PAUL-HENRI ANTONMATTEI, 2010, *Les clauses du contrat du travail* (2.^a ed.), Paris, Liaisons, 44-5.

²⁵ UMBERTO ROMAGNOLI e GIORGIO GHEZZI, 1995, *Il rapporto di lavoro* (3.^a ed.), Bolonha, Zanichelli, 188.

²⁶ Pois, enquanto direito que funda uma posição jurídica subjetiva de que cada um é titular, a problemática suscitada pela eventual disposição deste direito fundamental está no compromisso entre os valores que concorrem para o ato renunciativo e na delimitação do espaço que a ordem jurídica concede para que os trabalhadores possam abdicar, ainda que temporariamente, do exercício desse direito. Cuida-se, no plano jusconstitucional, de uma renúncia *lato sensu* a um direito fundamental, entendendo-se, como tal, toda a vinculação jurídica de um particular que substancie o compromisso de não exercer, temporária ou pontualmente, algumas das pretensões, faculdades ou poderes que integram esse direito – assim: JORGE REIS NOVAIS, 1998, «Renúncia a direitos fundamentais», *Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976. Volume I* (org. Jorge Miranda), Coimbra, Coimbra Editora, 27. Se este conceito de renúncia a direitos fundamentais, enquanto «poder individual de dispor das posições jurídicas próprias, tuteladas por normas de direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição da protecção do indivíduo», corresponde a uma dogmática publicista teoricamente enraizada e jurisprudencialmente sedimentada, já no plano civilístico o compromisso assumido pelo trabalhador recorta-se como uma limitação a um direito de personalidade. Contudo, o problema está, como é bom de ver, na revogabilidade a todo o tempo da limitação, pois será esse o traço que, infirmando o princípio da *irretratabilidade* ou *irrevogabilidade dos vínculos*, torna a renúncia constitucionalmente admissível (...) e permite que a vinculação assumida não se protele no tempo contra a sua vontade, atribuindo à limitação à privacidade uma vinculatividade unilateral (n.º 2 do artigo 81.º do CC). Eis porque, no rigor dos princípios, um trabalhador poderá desvincular-se de um compromisso em que a sua privacidade surja limitada, sem que, por isso, o empregador possa exercer ação disciplinar, visto que o exercício de um direito que corresponda à fruição do bem personalidade significado pelo trabalho não convive bem com a aplicação de sanções.

deixou de proteger com eficácia o direito à reserva da intimidade da vida privada²⁷, cuja limitação implica, por princípio, um «acto claro, positivo e desprovido de equívocos»²⁸: cuida-se, também em fundo, de garantir que, ante o equilíbrio de interesses exigível, as expectativas do empregador, enquanto declaratório, não se sobrepõem à vontade do trabalhador, ora declarante²⁹, e que a limitação, à semelhança do enquadramento desenvolvido a propósito de uma renúncia a direitos fundamentais, é expressa de forma «inequívoca»³⁰, não se compaginando com uma anuência genérica ou «em branco»³¹.

²⁷ ALARCÓN CARACUEL e ESTEBAN LEGARRETA, 2004, *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 201.

²⁸ Assim, XAVIER VINCENT, 2009, «La théorie prétorienne des périodes de garantie d'emploi, après dix ans de jurisprudence», *Revue de Jurisprudence Sociale*, n.º 2, 96, que, com referência à renúncia subjacente a uma cláusula de estabilidade do emprego feita pelo trabalhador, sinaliza as suspeitas geradas por um ato abdicativo assumido por alguém que se encontra em situação de inferioridade económica.

²⁹ No âmbito civilístico, diante do artigo 236.º do CC, alude-se a uma doutrina tendencialmente objetivista, segundo a qual a declaração vale com o sentido que um declaratório normal, medianamente instruído, sagaz e diligente, colocado na posição do concreto declaratório, a entenderia, enquadramento que tanto se aplica à declaração expressa quanto à tácita. Como faziam notar PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, 1987, *Código Civil Anotado*, Vol. I (4.ª ed.), Coimbra, Coimbra Editora, 223, é pacífico que se visa proteger o declaratório, atribuindo-se «à declaração o sentido que seria razoável presumir em face do comportamento do declarante, e não o sentido que este lhe quis efectivamente atribuir»; mas essa «prevalência do sentido objectivo da declaração apenas se explica pela necessidade de proteger as legítimas expectativas do declaratório e não perturbar a segurança do tráfico», *ratio* que, no domínio das limitações a direitos de personalidade, é fortemente estiolada, ante a inexistência, em sentido próprio, de um comércio jurídico e também em razão do regime garantístico que permeia a situação que envolve o consentimento.

³⁰ Isto, uma vez que um consentimento que implique uma limitação voluntária a um direito de personalidade deve, por via de regra, ser prestado de forma expressa e, por princípio, face à relação de poder/sujeição subjacente e ao alcance da vinculação assumível, observar uma forma que não suscite dificuldades probatórias. Este alargamento da ponderação de fatores necessários à determinação do nexo de conclidência, que conduz à assunção de um quadro restritivo quanto à limitação a um direito de personalidade a partir de um comportamento concludente do trabalhador, deve-se, em fundo, à situação de dependência do trabalhador e à inevitável compressão da sua liberdade decisória [entre nós, JORGE REIS NOVAIS, «Renúncia a direitos fundamentais», cit., 304, justifica a solução com as especificidades dos interesses em jogo, com a «desigualdade quase natural em que se encontra quem renuncia e quem beneficia da renúncia» ou com «a relevância das consequências jurídicas susceptíveis de serem produzidas na área de reserva absoluta que é a dignidade da pessoa humana»] e, especificamente, ao alcance deste tipo de limitações e às particularidades de uma renúncia a direitos fundamentais que têm inspirado a desaplicação absoluta das regras de Direito civil e que, outro tanto, têm afastado a sua criação a partir de um simples não exercício do direito. Ainda sobre a dissemelhança de planos valorativos entre o não exercício de um direito e a renúncia ao exercício de um direito de que se é titular, v. LUIGI FERRAJOLI, 2008, *Diritti Fondamentali, Un dibattito teorico*, Bari, Laterza (col. Libri del Tempo), 141, e, abordando a questão à luz do aforismo «la renonciation ne se presume pas», cfr. FRÉDÉRIQUE DREIFUSS-NETTER, 1981, «Renonciation», *Encyclopédie Dalloz – Civil*, Vol. VIII, 4 (1-8).

³¹ Cfr. MURIEL FABRE-MAGNAN, 2012, «Le forçage du consentement du salarié», *Le Droit Ouvrier*, n.º 7, 6-7, que faz referência a uma concordância dirigida «aos termos determinativos de um contrato».

Com efeito, se aqui o TEDH se louva no facto de o despedimento não ter produzido qualquer lesão à reserva de intimidade da vida privada do trabalhador em razão da existência de uma proibição específica de utilização de meios da empresa para fins pessoais por parte dos trabalhadores – nesta leitura, a adstrição dos meios a fins profissionais não consentirá quaisquer expectativas quanto a uma proteção da intimidade da vida privada, ficando prejudicada a aplicação do artigo 8.º da CEDH –, este enquadramento representa uma inflexão significativa do enquadramento seguido no caso *Copland* (03.04.2007)³², em que o TEDH havia considerado que (i) os trabalhadores conservam o seu direito à intimidade mesmo quando os dispositivos utilizados são propriedade do empregador e a sua utilização ocorre durante o horário de trabalho e que (ii) as ingerências neste direito promovidas pelo empregador não podem prescindir do consentimento do seu titular ou, em alternativa, devem estar expressamente previstas em lei que as justifique³³, num quadro que, na sua dimensão material, cedo se mostrou generoso quanto à noção de vida privada³⁴.

Tratando-se de moldura que entre nós é seguida, com adaptações, pela CNPD³⁵ e que conforma a interpretação fazível do artigo 22.º do CT, e sem que caiba por

³² SERGE GUTWIRTH e PAUL DE HERT, 2009, «Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxembourg: Constitutionalisation in Actions», *Reinventing Data Protection?* (ed. Serge Gutwirth|Yves Poulet|Paul de Hert|Cécile de Terwangne|Sjaak Nouwt), Heidelberg, Springer, 16 (3-28).

³³ O aresto inscreve-se na linha dos Acórdãos TEDH *Klass c. Alemanha*, de 09.09.1978 (2 EHRR 214), *Malone c. Reino Unido*, de 02.08.1984 (7 EHRR 14), e *Halford c. Reino Unido*, de 25.06.1997 (73/1996/692/884). Na doutrina: SERGE GUTWIRTH e PAUL DE HERT, «Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxembourg: Constitutionalisation in Actions», cit., 16, ou FRANK HENDRICKX e ALINE VAN BEVER, 2013, «Article 8 ECHR: judicial patterns of employment privacy protection», *The European Convention on Human Rights and the Employment Relations*, Oxford, Hart Publishing, 183-208.

³⁴ Por todos, cfr. *Niemietz c. Alemanha*, § 29, *Peck c. Reino Unido*, § 57, e *Pretty c. Reino Unido*, § 61. Com incidência sobre o artigo 8.º da CEDH, têm sido extraídos, de entre vários corolários, de forma por vezes indireta, o direito à imagem e as fotografias de um indivíduo (*Von Hannover c. Alemanha*, §§ 50-53; *Sciacca c. Itália*, § 29; *Reklos e Davourlis c. Grécia*, § 40); a reputação (*Chauvy e Outros c. França*, § 70; *Pfeifer c. Áustria*, § 35; *Petrina c. Roménia*, § 28; *Polanco Torres e Movilla Polanco c. Espanha*, § 40) e a honra (*A. c. Noruega*, § 64); o direito ao desenvolvimento pessoal e à autonomia pessoal (*Pretty c. Reino Unido*, §§ 61 e 67, sobre a escolha de uma pessoa no sentido de evitar o que, a seu ver, constituiria um fim de vida penoso); o direito de a pessoa decidir como a sua vida deve ter fim, na condição de que esteja em condição de formar livremente a sua própria vontade a este respeito e de agir em conformidade (*Haas c. Suíça*, § 51); os documentos ou dados de carácter pessoal ou de natureza pública (por exemplo, informações relativas à atividade política de uma pessoa), recolhidos e conservados pelos serviços de segurança ou outros órgãos do Estado (*Rotaru c. Roménia* [GC], §§ 43 e 44; *Amann c. Suíça* [GC], §§ 65-67; *Leander c. Suécia*, § 48); sobre perfis ADN, amostras celulares e impressões digitais (*S. e Marper c. Reino Unido* [GC], §§ 68- 86); sobre inscrição num ficheiro judicial nacional de autores de infrações sexuais (*Gardel c. França*, § 58) ou as informações relativas às convicções religiosas e filosóficas pessoais (*Folgero e Outros c. Noruega* [GC], § 98).

³⁵ Cfr. Deliberação da CNPD n.º 1638/2013, de 16.07, aplicável ao tratamento de dados pessoais decorrentes do controlo da utilização para fins privados das tecnologias de informação e comunicação no contexto laboral.

ora questionar a validade de uma regra que vede total e absolutamente o uso de trabalho para fins pessoais – embora pareça claro que *num mundo cada vez mais dominado pelas tecnologias de informação e comunicação, em que os meios de comunicação são centrais no trabalho de qualquer empresa ou empregador, não se afigura lógico nem realista que, no contexto da relação de trabalho, se proíba de forma absoluta a utilização de telefones e telemóveis, do correio eletrónico e o acesso à Internet para fins que não sejam estritamente profissionais*³⁶ –, as expectativas do trabalhador encontram na jurisprudência precedente do TEDH um importante ponto de arrimo³⁷: afigurando-se questionável que, em função do princípio da identidade (*o que é, é*), a objetividade na tutela de um direito seja unicamente assegurada em função das expectativas do seu titular [trata-se, em substância, de uma incorporação da *reasonable expectation privacy* trabalhada, à luz da Quarta Emenda, pelo *Supreme Court*, e que encontrou difusão no conhecido caso *Katz vs. US* (1967)³⁸], a verdade é que o TEDH já havia associado o sigilo das comunicações ao correio eletrónico no caso *Taylor Sabori* [(22.10.2002), § 18], alertando, ulteriormente, no caso *Caroline Von Hannover* [(24.06.2004), § 70], para a necessidade de incremento de mecanismos de proteção adequados de proteção da vida privada e familiar para fazer face às novas tecnologias de informação e às novas formas de captação, armazenagem e reprodução de dados pessoais sobrejacentes³⁹.

Se, no mais, o TEDH, embora ressalvando que a prática de atos prejudiciais à integridade física ou moral de uma pessoa não implica *ipso jure* uma ofensa ao respeito pela vida privada, tem considerado que um tratamento que não atinge o nível de gravidade suficiente para cair no âmbito do artigo 3.º pode ir contra o artigo

³⁶ Para lá de ALAIN SUPIOT, «Travail, droit et technique», cit., 20, cfr., ainda, a posição da CNPD contida na Deliberação da CNPD n.º 1638/2013, de 16.07.

³⁷ Será assim, uma vez que, quem age com ilicitude, não se poderá sortir desse facto para retirar vantagens ou atentar contra direitos de terceiros, em princípio que, não conhecendo fronteiras, aflora o sopro ético-jurídico de qualquer sistema (assim: NEIL ANDREWS, 2011, *Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 51). Mesmo que, neste caso, e a jusante, se verifique a inveracidade, propalada pelo trabalhador, acerca da natureza e do conteúdo das mensagens que trocou na plataforma. Aqui, não se tratará tanto de um juízo abolutivo acerca da culpa associada à mentira do trabalhador – ainda que o juízo sintético-valorativo subjacente à averiguação dos reflexos produzidos pela eficácia pretérita da comunicação empresarial em relação à conduta assumida *ex post* pelo trabalhador não deva ser baseado em questões de natureza psicológica ou tampouco em fatores imediatos, como os que radicam na assunção da iniciativa conducente à cessação do contrato de trabalho, dado que o desvalor incidível sobre a conduta preteritamente intrusiva do empregador possibilitaria, ao menos no ordenamento português, a resolução do contrato com justa causa por banda do trabalhador –, quanto de se admitir que *Bărbulescu* não tinha a obrigação de transmitir com veracidade o conteúdo dos dados, uma vez que, conforme resulta dos autos, não se logrou fazer prova de que *Bărbulescu* conhecia a previsão interditiva e/ou de que estava ciente de que esta se encontrava a ser monitorizada.

³⁸ Por todos, e em panorâmica, cfr. MAUREEN LOWRY-FRITZ e ARTEMUS WARD, 2015, «So Long, Stakeout? GPS Tracking and the Fourth Amendment», *Privacy in the Digital Age: 21st-Century Challenges to the Fourth Amendment*, Vol. I (ed. Nancy S. Lind e Erik T. Rankin), Santa Bárbara, ABC-Clio, 223-5 (221-242).

³⁹ HANS-JOACHIM CREMER, 2011, *Human Rights and the Protection of Privacy in Tort Law: A Comparison Between English and German Law*, Londres, Routledge, 87-93.

8.º nos seus aspetos relativos à vida privada, conquanto se produzam suficientes efeitos prejudiciais à integridade física e moral [*Costello-Roberts c. Reino Unido*, § 36 (25.03.1993)]⁴⁰ – alargando, assim, sobremaneira, o sentido protetivo do artigo 8.º da CEDH –, no caso *Bărbulescu* a questão poderia suscitar juízo axiologicamente diferente se a empresa houvesse comunicado a monitorização e, após a ciência de que as disposições do regulamento interno se encontravam a ser vigiadas, o trabalhador persistisse na utilização da plataforma para enviar mensagens de teor pessoal, circunstância em que, ainda assim, não se poderia consentir, sem mais, um acesso total e irrestrito do empregador às mensagens do trabalhador enviadas sem que, para tanto, existissem fundadas razões que viabilizassem a amputação desse *núcleo essencial* da reserva da intimidade da vida privada, desse reduto «mínimo de valor inatacável» que, note-se, nem o consentimento especificamente dado pelo trabalhador será suficiente sempre que apareçam envolvidas mensagens de terceiros, pois aí o titular do bem jurídico subjacente à inviolabilidade das mensagens é o remetente e não o destinatário, ou seja, um sujeito estranho à relação laboral.

Ademais, a realização da monitorização, sem carácter periódico e sem conhecimento de que tenha sido feita com referência a outros trabalhadores, substancia uma vigilância *ad personam*, que, por não ter sido comunicada a quem trabalhava, não deixa incólume o princípio da boa fé – ao qual se ligam as ideias de lealdade, honestidade e confiança no cumprimento dos contratos, ideário que, sendo recebido no universo laboral, limita o exercício de qualquer direito⁴¹ –, princípio que, na sua dimensão operativa, postula uma valoração global dos comportamentos adotáveis pelos sujeitos, que vai não só interagir com a apreciação da indemnidade do objetivo que presidiu à respetiva vinculação, como também com a forma como os direitos, mesmo os que se predestinam à extinção da relação, são exercidos⁴².

Mais vastamente, e sem que haja espaço para a dissecação da questão, tudo está em saber se a previsão genérica de que os trabalhadores não podem utilizar os meios de comunicação disponibilizados pela empresa para fins pessoais legitima correlativamente um dever de submissão a meios de controlo e vigilância com vista à efetivação da previsão interditiva, questão que, em princípio, embora não

⁴⁰ Cfr. KAREN REID, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, cit., 659-660. A intimidade das relações pessoais constitui o quadro clássico da proteção da vida privada. Acontece que, mesmo na sua dimensão pessoal, a noção de vida privada foi sempre entendida com muita latitude e nunca se prestou a uma definição exaustiva: os juízes do TEDH consagram assim, de maneira extensiva, o direito ao desenvolvimento pessoal no quadro da vida privada. É, aliás, significativo marcar que, para o TEDH, uma legislação que regulamente a interrupção de gravidez toca na esfera da vida privada: assim que uma mulher esta grávida, a sua vida privada torna-se estreitamente associada ao feto que se desenvolve (TEDH, 20.03.2007, *Tysiack c. Pologne*, n.º 5410/03, D. 2007 Jur. 2648). O Tribunal defende uma visão alargada da vida privada, tentando que esta cubra igualmente o direito de ter ou não um filho (TEDH, 07.03.2006, *Evans c. Royaume-Uni*, n.º 6339/05, § 57, e TEDH, 14.12.2010, *Ternovsky c. Hongrie*, n.º 67545/09, § 22).

⁴¹ Como faz notar GARCIA VIÑA, 2001, *La buena fe en el contrato de trabajo*, Madrid, CES, 82-3.

⁴² Veja-se, por exemplo, OLAF MÜLLER e PETER RIELAND, 2006, *Arbeitsrecht: Tipps und Taktik*, Munique, C. F. Müller, 148-9, ou WOLFGANG DÄUBLER, 2006, *Arbeitsrecht – Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium* (6.ª ed.), Francoforte sobre o Meno, Bund-Verlag, § 785, 231.

sem restrições (já que uma coisa é a verificação da quebra de utilização estritamente profissional, e outra, que se coloca em plano intrusivo diverso, é o acesso indiscriminado ao teor das mensagens), merece resposta afirmativa, embora, à luz do princípio da boa fé, se deva exigir informação previamente transmitida ao trabalhador⁴³, não se enjeitando, também aqui, que, não obstante a fragilidade das expectativas de um trabalhador quanto a uma omissão de vigilância, «a pessoa que age na vida de relação deve ter o cuidado de controlar as expectativas que, por acção ou omissão, cria nos outros»⁴⁴: no caso, e segundo as regras normais da experiência, o trabalhador não teria enviado as mensagens de teor pessoal que estribaram o seu despedimento se lhe tivesse sido comunicada a vigilância a realizar pelo empregador (a *ausência de expectativas*, que o TEDH incorpora como fundamento, é, por isso, lábil), não sendo ainda necessário recorrer a cálculos de probabilidade para se perceber que em círculos privados e fechados, em que existem relações de confiança pessoal, a crença no sigilo da comunicação permite desabafos sem cunho institucional e/ou de natureza íntima que, correspondendo a um exercício da liberdade de expressão e opinião, só são possíveis em razão da crença de que ninguém terá acesso, em tempo real ou diferido, ao seu teor integral⁴⁵.

Em sequência, na hipótese de solução confirmativa – *i.e.*, caso se associe a necessidade de meios de controlo empresariais à existência de uma previsão regulamentar –, suscita-se, em adição, a questão de saber se essa monitorização pode ser aleatória ou seletiva, relevando-se o *modus operandi* do controlo e a sua atinência com o princípio da igualdade e despojando-se de importância, como parece ter sucedido no caso que sustenta o Acórdão, o facto de a monitorização não ser exercida sobre todos os trabalhadores, sem que, para tanto, existisse qualquer suspeita que justificasse essa *seletividade vigilante*.

Assim, não havendo suspeita de qualquer atividade ilícita que colocasse em causa interesses comerciais ou industriais da empresa (*v.g.* segredos de negócio), parece, com efeito, esqualido o controlo direccionado a *Bărbulescu*, não se tendo apurado ademais, após o acesso indevido ao teor das comunicações pessoais, que estivesse em causa a transmissão de qualquer informação confidencial relativa à atividade da empresa ou tão-pouco quaisquer referências, independentemente da sua índole, a chefias ou a trabalhadores da empresa – que, sendo de teor pessoal, se revelassem suscetíveis de perturbar a organização produtiva *in situ* –, afigurando-se, perante a leitura do Acórdão, que não se adotou um critério que, sendo incompatível com o mero capricho ou o arbítrio, aparecesse fundeado na necessidade de reconhecimento de um interesse empresarial digno de tutela a partir da experiência concreta do trabalhador e da sua ligação específica com factos laboralmente

⁴³ Sobretudo, do que se lê no Acórdão, o trabalhador não contava que a sua atividade no ciberespaço estivesse a ser vigiada, circunstância que o tribunal de Estrasburgo não relevou, uma vez que, diante da previsão regulamentar de que a conta no Yahoo! Messenger era destinada a um uso estritamente profissional, não existiam, na leitura jurisdicional que anotamos, expectativas legitimamente fundadas por parte do trabalhador de que essa atividade não fosse vigiada.

⁴⁴ As palavras são de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, 2010, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 21.

⁴⁵ Em afloramento do ponto, cfr. Ac. RI. LX. de 07.03.2012 (José Eduardo Sapateiro), proc. 24163.

relevantes, o qual, segundo parâmetros de razoabilidade, poderá implicar um alargamento da margem de intervenção da empresa quanto ao acesso a situações veiculáveis por parte do trabalhador que são repercutíveis na imagem e/ou no ambiente de trabalho da empresa (v.g. transmissão para o exterior de opiniões sobre chefias ou colegas de trabalho), sejam ou não mensagens de teor pessoal⁴⁶.

Isto, na ciência de que a pessoalidade da mensagem só é aferível *ex post*, sem que, neste contexto, a falta da referência prévia, expressa e formal à «pessoalidade» da mensagem, afaste a tutela implicada pelo direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal⁴⁷ e que, no nosso ordenamento, se estende ao acesso a informação de carácter não profissional que o trabalhador receba ou consulte⁴⁸, justificando-se, no entendimento do STJ, que o empregador não possa utilizar uma mensagem de natureza pessoal como meio de prova para fundamentar o despedimento de um trabalhador⁴⁹.

Entrevendo-se, naquele núcleo de situações, um interesse legítimo para que o empregador syndique a transmissão ou a divulgação de factos conhecidos pelo trabalhador em razão do vínculo laboral, ele delimita-se, contudo, a partir do esquema de interesses que envolve o contrato de trabalho e em função da confiança que molda o seu cumprimento: trata-se de uma lealdade que se reporta às características do vínculo⁵⁰, e não de uma lealdade pessoal ao empregador⁵¹, que

⁴⁶ Cfr., em panorâmica, FRANK HENDRICKX, 2007, «Employment Privacy», *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies* (ed. Roger Blanpain), Países Baixos, Kluwer Law International, 419-438.

⁴⁷ Neste sentido, com enquadramento que merece seguimento, o Ac. STJ de 05.07.2007 (Mário Pereira), proc. 07S043, considerou que «(r)eveste natureza pessoal uma mensagem enviada via e-mail por uma secretária de direcção a uma amiga e colega de trabalho para um endereço electrónico interno afecto à Divisão de Após Venda (a quem esta colega acede para ver e processar as mensagens enviadas, tendo conhecimento da necessária *password* e podendo alterá-la, embora a revele a funcionários que a substituam na sua ausência), durante o horário de trabalho e a partir do seu posto de trabalho, utilizando um computador pertencente ao empregador, mensagem na qual a emitente dá conhecimento à destinatária de que vira o Vice-Presidente, o Adjunto da Administração e o Director da Divisão de Após Venda da empresa numa reunião a que estivera presente e faz considerações, em tom intimista e jocoso, sobre essa reunião e tais pessoas».

⁴⁸ Assim, o n.º 1 do artigo 22.º do CT, previsão que, nos termos do n.º 2, não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio electrónico. Acerca do enquadramento normativo português, com referência a problemas de natureza vária, veja-se JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho... cit.*, 367-385.

⁴⁹ Ainda Ac. STJ de 05.07.2007 (Mário Pereira), proc. 07S043, embora a asserção logre essa amplitude em razão de, no caso contido nos autos, o empregador não ter regulado a utilização do correio electrónico para fins pessoais, em conformidade com a faculdade aberta pelo n.º 2 do artigo 22.º do CT.

⁵⁰ Nestes exactos termos, quanto ao *dovere di riservatezza*, cfr. GIAMPERO FALASCA, 2011, *Manuale di Diritto del Lavoro: Costituzione, svolgimento e risoluzione del rapporto di lavoro*, Milão, Il Sole 24 Ore, 173.

⁵¹ Entre nós, se na LCT se aludia a «fidelidade», hoje, mantendo-se a redacção do CT2003, o CT2009 refere-se «lealdade», embora não seja a substituição da locução que afasta o alcance que o dever de fidelidade lograva nas construções comunitário-pessoais, enquanto dever cuja

é conformada pelo princípio da boa fé, e em que a possibilidade de acesso por parte do empregador a mensagens e/ou contactos não profissionais produzidos pelo trabalhador se cruza com uma possível quebra do dever de sigilo que pende sobre o trabalhador.

Ora, uma vez que o dever de sigilo corresponde a uma concretização da tutela da confiança (e um dos postulados essenciais, a par da primazia da materialidade subjacente, da boa fé, enquanto princípio de atuação geral, é o da tutela da confiança) e esta confiança e o seu sentido de tutela são tanto mais fortes quanto maior for a personalização da relação, a informação será para o efeito confidencial (*lato sensu*) se a sua divulgação for suscetível de causar prejuízos à empresa e se o empregador tiver essa convicção (a qual é aferível, de acordo com padrões objetivos, a partir de diligências previamente efetuadas com vista à sua reserva⁵² e/ou em razão do círculo de pessoas que tomaram conhecimento dos factos que substanciam a informação⁵³, traçando-se a partir daí a vontade, assente num interesse razoável, de que o conhecimento dos factos continue restrito a esse círculo⁵⁴)

amplitude englobava a própria prestação: por exemplo, MÁRIO PINTO, PEDRO FURTADO MARTINS e ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, 1994, *Comentário às Leis do Trabalho*, Vol. I, Lisboa, Lex, 92-3, e ROSÁRIO PALMA RAMALHO, 2000, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 279 e ss., 291 e ss. Se, neste sentido, estão ultrapassadas as construções comunitário-pessoais [pois não só não existe qualquer situação de titularidade de direitos/interesses entre os sujeitos, como «a conflitualidade latente entre empregadores e trabalhadores» e a «assimetria de posições» justifica a existência do direito à greve, como fazem notar JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., 176-7, e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, 2007, *Contratos II. Conteúdo, Contratos de Troca*, Coimbra, Almedina, 177], cabe todavia notar que a sua valia encontra um forte debate na Alemanha [onde o contrato de trabalho, enquanto modalidade da *Dienstvertrag* que implica uma dependência pessoal do prestador de trabalho relativamente ao credor do serviço, é por vezes lido como gerador de uma lealdade que, vinculando ambos os sujeitos, vai balizar na comunidade empresarial (*Betriebsgemeinschaft*) as múltiplas prestações a que os sujeitos se obrigam com a constituição da situação laboral: KONRAD RUSCH, 2003, *Gewinnhaftung Bei Verletzung Von Treuepflichten*, Mohr Siebeck (109), Tubinga, 180-4], e outro tanto em Itália, onde o tratamento autónomo do dever de fidelidade, formado sob o influxo das relações comunitário-pessoais, exclui, todavia, uma obrigação de comportamento do trabalhador tão ampla e dilatada ao ponto de, como faz notar GIUSEPPE FERRARO, 2011, *Diritto dei contratti di lavoro*, Bolonha, Il Mulino, 130, se impor um sacrifício à sua liberdade de comportamento em nome de um superior e impreciso interesse da empresa, qual reprimenda de uma ideia da empresa como «comunidade-autoridade». Eis porque, também aí, com referência ao dever de diligência previsto no art. 2104 do *Codice Civile* (em que se faz apelo literal ao «interesse superior da produção nacional»), se considera a disposição, semelhante à que constava da *Carta del Lavoro* (1926), caduca.

⁵² BAG 13.02.2007-1 ABR 14/06, NZA 2007, 1121.

⁵³ Trata-se da vontade em manter sob reserva determinados factos, a qual deve ser expressa com clareza e por meio idóneo a esse fim. Considerando, contudo, que não é de exigir um pedido ou uma diligência do empregador quanto à reserva da informação, FRANCIS AHNER e JEAN-JACQUES TOUATI, 2010, *Inventions et créations des salariés: Du Code du travail au Code de la propriété intellectuelle*, Paris, Lamy, 192.

⁵⁴ Aqui, como faz notar PIETRO RESCIGNO, 2009, *Impresa e lavoro*, Vol. IV, Turim, Utet/Wolters Kluwer Italia, 219-220, é de afastar uma valoração estritamente subjetiva, que desatenda às características objetivas da informação, «seja por referência à sua acessibilidade por parte de terceiros, seja por referência às medidas adotadas para mantê-la reservada».

e conquanto a manutenção da reserva sobre os factos que compõem a informação não seja contrária ao interesse público.

Não foi o que os autos evidenciam, já que não só não existia qualquer suspeita quanto a uma possível quebra do dever de sigilo (que aflora o dever de lealdade⁵⁵) como outro tanto não existiu qualquer indício de que a utilização do *chat* veiculasse mensagens suscetíveis de vulnerar os deveres de urbanidade e probidade do trabalhador para com o empregador, os superiores hierárquicos ou os companheiros de trabalho⁵⁶.

Contudo, mesmo que a prova tivesse sido feita, legítimo será nutrir dúvidas acerca do âmbito do escrutínio efetuado, ainda que o exame do empregador se tenha cingido à conta do *chat* e não tenha abrangido outros dados armazenados no seu computador.

Uma vez que nas situações jurídicas de poder/sujeição «o fundamento e os limites da *Drittwirkung* encontram-se na analogia com o poder do Estado⁵⁷», suscita-se uma operação de otimização destinada à superação do conflito entre o princípio da privacidade e o princípio da autonomia privada⁵⁸, e que, de acordo com a construção de ALEXY, se reconduz, *summo rigore*, a uma colisão entre princípios, dado que as colisões entre direitos fundamentais significam colisões entre princípios (que, por contraposição às regras, são *mandados de otimização*⁵⁹), em que a resolução de tais problemas é prosseguida através de uma lei de colisão, que arranca de uma relação de preferência condicionada entre os dois princípios e que se abastecer numa ponderação em que as condições sob as quais um princípio *prima* sobre outro constituem o pressuposto de facto que exprime a consequência jurídica do princípio preferente⁶⁰.

⁵⁵ Por exemplo: ANTONIO VALLEBONA, 2008, *Istituzioni di Diritto di Lavoro* (6.^a ed.), Milão, Giuffrè, 136.

⁵⁶ Aqui, apesar de se afastar uma análise estritamente etiológica – entre duas coisas diversas não pode existir relação, se não quando uma atua sobre a outra –, certo é que, sem conhecimento prévio das circunstâncias juridicamente verificáveis que comprimiam os seus direitos fundamentais à data dos factos cuja negação conduziu ao seu despedimento, surge rarefeito qualquer juízo de culpabilidade acerca do comportamento do trabalhador. Sobretudo, por comparação com a conduta assumida pelo *seu* empregador, que não logrou provar a comunicação atempada da atividade de monitorização que entretanto realizou.

⁵⁷ Ainda: JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., 140, e ADALBERTO PERULLI, «Rationalité et controle des pouvoirs de l'employeur», cit., 89 (85-91).

⁵⁸ LUCIEN FLAMENT, 2007, «Le raisonnable en droit du travail», *Droit Social*, n.º 1, 16.

⁵⁹ ROBERT ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, cit., 64 e ss..

⁶⁰ Assim, se a prevalência de cada princípio surge sempre referenciada a um concreto círculo problemático – a colisão acontece porque o princípio não é exclusivo, não vale sem exceção –, a teoria externa dos limites dos direitos fundamentais implicada pela construção de ALEXY traz consigo a distinção entre um âmbito de proteção e um âmbito de garantia efetiva, que, para o Autor de Oldenburg, se identifica com a diferenciação entre um direito *prima facie* e um direito definitivo: o primeiro refere-se a um direito com a sua configuração *in natura*, com uma extensão que, sendo determinada pelo bem jurídico a cuja tutela corresponde, é perspetivada sem qualquer interferência de outros direitos; por seu turno, o segundo vai buscar a sua configuração final à necessária convivência com outros direitos, encontrando-se aí o recorte

Com a *lei de ponderação* a surgir como um reflexo do princípio da proporcionalidade⁶¹, perante uma verdadeira colisão de direitos tem-se como *solutio*, em geral, a prevalência de um deles ou a recíproca limitação dos direitos *prima facie*, segundo um padrão de *harmonização* cuja operatividade vai conformar a «norma de decisão adaptada às circunstâncias do caso», sem que se perca de vista que, como faz notar PERSIANI, «o direito de iniciativa económica é instrumental à realização do valor da pessoa»⁶², pelo que a atuação do empregador, para lá de corresponder a uma opção organizacional séria e tecnicamente correta, não poderá aniquilar os espaços de liberdade individual reconhecidos ao trabalhador⁶³, devendo, para o efeito, fazer-se uma tripla e sucessiva verificação: (i) necessidade, (ii) adequação e (iii) justa medida.

Sem repristinarmos o aspeto relativo ao facto de um consentimento tácito a uma informação empresarial de controlo da atividade relacionada com as TIC (*in casu*, não provada) não quadrar com a materialização da renúncia a direitos fundamentais que vai implicada⁶⁴, é natural que, no plano da (i) *necessidade*, existam interesses empresariais carecidos de tutela, designadamente de natureza técnica, de índole financeira e de carácter organizativo, estando-se, em última instância, perante a aplicação de instrumentos que, também por razões de produtividade, visam garantir um bom cumprimento do contrato de trabalho, por atinarem ainda com o dever de omitir comportamentos suscetíveis de prejudicar o fim do contrato e outro tanto com a natural funcionalização dos meios empresariais ao desenvolvimento da atividade laboral.

Mas, afigurando-se mais do que questionável, quanto à (ii) *adequação*, a admissão global de uma proibição absoluta de utilização de meios eletrónicos disponibilizados pelo empregador para fins pessoais – questão que, não sendo nova, tem suscitado posições díspares, com ALAIN SUPLOT, em afastamento de uma *robotização* dos trabalhadores, a sinalizar que a necessidade de evitar uma supressão da vida

da sua definitividade. É este *distinguo* que, como refere MIGUEL GALVÃO TELES, 2004, «Espaços marítimos, delimitação e colisão de direitos», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 626 e ss., permite a prefiguração de um exercício ilícito de um direito, enquanto direito *prima facie* que não é abrangido por um direito definitivo.

⁶¹ Ainda ROBERT ALEXY, 2007, *Teoria de la argumentacion juridica: la teoria del discurso racional como teoria de la fundamentacion jurídica*, cit., 351. Aqui, face à centralidade da privacidade e da tutela das comunicações, o percurso trietápico da lei de ponderação implica que, em primeiro lugar, se defina o grau de não satisfação ou de afetação deste princípio, para, de seguida, se estabelecer a importância da satisfação dos interesses empresariais; por último, definir-se-á se a importância dos interesses empresariais e da tutela da propriedade privada subjacente justifica a restrição ou a não satisfação da privacidade do trabalhador, segundo um modelo com três intensidades, que alberga três medidas de valoração: leve, médio ou grave. Ainda: LARS LINDAHL, 2009, «On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing», *Liber Amicorum de José de Sousa Brito*, Coimbra, Almedina, 363 e ss. (355-376).

⁶² MATTIA PERSIANI, 2000, «Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico», *Contratto e impresa*, n.º 3, 1274 (1252-1296).

⁶³ Ainda ADALBERTO PERULLI, 2006, «Rationalité et controle des pouvoirs de l'employeur» cit., 90, e, entre nós, TERESA COELHO MOREIRA, 2010, «As novas tecnologias de informação e comunicação e o poder de controlo electrónico do empregador», *Scientia Iuridica*, n.º 323, 553-579.

⁶⁴ PAUL-HENRI ANTONMATTEI, 2002, «NTIC et vie personnelle au travail», *Droit Social*, n.º 1, 40.

pessoal no local de trabalho há de implicar uma certa utilização pessoal das TIC na empresa (corolário: apenas uma utilização abusiva dos meios empresariais consentirá a aplicação de sanção disciplinar⁶⁵) –, a política de utilização das TIC identificada nos autos não logra passar este teste, pois qualquer leitura que a partir da propriedade das TIC legitime a sindicabilidade integral do correlativo uso (= absolutização das TIC como ferramenta de trabalho) implicaria a aprovação de situações que, em *simile*, produzem um esvaziamento do direito à reserva da vida privada, bastando, para o efeito, equacionar uma troca de correspondência postal em que os selos fossem fornecidos pelo empregador, circunstância em que, por razões idênticas, estaria legitimado *ipso iure* o acesso integral ao teor dos escritos que o trabalhador recebesse ou enviasse⁶⁶.

Desresponsabilizando-se, além do mais, os empregadores em relação à assunção de políticas que prescindem de uma avaliação do impacto quanto aos efeitos produzíveis pelas medidas a adotar no que à privacidade dos trabalhadores diz respeito – para que, de seguida, se possa adotar os meios de controlo menos intrusivos que, em simultâneo, logrem satisfazer os interesses da organização e que encontram nos *sistemas de drenagem de resultado* o modelo mais satisfatório⁶⁷ –, também no que respeita à (iii) *justa medida* da atuação do empregador não sobejam dúvidas de que, ante o que precede, a associação da previsão de proibição da utilização do computador para a prática de atos de teor pessoal à irrestricção do controlo factível pelo empregador viabiliza um juízo de censura do recorte fáctico contido no processo que envolveu *Bărbulescu*⁶⁸, verificando-se mesmo que a comprovação

⁶⁵ Ainda ALAIN SUPLOT, «Travail, droit et technique», cit., 24, que recolhe a posição da Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL), que, tendo sido baseada no *rapport* Bouchet, coincide, em substância, com a que, entre nós, tem sido assumida pela CNPD. O documento *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise* encontra-se acessível em <www.assemblee-nat.fr/dossiers/cnil.asp>.

⁶⁶ Veja-se ARIAS DOMÍNGUEZ e RUBIO SÁNCHEZ, 2006, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 157 e ss.

⁶⁷ Analogamente, no que aos contactos telefónicos diz respeito, o empregador só estará legitimado para comprovar os destinatários dos contactos e a respetiva duração, sem que possa proceder à audição e/ou gravação das chamadas realizadas. Isto, conquanto o telefone ou o telemóvel fornecido sejam da empresa, já que essa possibilidade está absolutamente vedada no caso de o meio de comunicação ser pertença do trabalhador. Cfr. CHRISTOPHE RADÉ, 2002, «Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination», *Droit Social*, n.º 1, 31 (26-36).

⁶⁸ Questão diferente, embora conexional, encontra-se no uso da Internet e no acesso aos sítios visitados pelo trabalhador. Sendo proibida a utilização de ferramentas como o VNC (*Virtual Networking Computer*) ou a ESI (*Electronic Stored Information*), que, de forma diversa, permitem a localização e a obtenção dos dados de navegação e mensagens de correio eletrónico nos computadores da organização (que se aproximam da nominada espionagem informática), o controlo realizado pelo empregador será excessivo quando a informação obténível ultrapassa a que se refere às páginas consultadas, bastando, para tanto, equacionar, embora em situação-limite, o acesso a sítios bancários, em que o historial financeiro do trabalhador se encontra disponível. Tratando-se de informação de que o empregador não poderá dispor, a interferência, nesta situação, com o núcleo essencial da vida privada do trabalhador é manifesta, pelo que a proteção dos interesses empresariais que eventualmente se justificar é

exaustiva realizada pelo empregador se revelou suscetível de tocar em dados absolutamente privados (alguns deles com confidencialidade reforçada, como os que se referem a informação médica⁶⁹) e em mensagens enviadas por sujeitos estranhos à relação laboral a *Bărbulescu*, não podendo esquecer-se que, em múltiplas situações, a perscrutação das mensagens de terceiros ocorre de forma indireta, já que, diante da estrutura dialógica da conversão, o acesso às mensagens sucessivamente enviadas pelo trabalhador permite desvelar o conteúdo das mensagens de quem interage com o sujeito a quem o controlo se dirige⁷⁰.

No confronto entre a pessoalidade e a patrimonialidade dos interesses antinómicos, qualquer meio de controlo normal das TIC jamais poderá ultrapassar a visualização da caixa de entrada (*inbox*) e das mensagens enviadas e eliminadas (remetente e destinatário em caixa), sem possibilidade de acesso ao teor das comunicações, impondo-se arredar qualquer confusão sobre o controlo que a atividade laboral há de consentir da vigilância sobre o trabalhador *qua tale*⁷¹.

Neste sentido, e uma vez que a evolução dos paradigmas metodológicos na interpretação-aplicação do Direito vem renovar a importância atribuída à argumentação utilizada – a fundamentação dos casos difíceis é, muitas vezes, *consequente*⁷², na medida em que se sustenta em argumentos que se dirigem às consequências jurídicas, ou seja, às condutas que são autorizadas ou interditas pela norma corporizada na decisão e aos efeitos que a decisão produz quanto à evolução do sistema –, a via analítica seguida pelo TEDH, para lá de não fazer jus ao fio garantista que tem cunhado a interpretação dos preceitos da CEDH, abre, por um lado, as portas, ao menos em certa leitura, à imunização de comportamentos empresariais que, ao arrepio do princípio da confiança, utilizam factos que à data da sua verificação não eram juridicamente sindicáveis sem adequada autorização judicial por órgãos de investigação criminal⁷³ (mais do que isso: o acesso às comunicações pessoais

proporcionadamente conseguível através da limitação do acesso a determinadas páginas *web*, só assim se logrando garantir que o meio utilizado passa o filtro da adequação, já que, também aqui, a prevenção será o meio menos lesivo dos direitos dos trabalhadores.

⁶⁹ Sobre estes, cfr. PEDROSA ALQUÉZAR, 2005, *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, Madrid, CES, 119 e ss.

⁷⁰ Sobre a importância deste ponto quanto a qualquer posição que quanto ao assunto se assuma, cfr. MARTÍNEZ GAYOSO, 2007, «Relación de trabajo y nuevas tecnologías: algunos aspectos problemáticos del uso del correo electrónico por parte de los trabajadores en la empresa», *Tribuna Social*, n.º 203, 27-42.

⁷¹ Assim: UMBERTO ROMAGNOLI, 2003, «Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione», *Lavoro e Diritto*, n.º 4, 570, que acrescenta a necessidade de um «compromisso entre a exigência da empresa (eficiência, produtividade, competitividade) e a salvaguarda dos valores humanos (dignidade, segurança, liberdade) de que é portador o fator trabalho».

⁷² Cfr. NEIL MACCORMICK, 1997, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 53 e ss.

⁷³ Nesse sentido, o empregador fica em posição que nem um órgão de investigação criminal logra atingir, dado que, num Estado de Direito, as mensagens pessoais só serão lícitamente obtidas mediante adequada intervenção judicial. É que, como o próprio TEDH já decidiu, seja qual for o sistema de vigilância adotado, um tribunal deve certificar-se de que existem garantias suficientes e adequadas contra os abusos, mas esta apreciação é relativa por natureza, já que depende, entre outros, do tipo de recurso colocado à disposição pelos instrumentos de

interfere também com o direito à reserva das comunicações pessoais realizadas por terceiros que tenham interagido na plataforma de conversação com o trabalhador), e, por outro, parece legitimar a adoção de políticas empresariais de controlo da atividade profissional por parte dos empregadores no sentido que melhor lhes aprouver, desresponsabilizando-os quanto à assunção de regras transparentes e proporcionadas em atenção aos objetivos a atingir (ausência absoluta de *privacy impact assessment*), tão-pouco se compreendendo que, no *iter* decisório, o TEDH não haja relevado as coordenadas normativas de monitorização sobre o tráfego de dados no âmbito das novas tecnologias providas do Grupo do artigo 29.º da Diretiva 95/46/CE⁷⁴ – em síntese, uma medida de monitorização tem de passar uma lista de quatro testes: (i) transparência, (ii) necessidade, (iii) equidade e (iv) proporcionalidade –, ou a Recomendação CM/Rec(2015)5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre o tratamento de dados de natureza pessoal no contexto do emprego, que, no ponto 14, veda, por princípio, quaisquer interferências por parte do empregador em dispositivos técnicos e TIC usados pelo trabalhador que comprometam a sua privacidade e estabelece a necessidade de uma informação adequada e regular quanto a uma eventual monitorização do uso da Internet e de outras comunicações eletrónicas, a qual deve incluir a finalidade do tratamento, o prazo de validade dos dados recolhidos, os dados de *login* salvos e o arquivamento de mensagens eletrónicas profissionais.

Em todo o caso, importará renotá-lo, a posição do TEDH não legitima a adoção futura de medidas empresariais de vigilância sobre as comunicações privadas dos trabalhadores, uma vez que o Acórdão, em rigor, apenas se pronuncia sobre o facto de a Roménia, enquanto Estado, cumprir o artigo 8.º da CEDH e já não sobre a atuação do empregador que despediu *Bărbulescu*.

Tão-pouco se entrevê alguma valia quanto à invocação de uma possível translação do seu fundo decisório para o ordenamento nacional, pois, também aqui, não só a CNPD já firmou que, «sejam quais forem as regras definidas pela empresa para a utilização do correio eletrónico para fins privados, o empregador não tem o direito de abrir, automaticamente, o correio eletrónico dirigido ao trabalhador»⁷⁵ – exigindo-se mesmo, à luz da Lei n.º 67/98, de 26.10, a notificação de qualquer controlo de TIC a esta entidade administrativa independente –, como também a injeção

Direito interno; nesse sentido, deve apurar-se se os procedimentos destinados ao controlo da adoção e da aplicação de medidas restritivas permitem assegurar que a ingerência se limita ao que é «necessário numa sociedade democrática».

⁷⁴ O Grupo de Trabalho, que é conhecido como o Grupo de proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, foi instituído pelo artigo 29.º da Diretiva 95/46/CE, assumindo-se como o órgão consultivo independente da UE em matéria de proteção de dados e privacidade. As suas tarefas são definidas no artigo 30.º da Diretiva 95/46/CE e no artigo 14.º da Diretiva 97/66/CE, sendo o secretariado assegurado pela Comissão Europeia. Em alusão às coordenadas do Grupo sobre o ponto, cfr. FRANK HENDRIX, «Employment Privacy», cit., 432-9.

⁷⁵ Deliberação da CNPD n.º 1638/2013, de 16.07, mais se lendo que «(n)ão é o facto de certas mensagens ficarem gravadas em servidores da propriedade do empregador que lhe dá o direito de aceder àquelas mensagens, as quais não perdem a sua natureza pessoal ou confidencial, mesmo quando esteja em causa investigar e provar uma eventual infração disciplinar».

de direitos fundamentais nas relações laborais desenvolvida pela jurisprudência constitucional não consente uma interpretação do artigo 22.º do CT que viabilize a produção de um resultado semelhante ao que envolveu *Bărbulescu*.

6. Conclusões

O Acórdão do TEDH recolocou a proteção de dados pessoais e a reserva de intimidade da vida privada no âmbito das relações laborais na esfera pública, embora com sentido decisório permeável a críticas.

Na ponderação entre os interesses económicos, associados às necessidades organizativas da empresa, e os interesses pessoais do trabalhador, que enlevam direitos fundamentais como o direito à reserva de intimidade da vida privada e a proteção da correspondência, conferiu-se primazia aos primeiros, fazendo-se *tábua rasa* de um critério genericamente operativo que sinaliza a tendencial primazia da pessoalidade sobre a patrimonialidade.

Que o aresto o tenha feito em desconsideração pela dimensão trietápica do princípio da proporcionalidade é também questão que, em razão da inflexão que se entrevê quanto a decisões precedentes do TEDH, potencia leituras reprovatórias com origem diversa e que, em aplicação maximalista, extravasam a intersubjetividade laboral, por acertarem ainda com mensagens de natureza pessoal que, na lógica interativa de um *chat*, foram enviadas (e naturalmente recebidas) por sujeitos estranhos à relação laboral.

Neste caso, e ao revés do que já sucedeu, o edifício normativo português não consentiria a assunção de uma decisão com esse alcance. Que o sigilo da correspondência e a reserva da intimidade da vida privada mantenham o grau de proteção que a lei e as autoridades nacionais têm desenvolvido, eis o que se deseja. E que, perante o vislumbre de tendências para uma funcionalização do trabalhador a meros interesses económicos do empregador⁷⁶, o Acórdão do TEDH, nas múltiplas interpretações fazíveis, não apague o mérito da jurisprudência justificadamente garantista que o Tribunal de Estrasburgo tem construído – ora dignificada pelo voto de vencido apostado ao Acórdão – e cujo convite a uma reflexão sobre as conexões entre a *liberdade* e o *trabalho* sugere também a necessidade de uma ponderação coletiva sobre a organização das sociedades contemporâneas, sobre os modelos de relações laborais existentes e, naturalmente, sobre a existência ou não de limites ao funcionamento da autonomia privada, para, a partir daí, se estabelecer o grau de tutela e a medida com que o direito à privacidade é atuado perante a sua potencial colisão com as necessidades das empresas.

⁷⁶ Em (supra)ordenação estrutural que, entre nós, a jurisprudência constitucional tem considerado incompatível com o valor constitucional da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, sobre a insuscetibilidade de os direitos do trabalhador quedarem funcionalizados aos interesses económicos do empregador enquanto ordenação incompatível com o valor constitucional da dignidade da pessoa humana, cfr. Ac. TC n.º 581/95, de 31.10 (Assunção Esteves), procs. n.º 407/88 e n.º 134/89, DR, I Série-A, de 22.01.1996, e Ac. TC n.º 306/2003, de 25.06 (Mário Torres), proc. n.º 382/03.

Se, em abreviação, não se trata tanto de saber *em que sociedade queremos viver* quanto de definir *em que sociedade cremos viver*, os instrumentos internacionais a que Portugal está vinculado, assim como a sua legislação interna, garantem que, *de iure*, «os trabalhadores não abandonam o seu direito à privacidade e à proteção de dados, todas as manhãs, às portas do local de trabalho»⁷⁷.

Não esquecendo a indeclinável existência de fímbrias entre *law in books* e *law in action*, tudo está, pois, em assegurar que essas garantias são, *de facto*, aplicadas.

7. Adenda⁷⁸

Entretanto, em 06.06.2016, o caso foi devolvido à *Grande Câmara* a pedido do requerente.

Assim, o Acórdão de 05.09.2017, tirado em plenário por onze votos contra seis, entendeu que o requerente não tinha sido informado da possibilidade de o empregador ter acesso ao conteúdo das suas comunicações e que o respeito pela vida privada e pela privacidade da correspondência continua a existir, mesmo quando ocorre uma restrição necessária a essa correspondência ou a essas comunicações.

Nesta circunstância, o artigo 8.º da CEDH é aplicável, uma vez que as comunicações do requerente no seu local de trabalho estão abrangidas pelos conceitos de «vida privada» e «correspondência» ali previstos.

No plano do mérito da causa, o Tribunal entendeu que, uma vez que o direito dos trabalhadores ao respeito pela sua vida privada e correspondência no local de trabalho não se encontra regulado na grande maioria dos Estados-Membros, deve ser conferida aos Estados uma maior margem de apreciação no que respeita à regulação da ingerência do empregador nas comunicações privadas dos seus trabalhadores.

Sem prejuízo, o Tribunal identificou os critérios a ser tomados em consideração pelos tribunais nacionais na apreciação de questões relacionáveis com a monitorização da correspondência e comunicações dos trabalhadores:

- O trabalhador foi informado da possibilidade do empregador controlar a sua correspondência e comunicações? E sobre a aplicação de tal controlo?
- Qual a extensão da vigilância levada a cabo pelo empregador e qual o grau de intrusão na privacidade do trabalhador?
- O empregador forneceu razões válidas para o controlo das comunicações do trabalhador?
- Seria possível estabelecer um sistema de vigilância menos intrusivo do que o acesso direto ao conteúdo das comunicações do trabalhador?

⁷⁷ A imagética é utilizada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE no voto de vencido.

⁷⁸ Este texto foi elaborado no mês subsequente ao Acórdão do TEDH de 12.01.2016 (proc. n.º 61496/08, *Bărbulescu c. Roménia*) e publicado na *Revista do Ministério Público* 145, janeiro-março 2016. A decisão da *Grande Chambre*, tendo sido proferida em 05.09.2017, vem ao encontro do que então escrevemos, quadrando com a interpretação que o TEDH seguiu em situações valorativamente similares. Ver http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Workplace_surveillance_FRA.pdf.

- Quais as consequências, para o trabalhador, da vigilância das suas comunicações?
- O trabalhador tem acesso a garantias adequadas, especialmente quando a vigilância efetuada pelo empregador tem uma natureza intrusiva?

O Tribunal concluiu que no caso *Bărbulescu* os tribunais nacionais não apreciaram esses critérios. Deste modo, não obstante a ampla margem de apreciação concedida ao Estado demandado, as autoridades nacionais não asseguraram uma proteção adequada do direito do requerente ao respeito pela sua vida privada e correspondência e, conseqüentemente, não conseguiram alcançar um justo equilíbrio entre os diferentes interesses em causa. E, nessa circunstância, embora sem que haja sido atribuída qualquer indemnização por danos não patrimoniais, o artigo 8.º da CEDH foi violado.

8. Referências bibliográficas

- ABRANTES, JOSÉ JOÃO. (2005). *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora.
- ABRANTES, JOSÉ JOÃO. (2012). «Sobre a Constituição e a crise do *favor laboratoris* em Direito do Trabalho», *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora.
- AHNER, FRANCIS e TOUATI, JEAN-JACQUES. (2010). *Inventions et créations des salariés: Du Code du travail au Code de la propriété intellectuelle*, Paris, Lamy.
- ALARCÓN CARACUEL e ESTEBAN LEGARRETA. (2004). *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo.
- ALEXY, ROBERT. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. Manuel Atienza/Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE. (2007). *Contratos II. Conteúdo, Contratos de Troca*, Coimbra, Almedina.
- ANDREWS, NEIL. (2011). *Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ANTONMATTEI, PAUL-HENRI. (2002). «NTIC et vie personnelle au travail», *Droit Social*, n.º 1, 40.
- ANTONMATTEI, PAUL-HENRI. (2010). *Les clauses du contrat du travail* (2.ª ed.), Paris, Liaisons.
- ARIAS DOMÍNGUEZ e RUBIO SÁNCHEZ. (2006). *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Pamplona, Thomson-Aranzadi.
- BECK, ULRICH. (1992). *Risk Society: Towards a New Modernity* (trad. Mark Ritter), Londres/Nova Deli, Sage Publications.
- BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE. (2015). *La Convention européenne des droits de l'homme* (2.ª ed.), Paris, LGDJ.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. (1916). «Natura del contratto di lavoro», *Studi di diritto civile* (Collezione di opere giuridiche ed economiche), Roma, Athenaeum.
- COLLAÇO, ISABEL MAGALHÃES. (1964). *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa.
- CREMER, HANS-JOACHIM. (2011). *Human Rights and the Protection of Privacy in Tort Law: A Comparison Between English and German Law*, Londres, Routledge.
- DÄUBLER, WOLFGANG. (2006), *Arbeitsrecht – Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium* (6.ª ed.), Francoforte sobre o Meno, Bund-Verlag.

- DE SCHUTTER, OLIVIER. (2013). «Human rights in employment relationships: contracts as power», *The European Convention on Human Rights and the Employment Relations*, Oxford, Hart Publishing.
- DREIFUSS-NETTER, FRÉDÉRIQUE. (1981). «Renonciation», *Encyclopédie Dalloz – Civil*, Vol. VIII, 4 (1-8).
- FABRE-MAGNAN, MURIEL. (2012). «Le forçage du consentement du salarié», *Le Droit Ouvrier*, n.º 7, 6-7.
- FALASCA, GIAMPERO. (2011). *Manuale di Diritto del Lavoro: Costituzione, svolgimento e risoluzione del rapporto di lavoro*, Milão, Il Sole 24 Ore.
- FERRAJOLI, LUIGI. (2008). *Diritti Fondamentali, Un dibattito teorico*, Bari, Laterza (col. Libri del Tempo).
- FERRARO, GIUSEPPE. (2011). *Diritto dei contratti di lavoro*, Bolonha, Il Mulino.
- FLAMENT, LUCIEN. (2007). «Le raisonnable en droit du travail», *Droit Social*, n.º 1, 16.
- GARCIA VIÑA. (2001). *La buena fe en el contrato de trabajo*, Madrid, CES.
- GOMES, JÚLIO VIEIRA. (2007). *Direito do Trabalho. Volume I: Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora.
- GUTWIRTH, SERGE e DE HERT, PAUL. (2009). «Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxembourg: Constitutionalisation in Actions», *Reinventing Data Protection?* (ed. Serge Gutwirth|Yves Poullet|Paul de Hert|Cécile de Terwangne|Sjaak Nouwt), Heidelberg, Springer, 16 (3-28).
- HENDRICKX, FRANK. (2007). «Employment Privacy», *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies* (ed. Roger Blanpain), Países Baixos, Kluwer Law International, 419-438.
- HENDRICKX, FRANK e VAN BEVER, ALINE. (2013). «Article 8 ECHR: judicial patterns of employment privacy protection», *The European Convention on Human Rights and the Employment Relations*, Oxford, Hart Publishing.
- LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES. (1987). *Código Civil Anotado*, Vol. I (4.ª ed.), Coimbra, Coimbra Editora.
- LINDAHL, LARS. (2009). «On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing», *Liber Amicorum de José de Sousa Brito*, Coimbra, Almedina, 355-376.
- LIPARI, NICOLÒ. (2000). «Diritto e mercato della concorrenza», *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, n.º 7-10, 317 e ss.
- LOWRY-FRITZ, MAUREEN e WARD, ARTEMUS. (2015). «So Long, Stakeout? GPS Tracking and the Fourth Amendment», *Privacy in the Digital Age: 21st-Century Challenges to the Fourth Amendment*, Vol. I (ed. Nancy S. Lind e Erik T. Rankin), Santa Bárbara, ABC-Clio, 223-5 (221-242).
- MACCORMICK, NEIL. (1997). *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- MARTÍNEZ GAYOSO. (2007). «Relación de trabajo y nuevas tecnologías: algunos aspectos problemáticos del uso del correo electrónico por parte de los trabajadores en la empresa», *Tribuna Social*, n.º 203, 27-42.
- MINÉ, MICHEL e MARCHAND, DANIEL. (2012). *Le droit du travail en pratique* (24.ª ed.), Paris, Eyrolles.
- MOREIRA, TERESA COELHO. (2010). «A privacidade dos trabalhadores e o controlo electrónico da utilização da internet», *Questões Laborais*, n.º 35-36, 23-82.
- MOREIRA, TERESA COELHO. (2010). «As novas tecnologias de informação e comunicação e o poder de controlo electrónico do empregador», *Scientia Iuridica*, n.º 323, 553-579.

- MOREIRA, TERESA COELHO. (2012). «Controlo do Messenger dos trabalhadores: anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 135-142.
- MOREIRA, TERESA COELHO. (2013). «A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online: algumas questões», *Questões Laborais*, n.º 41, 41- 102.
- MORIN, GASTON. (1945). *La révolte du droit contre le Code. La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété)*, Paris, Sirey.
- MOULY, JEAN. (2008). *Droit du Travail* (4.ª ed.), Paris, Bréal.
- MÜLLER, OLAF e RIELAND, PETER. (2006). *Arbeitsrecht: Tipps und Taktik*, Munique, C. F. Müller.
- NOVAIS, JORGE REIS. (1998). «Renúncia a direitos fundamentais», *Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976. Volume I* (org. Jorge Miranda), Coimbra, Coimbra Editora.
- OMRANI, FEYROUZE. (2013). «La vie privée du travailleur: question choisies, regad critique», *Droits de la personnalité* (ed. Marc Isgour|Feyrouze Omrani|Jean-Marc Van Gyseghem), Anthemis, Limal.
- PEDROSA ALQUÉZAR. (2005). *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, Madrid, CES.
- PÉLISSIER, JEAN. (2005). «Pour un droit des clauses du contrat du travail a partir de l'arrêt Société Leviel», *RJS*, n.º 5, 499-500.
- PERSIANI, MATTIA. (2000). «Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico», *Contratto e impresa*, n.º 3, 1274 (1252-1296).
- PERULLI, ADALBERTO. (2006). «Rationalité et controle des pouvoirs de l'employeur», *Revue de Droit du Travail*, ns.º 7/8, 89 (85-91).
- PINTO, MÁRIO; MARTINS, PEDRO FURTADO e CARVALHO, ANTÓNIO NUNES DE. (1994). *Comentário às Leis do Trabalho*, Vol. I, Lisboa, Lex.
- RADÉ, CHRISTOPHE. (2002). «Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination», *Droit Social*, n.º 1, 31 (26-36).
- RAMALHO, ROSÁRIO PALMA. (2000). *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina.
- RAMALHO, ROSÁRIO PALMA. (2002). «Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa», *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Coimbra.
- REDINHA, MARIA REGINA e GUIMARÃES, MARIA RAQUEL. (2003). «O uso do correio electrónico no local de trabalho: algumas reflexões», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra, Coimbra Editora.
- REID, KAREN. (2011). *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights* (4.ª ed.), Londres, Sweet & Maxwell.
- RENUCCI, JEAN-FRANÇOIS. (2013). *Droit Européen des Droits de L'Homme – Droits et Libertés Fondamentaux Garantis par la CEDH* (5.ª ed.), Paris, LGDJ.
- RESCIGNO, PIETRO. (2009). *Impresa e lavoro*. Vol. IV, Turim, Utet/Wolters Kluwer Italia.
- ROMAGNOLI, UMBERTO. (2003). «Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione», *Lavoro e Diritto*, n.º 4, 570.
- ROMAGNOLI, UMBERTO e GHEZZI, GIORGIO. (1995). *Il rapporto di lavoro* (3.ª ed.), Bolonha, Zanichelli.
- RUSCH, KONRAD. (2003). *Gewinnhaftung Bei Verletzung Von Treuepflichten*, Mohr Siebeck (109), Tubinga.
- SAID, CHRISTIAN. (2001). «Réflexions sur les garanties concrètes des droit fondamentaux au travail», *Droit ouvrier*, n.º 750, 93-98.
- SALMON, JEAN-MARC. (2002). *Um Mundo a Grande Velocidade* (trad. Luís Cabral), Porto, Ambar.

- SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO. (1973). *Nozioni di diritto del lavoro* (26.^a ed.), Nápoles, Jovene.
- SUPIOT, ALAIN. (2002). «Travail, droit et technique», *Droit Social*, 20-1 (13-25).
- TELES, MIGUEL GALVÃO. (2004). «Espaços marítimos, delimitação e colisão de direitos», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- UMBACH, DIETER C. e CLEMENS, THOMAS. (2002). *Grundgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg, C. F. Muller.
- VALLEBONA, ANTONIO. (2008). *Istituzioni di Diritto di Lavoro* (6.^a ed.), Milão, Giuffrè.
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE. (2010). *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina.
- VINCENT, XAVIER. (2009). «La théorie prétorienne des périodes de garantie d'emploi, après dix ans de jurisprudence», *Revue de Jurisprudence Sociale*, n.º 2, 96.

CAPÍTULO XI

DISCRIMINAÇÃO NA SAÚDE

Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal

S. J. c. Bélgica

Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal

Entre «promessas falhadas» e a urgência de uma abordagem *pro persona*
do direito à saúde pelo TEDH

EDUARDO A. S. FIGUEIREDO*

1. Introdução

A *saúde*, pese a sua natureza polissémica, é uma necessidade básica, objetiva, histórica e generalizável de toda a pessoa humana¹. Por essa razão, é também um *bem jurídico*² a ser protegido, quer pela *via subjetiva* (isto é, através da consagração de *direitos* e corresponsivos *deveres*), quer pela *via objetiva*. No primeiro caso, importa distinguir entre proteção da saúde na sua dimensão individual (enquanto *status*) e na sua dimensão coletiva (*saúde pública*³); já no segundo caso, os *deveres* de proteção em causa devem ser pensados e formulados a partir do modelo holístico de *One Health*⁴, com repercussões de monta no que respeita aos *entes a proteger* (passando a *saúde* a ser triplamente adjetivada – *pessoal, animal e ambiental* – e a sua tutela estruturada de forma integrada, em termos que nos remetem para a conhecida *Hipótese de Gaia* de JAMES LOVELOCK⁵), aos *locus* a considerar (sugerindo-se, por exemplo, a existência de *deveres* de solidariedade entre Estados, mormente a

* Assistente Convidado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra.

¹ PEDRO TALAVERA, 2016, «El actual paradigma subjetivista de la salud y sus repercusiones en su configuración como derecho humano y su cobertura universal», in *Bioética y Nuevos Derechos*, EE. José Antonio Santos, Marta Albert e Cristina Hermida, Granada, Editorial Comares, p. 115.

² Subscrevemos aqui a proposta conceitual avançada por JOÃO LOUREIRO, 2016, «Em busca de um direito da saúde em tempos de risco(s) e cuidado(s): sobre a incerteza do(s) nome(s) e da(s) coisa(s)», in *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. 1, coords. João Loureiro, André Dias Pereira e Carla Barbosa, Coimbra, Almedina, p. 43. E note-se, a importância reconhecida ao bem «saúde» pelo Autor é absolutamente inegável, principalmente quando assevera que «a saúde surge (...) como superconceito aglutinador de um conjunto de bens da corporeidade. Em sentido amplo, integra uma pluralidade de bens» (p. 43).

³ SUSANA AIRES DE SOUSA, 2014, «Saúde pública, direito penal e “novos riscos”: um triângulo com lados desiguais», in *Direito(s) dos Riscos Tecnológicos*, coord. Carla Amado Gomes, Lisboa, AAFDL Editora. Tal como a Autora, entendemos que a saúde pública não se reduz a uma mera «soma das saúdes individuais», devendo antes ser entendida como uma exigência de «preservação das condições necessárias à saúde da coletividade» (p. 595).

⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, *One health*, 21 de setembro de 2017, disponível em <https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/one-health>.

⁵ JAMES LOVELOCK, 2020, *Gaia – Um novo olhar sobre a vida na Terra*, trad. Maria Georgina Segurado e Pedro Bernardo, Lisboa, Edições 70.

fim de assegurar a «cobertura universal de saúde»⁶) e ao *âmbito temporal da tutela* (alargando-se a proteção conferida às *gerações presentes* também às *gerações futuras*⁷, embora não necessariamente em termos simétricos⁸).

A natureza complexa do bem «saúde» impõe, igualmente, que um tal direito seja considerado em estreita articulação com outros vetores jusfundamentais, porquanto o maior ou menor grau de realização dos mesmos influencia inequivocamente os níveis individuais e coletivos de saúde (pense-se, por exemplo, nos direitos à alimentação, à água e saneamento, à habitação, à educação, a um meio ambiente sadio e equilibrado, *etc.*)⁹. Por outro lado, tratando-se de um pressuposto indispensável ao exercício de outros direitos, o direito humano e fundamental à saúde realça as notas de unidade, indivisibilidade e interdependência que tão bem caracterizam – ou deveriam caracterizar... – o domínio da *jusfundamentalidade*¹⁰.

Ora, atualmente, o direito à saúde encontra-se consagrado em múltiplos diplomas internacionais¹¹ e supranacionais (pensemos, neste último caso, no labor desenvolvido pelo Conselho da Europa¹² e pela União Europeia¹³), obrigando os Estados, pela via convencional ou consuetudinária, a *respeitar, proteger e promover*

⁶ A Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável desafia os Estados a atingir, até ao início da próxima década, a «cobertura universal de saúde, incluindo a proteção do risco financeiro, o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais para todos de forma segura, eficaz, de qualidade e a preços acessíveis» (Meta 8 do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n.º 3: «Garantir o acesso à saúde de qualidade e promover o bem-estar para todos, em todas as idades»). E note-se, como bem refere a Organização Mundial de Saúde (OMS), o conceito de «serviços de saúde essenciais» espalha-se da «promoção da saúde até à prevenção, tratamento, reabilitação e cuidados paliativos». Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, *Cobertura universal da saúde (CUS)*, 12 de dezembro de 2022, disponível em [https://www.who.int/world-health-day/world-health-day-2019/fact-sheets/details/universal-health-coverage-\(uhc\)](https://www.who.int/world-health-day/world-health-day-2019/fact-sheets/details/universal-health-coverage-(uhc)).

⁷ JOÃO LOUREIRO, 2001, «*Aegrotationis medicinam ab iure peto?* Notas sobre saúde, a doença e o direito», *Cadernos de Bioética*, n.º 25, p. 49.

⁸ De forma geral, *vd.* AXEL GOSSERIES, 2015, *Pensar a justiça entre as gerações: do caso Perruche à reforma das pensões*, trad. Joana Cabral, Coimbra, Almedina.

⁹ VALENTÍN BOU FRANCH e MIREYA CASTILLO DAUDÍ, 2014, *Derecho internacional de los derechos humanos y Derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 78.

¹⁰ Também neste sentido, *vd.* CLÁUDIA MONGE, 2019, «O direito fundamental à proteção da saúde», *e-pública*, vol. 6, n.º 1, p. 80.

¹¹ Cf. artigo 25.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e artigo 12.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Ainda que apenas de forma implícita, tal direito encontra também respaldo no artigo 6.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP). Neste sentido, *vd.* HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment no. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, 30.10.2018.

¹² Cf. artigo 11.º da Carta Social Europeia revista (CSer) e a Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina (CDHB). Como se verá, um tal direito tem, igualmente, vindo a ser tutelado por via da mobilização de certas disposições da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

¹³ Cf. artigo 35.º da Carta sobre os Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

a saúde^{14/15}. Obviamente, em nenhuma destas situações está em causa a afirmação de um qualquer «direito a estar são», mas antes a que os Estados se abstenham de ações ou omissões potencialmente lesivas da saúde individual e coletiva, tutelando-a face a eventuais violações por parte de terceiros, e ainda encetando esforços razoáveis com vista a assegurar a realização progressiva das suas quatro dimensões essenciais¹⁶: (1) a *disponibilidade* de infraestruturas, bens, serviços e programas de saúde – a qual deve ser aferida não apenas em termos de quantidade, mas também de qualidade; (2) a *acessibilidade* física, económica e informacional a essas infraestruturas, bens, serviços e programas de saúde, sem qualquer tipo de discriminação, principalmente em relação a grupos vulneráveis ou marginalizados¹⁷; (3) a *aceitabilidade* social, ética e cultural dos meios utilizados para a concretização das dimensões anteriores (o que significa, na prática, que estes devem respeitar «a ética médica e [ser] culturalmente apropriados, sensíveis às diferenças de género e às vicissitudes associadas ao ciclo de vida, para além de desenhados de modo a preservar a confidencialidade e melhorar as condições de saúde daqueles a quem se refere»¹⁸); (4) a *adaptabilidade* na forma como aquelas dimensões vão sendo concretizadas, assegurando-se o seu ajustamento em função das necessidades de sociedades heterogéneas e em constante mudança¹⁹. E note-se, vale aqui um *princípio geral de não retrocesso*, o qual só poderá ser afastado mediante a prova de que eventuais medidas retrogressivas foram introduzidas após a mais cuidadosa consideração das alternativas, encontrando-se devidamente justificadas²⁰. Por fim, como é natural, estas distintas obrigações de promoção da saúde têm de ser delimitadas tendo em conta as específicas condições humanas e materiais de cada Estado, o que tem

¹⁴ FÁTIMA CASTRO MOREIRA, 2019, «Direito à saúde», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. I, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 622; e ainda, ANNA CAMILLA VISCONTI, 2021, «Salute», in *Diritti Umani: Protezione Internazionale e Ordinamenti Nazionali*, coords. Luca Mezzetti e Caterina Drigo, Pisa, Pacini Giuridica, p. 605.

¹⁵ No caso da Constituição da República Portuguesa de 1976, o direito à (proteção da) saúde encontra-se consagrado no seu artigo 64.º. Sobre este, em geral, *vd.* J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2014, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, pp. 823-831; e ainda, AA.VV., 2017, *Constituição portuguesa anotada*, vol. I, coords. Jorge Miranda e Rui Medeiros, 2.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, pp. 943-955.

¹⁶ Tal não significa que todas as obrigações derivadas deste vetor jusfundamental possuem um carácter meramente programático. *Cf.* nota de rodapé n.º 22.

¹⁷ Especificamente sobre a questão da acessibilidade no domínio da saúde, *vd.* LUÍS MENESES DO VALE, 2012, «Sobre o sentido jurídico do acesso aos bens sociais fundamentais: a “jurisprudência doutrinal” da ONU em matéria de saúde», *e-cadernos CES*, n.º 15, pp. 83 e ss.

¹⁸ LUÍS MENESES DO VALE, «Sobre o sentido jurídico do acesso aos bens sociais fundamentais...», *cit.*, p. 88.

¹⁹ OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS e WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2008, *The right to health: fact sheet no. 31*, Geneva, United Nations, p. 4.

²⁰ LUÍS MENESES DO VALE, «Sobre o sentido jurídico do acesso aos bens sociais fundamentais...», *cit.*, p. 89.

justificado o reconhecimento de uma margem de apreciação estadual relativamente ampla nesta matéria²¹.

Ora, deste preâmbulo introdutório podem-se retirar, em suma, três conclusões particularmente relevantes. Em primeiro lugar, que a *saúde*, não obstante se encontre atualmente envolta em névoas de incerteza (em grande medida, por força do processo de subjetivização de que tem sido objeto), é um bem juridicamente relevante e que deve ser tutelado ao mais alto nível, isto é, no plano da *jusfundamentalidade*. Em segundo lugar, que este direito se destina a conferir um poder ou faculdade a todas as pessoas de fruir ou gozar do mais alto nível alcançável de saúde, porquanto o mesmo é pressuposto fundamental para uma vida boa e com dignidade. Em terceiro e último lugar, que o facto de tal objetivo não poder ser logrado de forma imediata – porquanto o mesmo depende diretamente da existência de condições humanas e materiais propícias a isso... – não obsta a que os Estados tenham de observar certos níveis ou *standards* mínimos de proteção da saúde²², seja pela via da assistência individual, seja através da tomada de medidas coletivas.

2. Brevíssimas notas sobre discriminação no domínio da saúde

*Vulnerabilidade*²³, *doença* e *discriminação* são três conceitos que se encontram profundamente inter-relacionados. Desde logo, existem evidências de que as pessoas e grupos sociais mais vulneráveis (por exemplo, em termos económicos, sociais ou ambientais) tendem a apresentar níveis mais débeis de saúde física e mental, encontrando-se particularmente expostos à *doença*²⁴, aqui entendida, também ela, como um fator gerador e/ou agravante de um estado, permanente ou temporário, de vulnerabilidade (neste caso, em termos corpóreos). Por outro lado, quer a doença (em particular), quer a vulnerabilidade (em geral) são fatores que contribuem para que uma pessoa seja alvo de discriminação e marginalização – ambos fenómenos que alimentam, nutrem e reproduzem aquelas, tendendo para o seu inevitável agravamento²⁵.

A este propósito, por exemplo, «estudos já demonstraram que, em algumas sociedades, as minorias étnicas e povos indígenas gozam de menos serviços de

²¹ D. J. HARRIS *et al.*, 2014, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, p. 213.

²² É o caso, por exemplo, (1) da obrigação de realização do direito à saúde de forma não discriminatória; (2) do dever de garantia de acesso a serviços e tratamentos médicos urgentes e primários, bem como a medicamentos essenciais, e (3) da obrigação de respeito incondicional pelos direitos à integridade pessoal e à autodeterminação (a remeter-nos para a exigência de obtenção de *consentimento*) em contexto de prestação de cuidados de saúde.

²³ Distinguindo, com elevada relevância teórico-dogmática e prático-normativa, entre «fragilidade» e «vulnerabilidade», *vd.* JOÃO LOUREIRO, 2003, *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, vol. I, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 37 e ss.

²⁴ Relembre-se, a este propósito, o artigo seminal de LU ANN ADAY, 1994, «Health status of vulnerable populations», *Annual Review of Public Health*, n.º 15, pp. 487-509.

²⁵ Por exemplo, *vd.* DAVID R. WILLIAMS *et al.*, 2019, «Understanding how discrimination can affect health», *Health Services Research*, vol. 52, n.º 2, pp. 1374 e ss.

saúde, recebem uma menor quantidade de informação sanitária e são menos propícios a aceder a habitação adequada ou água potável, apresentando as suas crianças uma taxa de mortalidade mais elevada e sofrendo mais severamente de malnutrição do que as demais franjas populacionais»²⁶. E note-se, este quadro tende a agravar-se quando levamos a sério outros casos de *discriminação múltipla* – quer aditiva, quer interseccional – que proliferam nas nossas sociedades hodiernas, mesmo nas ditas «desenvolvidas»²⁷.

Ora, no seu artigo 14.º, a CEDH dispõe que «o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação». Não obstante um tal preceito não refira, em momento algum, o *estado de saúde*, a sua natureza não exaustiva ou não taxativa permite ao intérprete qualificar uma tal categoria como *suspeita*, no sentido de que, salvo prova em contrário, todo o tratamento diferenciado em razão do estado de saúde deverá ser tido como juridicamente arbitrário, infundado, ilegítimo e inadmissível. E note-se, como já foi sugerido *supra*, esta obrigação de não discriminação produz *efeitos imediatos* (afinal, as normas que a consagram revestem-se, em regra, de uma natureza autoexequível...), estando o Estado impedido de adotar medidas de discriminação negativa, direta ou indireta (e colocando-se o mesmo na posição de garante da pessoa face a tratamentos discriminatórios encetados por terceiros...), mas também obrigando-o a discriminar positivamente, sempre que tal se revele necessário para corrigir «desigualdades factuais» e garantir uma *igualdade real de oportunidades*²⁸.

Infelizmente, nem por isso as situações de discriminação negativa cessam de existir neste domínio. Na verdade, um pouco por todo o globo, elas têm-se progressivamente multiplicado, diversificado e aprofundado, assumido os mais variados rostos e formas. Não pretendendo nós, de modo algum, ser exaustivos na análise desta questão, consideramos que o fenómeno da discriminação no domínio da saúde tem de ser analisado, pelo menos, com recurso a três lentes diversas:

- *Discriminação em razão do estado de saúde*. Está em causa a necessidade de prevenir e combater todo e qualquer tratamento discriminatório não baseado num fundamento sério e razoável em função do estado de saúde atual

²⁶ OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS e WORLD HEALTH ORGANIZATION, *The right to health: fact sheet no. 31*, cit., p. 7.

²⁷ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, 2013, *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, pp. 19 e ss.

²⁸ Em geral, *vd.* EDUARDO FIGUEIREDO, 2022, «Comentário ao artigo 11.º», in *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina – 20 Anos de Vigência em Portugal*, coords. João Loureiro, André Dias Pereira e Carla Barbosa, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 275.

(*vide*, por exemplo, o caso dos pacientes seropositivos²⁹) ou potencial-futuro (desde logo, num tempo em que a medicina preditiva avança desenfreadamente, nomeadamente com recurso à genética, abrindo as portas a novas e promissoras potencialidades, mas também a sérios riscos³⁰). Não devem ser esquecidas, igualmente, as situações de discriminação por associação, também elas inadmissíveis³¹;

- *Discriminação no acesso aos cuidados de saúde.* Impõe-se contrariar a proliferação de barreiras físicas, económicas, culturais, organizacionais, comunicacionais e/ou informacionais que dificultam ou impedem o acesso a cuidados de saúde. Neste âmbito, afirmam-se como potenciais fatores de exclusão, por exemplo, a idade, o género, a pertença étnico-racial, a orientação sexual, a deficiência, a condição socioeconómica, entre outros. O tipo de cuidados a que se pretende aceder (*primários, secundários ou de emergência*) é, igualmente, um fator a considerar. Vale notar, para além disso, que a questão do acesso (*stricto sensu*) nunca pode ser desligada da exigência de qualidade dos cuidados sanitários prestados, porquanto o modo como os pacientes são tratados também influencia largamente a sua experiência de acesso (*lato sensu*) aos cuidados de saúde³²;
- *Discriminação no exercício de direitos relacionados com a saúde.* Esta modalidade tem-se revelado especialmente frequente no que toca, por exemplo, ao exercício do direito a prestar consentimento por parte de pacientes com deficiência mental ou intelectual, já que, em muitos ordenamentos jurídicos, se presume a incapacidade destes para compreender o sentido e alcance da informação que lhes é transmitida e, por conseguinte, para consentir nos respetivos tratamentos. Neste contexto, não é raro que a sua vontade acabe simplesmente obnubilada pelos tradicionais modelos de substituição ou que se admita, inclusive, a prestação forçada ou involuntária de cuidados de saúde (com recurso, por exemplo, à figura do internamento compulsivo

²⁹ A este propósito, *vd.*, por exemplo, o Ac. TEDH *Kiyutin c. Rússia*, n.º 2700/10, de 10 de março de 2011; e o Ac. TEDH *Novruk e Outros c. Rússia*, n.ºs 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13 e 13817/14, de 15 de março de 2016. Na doutrina, cf. ANNA CAMILLA VISCONTI, «Salute», cit., pp. 623-624; CLÉA A. S. GARBIN *et al.*, 2009, «Bioética e HIV/Aids: discriminação no atendimento aos portadores», *Revista Bioética*, vol. 17, n.º 3, pp. 511-522; e ainda, entre nós, MARIA DO CÉU RUEFF, 2022, «VIH/Sida, segredo médico, tratamento não-discriminatório e princípios relevantes», in *Direito da Medicina: Estudos e Pareceres*, Maria do Céu Rueff, Coimbra, Almedina, pp. 225 e ss.; e também, embora fora do domínio específico da saúde, ANDRÉ DIAS PEREIRA, 2006, «Discriminação de um trabalhador portador de VIH/SIDA: estudo de caso», *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 6, pp. 121-135.

³⁰ EDUARDO FIGUEIREDO, «Comentário ao artigo 11.º», cit., pp. 279 e ss.

³¹ Sobre este conceito, *vd.* FERNANDO REY MARTINEZ e LUÍSA NETO (coords.), 2021, *Direito antidiscriminatório*, Lisboa, AAFDL, pp. 104 e ss.

³² EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, cit., pp. 40 e ss.

ou não consentido), quase sempre de forma discriminatória e violadora de direitos humanos e fundamentais destas pessoas³³.

Tecidas estas considerações, estamos então em condições de iniciar a análise do caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, bem como o seu impacto no modo como o sistema regional europeu de proteção de direitos humanos procura garantir o direito à saúde de todas as pessoas, sem qualquer discriminação.

3. Análise do caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*: os factos

Ora, o caso em apreço teve origem numa queixa apresentada contra o Estado português por Maria Isabel Lopes de Sousa Fernandes («a requerente»), a qual alegou:

- A violação do artigo 2.º da CEDH, em razão da morte do seu marido, António Fernandes, na sequência de uma infeção hospitalar e de negligência médica, bem como do facto de as autoridades nacionais às quais a requerente se dirigiu não a terem elucidado devidamente sobre a causa exata da súbita deterioração do estado de saúde do seu marido;
- A violação dos artigos 6.º, número 1, e 13.º da CEDH, em razão da duração e do resultado da ação interna desencadeada.

Antes de avançarmos para a análise das questões de direito em debate neste caso, cabe uma enunciação, ainda que perfunctória, dos factos relevantes.

A 26 de novembro de 1997, António Fernandes deu entrada no serviço de otorrinolaringologia do Hospital de Vila Nova de Gaia (HVNG) para a realização de uma cirurgia a um septo nasal (*polipectomia nasal*), tendo recebido alta dois dias depois, a 28 de novembro. Logo no dia seguinte, a requerente levou o marido às urgências do HVNG, queixando-se este de dores de cabeça violentas e encontrando-se anormalmente agitado. Após observação, a equipa médica concluiu que tal se devia a problemas de ordem psicológica e prescreveu tranquilizantes ao Sr. Fernandes, recomendando que lhe fosse dada alta, à qual a requerente se opôs. No dia 30 de novembro, uma nova equipa médica deteta uma meningite bacteriana ao Sr. Fernandes, transferindo-o para a unidade de cuidados intensivos do hospital. Um exame entretanto realizado revelou um edema cerebral, pouco após diminuído, o que motivou a transferência do paciente para outra unidade (unidade D), onde esteve ao cuidado do médico JV. Alguns dias depois, foram-lhe também diagnosticadas duas úlceras do duodeno. Apesar disso, a estabilização do seu estado de saúde justificou que o mesmo recebesse alta hospitalar no dia 13 de dezembro. Infelizmente, nos dois meses seguintes, multiplicaram-se os eventos de vertigens, dores de cabeça, diarreia aguda, dores abdominais e forte anemia. Em

³³ De forma geral, *vd.* EDUARDO FIGUEIREDO, 2021, *(R)evolução da legislação de saúde mental à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

consequência disso, o paciente foi, por diversas vezes, observado pelo médico JV. Os exames realizados revelaram uma úlcera gastroduodenal e uma colite infecciosa de úlcera, tendo-lhe sido prescritos antibióticos e outros medicamentos. Ocorreu novo internamento, com alta a 3 de fevereiro de 1998, a pedido da requerente e do marido.

A 17 de fevereiro de 1998, o Sr. Fernandes foi novamente internado, desta feita no Hospital de Santo António do Porto (HSAP), após constatação de que estava a sofrer de diarreia crónica e de anemia microcítica. Após a realização de vários exames, chega-se a ponderar a hipótese de se verificar uma infeção bacteriológica generalizada, embora a mesma seja afastada logo após a deteção de uma infeção com citomegalovírus, para a qual o paciente recebeu tratamento. A 6 de março, o estado de saúde do paciente deteriorou-se. Perante uma suspeita de perfuração do duodeno, foram realizadas uma radiografia e uma ecografia abdominal, tendo a última revelado a existência de uma ascite do abdómen. Exames posteriores revelaram, igualmente, contração abdominal, alcalose metabólica e retocolite. No dia seguinte (7 de março), o paciente foi colocado sob oxigénio porque apresentava dificuldades respiratórias. Foi então visto por um cirurgião, o qual, ante a existência de uma peritonite generalizada, decidiu ser necessária uma cirurgia urgente. António Fernandes faleceu a 8 de março, pelas 02h55m, tendo a certidão de óbito identificado como causas da morte uma septicemia causada por uma peritonite e uma perfuração do duodeno.

Na sequência do ocorrido, a requerente escreveu uma carta dirigida ao Ministério da Saúde, à Administração Regional de Saúde do Norte (ARS-N) e à Ordem dos Médicos (OM), indicando não compreender o súbito agravamento do estado de saúde e morte do seu marido.

Do contacto com a ARS-N, após grande insistência por parte da requerente e contestação de várias decisões tomadas, resulta a abertura de um processo disciplinar contra o médico JV, que tinha acompanhado o Sr. Fernandes no HVNG. Este processo disciplinar ficou suspenso a aguardar o resultado do processo-crime entretanto iniciado, como veremos em seguida.

No caso da OM, o Conselho de Disciplina Regional do Norte, depois de receber o processo clínico do Sr. Fernandes, recolheu pareceres de quatro colégios de especialistas: gastroenterologia, doenças infecciosas, cirurgia geral e otorrinolaringologia. Após análise dos mesmos, decidiu não dar seguimento à queixa da requerente, uma vez que, em seu entender, não existiam provas de negligência médica nem de erro médico. A decisão foi contestada, mas sem sucesso, pelo facto de o recurso ter sido apresentado ante o Conselho Nacional de Disciplina da OM de forma extemporânea.

Além de tudo isto, a requerente apresentou queixa de homicídio por negligência no Departamento de Investigação e Ação Penal (DIAP) do Porto. Após investigação, o Ministério Público decidiu acusar o médico JV pela prática de um crime de homicídio por negligência grave, considerando que, a 3 de fevereiro de 1998, o mesmo não devia ter dado alta ao marido da requerente, porquanto a sua situação clínica era problemática e tinha sido infetado pela bactéria *clostridium difficile*.

Apesar disso, o Tribunal de Vila Nova de Gaia absolveu o médico JV, não tendo a requerente recorrido desta decisão.

Seguiu-se, porém, a apresentação de um pedido de responsabilidade civil junto do Tribunal Administrativo e Fiscal (TAF) do Porto, o qual resultou num acórdão, datado de 23 de janeiro de 2012, em que se julgaram improcedentes os pedidos da recorrente. Seguiu-se recurso para o Supremo Tribunal Administrativo (STA), o qual também foi julgado improcedente a 26 de fevereiro de 2013.

4. Análise do caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*: o Direito

Numa primeira fase, uma Câmara da 4.^a Secção do TEDH (doravante, «Tribunal») proferiu um acórdão, datado de 15 de dezembro de 2015, que declarava a queixa admissível e concluía pela violação da vertente material-substantiva³⁴ (*por maioria*) e processual³⁵ (*por unanimidade*) do artigo 2.º da CEDH³⁶. Não é sobre esta decisão que iremos agora debruçar-nos, mas antes sobre aquela que foi proferida a 19 de dezembro de 2017, após o Governo português ter requerido o reenvio do caso para a Grande Câmara. Interessa-nos, a esse propósito, analisar perfunctoriamente a argumentação mobilizada por este na apreciação da alegada violação do artigo 2.º da CEDH³⁷. Vejamos.

A Grande Câmara começou por salientar que, não obstante o *direito à saúde* não conste do leque de direitos protegidos pela CEDH e respetivos Protocolos, esse facto não impede que os Estados tenham de cumprir uma série de «obrigações positivas materiais» em contexto de prestação deste tipo de cuidados, desde logo

³⁴ A maioria dos juízes da Câmara entendeu que «o simples facto de o paciente ter sido submetido a uma operação que apresentava risco de meningite infecciosa deveria ter requerido uma intervenção médica imediata em conformidade com o protocolo médico de supervisão pós-operatória». Assim, a «falta de coordenação entre o serviço de otorrinolaringologia e o serviço de urgências do hospital [revelou] disfuncionamento do serviço hospitalar público, privando o paciente da possibilidade de aceder a cuidados de urgência apropriados» (§ 147) – o que consubstancia uma violação, por parte do Estado português, da sua obrigação de proteger a integridade física do Sr. Fernandes.

³⁵ De forma sumária, a Câmara enunciou três razões para considerar ter havido violação da vertente processual do artigo 2.º da CEDH por parte do Estado português: (1) em primeiro lugar, a demora excessiva dos processos internos perante a Inspeção-Geral das Atividades em Saúde, o Tribunal de Vila Nova de Gaia e o Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto; (2) em segundo lugar, o facto de nenhuma das perícias apresentadas e das decisões proferidas ter respondido de forma satisfatória à questão de saber se havia nexo causal entre os vários problemas sofridos pelo paciente dois dias antes da cirurgia; e, (3) por fim, a circunstância de os tribunais internos não terem averiguado se o marido da requerente tinha sido devidamente informado dos riscos que enfrentava, para que, assim, pudesse prestar o seu consentimento esclarecido (§ 207).

³⁶ Sobre esta decisão, *vd.* JOSEPH DUTE, 2016, «European Court of Human Rights. ECHR 2016/4 Case of Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, 15 December 2015, no. 56080/13 (Fourth Section)», *European Journal of Health Law*, vol. 23, n.º 1, pp. 91 e ss.

³⁷ Note-se que, em consonância com aquilo que já tinha sido decidido anteriormente pela Câmara, a Grande Câmara afastou uma eventual violação dos artigos 6.º e 13.º da CEDH, os quais também tinham sido invocados pela requerente na queixa apresentada.

por estarmos perante uma atividade na qual o *direito à vida* – esse sim, expressamente previsto e tutelado – pode estar em causa³⁸. Assim, em regra, o Tribunal tem entendido que tais obrigações se traduzem na imposição aos Estados que disponham de um «quadro regulamentar que obrigue os hospitais, públicos e privados, a adotar medidas apropriadas à proteção da vida dos pacientes» (§ 166), embora não se exclua a «possibilidade de atos ou omissões das autoridades no contexto de políticas de saúde pública poderem, em certas circunstâncias, implicar a responsabilidade dos Estados Contratantes no âmbito da vertente substantiva do artigo 2.º» (§ 167).

Ora, no caso em análise, em que esteve em causa uma «alegada negligência médica», entendeu a Grande Câmara que as obrigações dos Estados se limitam ao supramencionado «dever de regular» (§ 186). E note-se, mesmo quando a negligência médica seja estabelecida, considerou que só estará em causa uma violação da vertente material-substantiva do artigo 2.º da CEDH se «o quadro regulamentar aplicável não assegura[r] devidamente a proteção da vida do doente» (§ 187), não sendo suficiente a existência de «falhas em alguns aspetos», antes tendo igualmente de se demonstrar a existência de prejuízo para o próprio (§ 188).

Não basta, no entanto, a existência de um quadro regulamentar – este haverá de funcionar corretamente. É ao abrigo deste entendimento que a Grande Câmara admitiu que, em circunstâncias excecionais, pode haver responsabilidade internacional do Estado por violação da vertente material-substantiva do artigo 2.º da CEDH em razão de atos e omissões dos prestadores de cuidados de saúde. Que circunstâncias são essas? Segundo aquela, são duas³⁹:

- A vida de um paciente é conscientemente colocada em risco pela recusa de acesso a um tratamento de urgência vital (na linha do Ac. TEDH *Mehmet Şenturk e Bekir Şenturk c. Turquia*, n.º 13423/09, de 9 de abril de 2013);
- Um paciente não teve acesso a um tratamento de urgência vital devido a um disfuncionamento sistémico ou estrutural nos serviços hospitalares, em que as autoridades sabiam ou deviam saber desse risco e não adotaram medidas necessárias para o impedir (desta feita, na linha do Ac. TEDH *Asiye Genç c. Turquia*, n.º 24109/07, de 27 de janeiro de 2015; e do Ac. TEDH *Aydoğdu c. Turquia*, n.º 40448/06, de 30 de agosto de 2016).

Nestes casos, esclareceu a Grande Câmara, é necessário que se verifiquem cumulativamente quatro requisitos distintos (§§ 194-196):

- Os atos e omissões dos prestadores de cuidados de saúde vão além de um mero erro ou negligência médica, antes consubstanciando, em violação de obrigações profissionais, a recusa a um paciente do tratamento médico de

³⁸ Vd., neste sentido, o § 165 da decisão em análise; e ainda, descrevendo o modo como, progressivamente, o TEDH foi adotando e consolidando este entendimento, vd. D. J. HARRIS *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 212-214.

³⁹ Note-se que, no § 193, a Grande Câmara categoriza ambas as circunstâncias como situações de «recusa de acesso a um tratamento de urgência vital».

urgência, estando estes plenamente conscientes de que essa recusa coloca a vida da pessoa em risco;

- O disfuncionamento em questão deve ser reconhecido de forma objetiva e real como sistémico ou estrutural, não devendo abranger unicamente casos individuais em que algo correu mal ou não funcionou;
- Existe um nexo entre o disfuncionamento denunciado e o dano sofrido pelo paciente;
- O disfuncionamento em questão deve ser o resultado do incumprimento pelo Estado da sua obrigação de estabelecer um quadro regulamentar em sentido amplo.

Ora, debruçando-se sobre o caso concreto, entendeu a Grande Câmara que nem um «alegado erro no diagnóstico que conduza a um atraso na administração do tratamento adequado», nem um «alegado atraso na realização de uma determinada intervenção médica» podem, *per se*, justificar uma equiparação deste caso àqueles em que se verifica uma recusa de acesso a um tratamento de urgência vital (§ 200). Por outro lado, não parece ter existido prova suficiente de que os hospitais em que o marido da requerente foi tratado se encontravam afetados por um «disfuncionamento sistémico ou estrutural»⁴⁰, que as autoridades conhecessem ou devessem conhecer, e em relação às quais não tivessem adotado as medidas preventivas necessárias, tendo tal deficiência contribuído, de modo decisivo, para a morte do Sr. Fernandes (§ 201).

Mais acrescentou a Grande Câmara que este caso respeita a meras alegações de negligência médica, principalmente tendo em conta que «nenhuma das perícias médicas [realizadas] estabeleceu, de forma conclusiva, a existência de uma negligência (...) no tratamento do marido da requerente» (§ 198). Parece, pois, não se poder exigir mais do Estado português do que a adoção das «disposições necessárias para garantir um elevado nível profissional entre profissionais de saúde e a proteção da vida dos pacientes». Um erro de julgamento por parte de um profissional de saúde ou a falta de coordenação entre profissionais de saúde no tratamento de determinado paciente não são suficientes, em si mesmas, para levar a um Estado Contratante a prestar contas acerca da obrigação positiva que sobre ele incide para proteger o *direito à vida*. Consequentemente, a Grande Câmara considerou, por maioria (15 votos contra 2), não haver violação do artigo 2.º da CEDH na sua vertente material-substantiva (§ 205).

Não obstante, o artigo 2.º da CEDH não acarreta apenas obrigações materiais-substantivas, mas também processuais. Como esclarecido pela Grande Câmara, a obrigação processual que releva do artigo 2.º da CEDH no domínio da saúde impõe que os Estados estabeleçam um sistema judicial eficaz (o que, por sua vez, pressupõe que os processos sejam concluídos dentro de um prazo razoável,

⁴⁰ A Grande Câmara, contrariamente à Câmara, considerou que a alegada falta de coordenação entre o serviço de otorrinolaringologia e o serviço de urgência do HVNG não constituiu, em si, um disfuncionamento dos serviços hospitalares suscetível de determinar a responsabilidade do Estado ao abrigo do artigo 2.º da CEDH (§ 202).

a menos que existam razões extremamente convincentes e plausíveis para justificar a demora...) e independente para que, em caso da morte do doente ao cuidado dos profissionais de saúde (no setor público ou privado), possa ser determinada a causa da morte e que eventuais responsáveis devam responder pelos seus atos (§ 214). Mais importa sublinhar que estamos perante uma *obrigação de meios* (e não de resultados) e que a escolha dos mesmos constitui, em princípio, uma matéria que releva da *margem de apreciação* do Estado em causa (§§ 216 e 221).

Ora, no caso em apreço, a Grande Câmara entendeu que o sistema jurídico português oferece aos litigantes soluções que, em abstrato, preenchem as exigências que devem ser respeitadas por força das obrigações processuais decorrentes do artigo 2.º da Convenção (§ 224). Revelou-se necessário, porém, averiguar se tais obrigações tinham sido cumpridas em concreto. Não se colocando questões relativas à independência dos órgãos e peritos intervenientes, debruçou-se a Grande Câmara sobre a eficácia dos processos internos, isto é, a analisar se os mesmos tinham sido efetivos, exaustivos, prontamente iniciados e concluídos num tempo razoável. Entenderam unanimemente os juízes que quer o processo disciplinar, quer o processo-crime desencadeados pela requerente não podiam ser considerados eficazes, por não lhe terem dado uma «resposta adequada e em tempo útil»⁴¹, razão pela qual se concluiu pela violação do artigo 2.º da CEDH na sua vertente processual (§ 238).

Em consequência, a Grande Câmara condenou o Estado português a pagar 23 mil euros (acrescido de qualquer imposto que pudesse vir a ser cobrado sobre este montante) à requerente pela angústia e frustração importantes causadas pela insuficiência e lentidão dos processos por ela desencadeados para elucidar sobre as circunstâncias da morte do marido (§ 250)⁴².

5. Análise do caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal: o voto de vencido de Paulo Pinto de Albuquerque*

No seu voto de vencido, o então Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE começou por afirmar que concorda com a maioria de que houve uma violação processual do artigo 2.º da CEDH, lamentando logo em seguida que o mesmo entendimento não tenha vingado quanto à violação da sua vertente material-substantiva. Além disso, asseverou discordar do «critério estrito aplicado pela maioria em relação à responsabilidade internacional das Partes Contratantes em casos de má prática médica», o qual não esteve, em sua opinião, em conformidade com a jurisprudência anterior do TEDH, nem com as normas internacionais e supranacionais vigentes na matéria. Por fim, demarcou-se da «avaliação iníqua que a maioria fez das provas do processo, [ignorando] a prova cristalina e cabal de uma falha sistémica ou estrutural nos cuidados de saúde prestados no momento relevante».

⁴¹ Para uma análise detalhada dos argumentos mobilizados pela Grande Câmara a este propósito, *vd.* os §§ 228 a 238.

⁴² Por razões que não nos cabe agora analisar, foi rejeitado o remanescente do pedido de reparação razoável apresentado pela requerente.

Ora, para sustentar as suas posições, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE começou por sublinhar que, atualmente, o direito à saúde se encontra consagrado em diversos diplomas jurídico-internacionais (de *hard* e *soft law*), tendo adquirido o estatuto de *costume internacional*. Além disso, notou que são cada vez mais numerosos os Estados que integram nas suas Constituições um tal vetor jusfundamental, conferindo-lhe proteção de alto nível. E veja-se, se é certo que o direito a cuidados de saúde não faz parte, *qua tale*, do leque de direitos garantidos pela CEDH e seus Protocolos, tal não impede que o mesmo seja extraído de diversos preceitos convencionais de relevo (mormente, dos artigos 2.º, 3.º e 8.º da CEDH).

Em termos jurisprudenciais, denotou o então juiz que o TEDH tem estabelecido padrões de cuidados de saúde muito diferentes para distintos grupos da população, em função da sua posição de maior ou menor vulnerabilidade. É justamente o que acontece, por exemplo, com presos e militares, os quais, atenta a posição de significativa vulnerabilidade em que se encontram, têm geralmente beneficiado de um padrão de proteção mais elevado do que a população em geral⁴³. O mesmo ocorre, embora de forma menos generosa, com crianças e pessoas com deficiência⁴⁴. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE lamentou ainda que as necessidades de cuidados de saúde dos migrantes tenham sido, até ver, enormemente negligenciadas pelo Tribunal.

Por outro lado, sublinha o então juiz, a avaliação feita pelo TEDH dos elementos probatórios em casos que envolvem cuidados de saúde tem variado muito. Em regra, «em casos de negligência médica ou em casos relativos a ofensas à saúde em hospitais e noutros serviços de saúde, o Tribunal não contesta as conclusões dos tribunais nacionais sobre a cadeia de eventos, onexo causal entre a conduta da autoridade médica competente e a morte ou ferimentos graves sofridos pela vítima, nem o grau de conhecimento das autoridades médicas competentes, considerando os meios de recurso internos suficientes». No entanto, em outros tipos de ofensas à saúde (por exemplo, em ambiente exterior⁴⁵ ou no local de trabalho⁴⁶), «o Tribunal não se tem absterido de contestar e de reexaminar os factos estabelecidos pelos tribunais nacionais», chegando mesmo a afastar os seus pontos de vista. Não se descortinando razões plausíveis que justifiquem tal duplicidade de critérios, o resultado é um nível insuportável de incerteza quanto aos pressupostos – objetivos e subjetivos –

⁴³ Os tratamentos e serviços necessários para as pessoas detidas incluem, por exemplo, a prestação de medicamentos essenciais e de cuidados primários de saúde, de dentaduras, de calçados ortopédicos, de óculos, de medicamentos para dores crónicas, de atendimento por pessoal qualificado, de exames feitos por especialistas e de acompanhamento independentemente da iniciativa do doente. Além disso, os atrasos no diagnóstico ou no tratamento necessário bem como a paragem abrupta do tratamento foram já considerados violações da Convenção.

⁴⁴ O TEDH tem entendido que o acesso a medicamentos essenciais e a cuidados primários de saúde não lhes é garantido.

⁴⁵ Ac. TEDH *Öneryıldız c. Turquia*, n.º 48939/99, de 30 de novembro de 2004; e ainda, Ac. TEDH *Budayeva e Outros c. Rússia*, n.ºs 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02, de 20 de março de 2008.

⁴⁶ Ac. TEDH *Brincat e Outros c. Malta*, n.ºs 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 e 62338/11, de 24 de julho de 2014.

da responsabilidade internacional do Estado em casos relativos à prestação de cuidados de saúde⁴⁷.

Procurando contribuir para a resolução destes problemas e zelar pela coerência da atuação do TEDH neste domínio, o então juiz propôs a adoção de uma abordagem padronizada e *pro persona* do direito a cuidados de saúde, assim se assegurando o seu *efeito útil*. Ora, de acordo com esta, o núcleo essencial deste vetor jusfundamental abrange (1) o direito de acesso a instalações, bens e serviços de saúde de forma não discriminatória, bem como (2) o direito a prestação de cuidados de saúde primários e urgentes, e ainda de medicamentos essenciais para pessoas necessitadas – não podendo o mesmo ser objeto de uma cláusula derogatória do artigo 15.º, nem de uma cláusula de limitação do artigo 8.º, ambos da CEDH⁴⁸. Para lá deste núcleo, os Estados têm uma obrigação de realização progressiva, na qual as restrições de recursos devem ser tidas em conta à luz de um imperativo de proporcionalidade. De todas as formas, impõe-se reconhecer que o Estado tem:

- *A obrigação de respeitar e de não interferir nas escolhas de cuidados de saúde dos indivíduos.* Deste modo, a falta de regras apropriadas para determinar a capacidade de decisão dos pacientes, incluindo o seu consentimento capaz, livre e esclarecido sobre o tratamento, constitui uma violação do artigo 2.º da CEDH;
- *A obrigação de tomar as medidas apropriadas para proteger a vida das pessoas que se encontrem sob a sua jurisdição.* Tal implica, desde logo, um dever positivo de adotar medidas operacionais preventivas que protejam um indivíduo cuja vida ou saúde esteja em risco devido a atos próprios ou alheios. Nesses casos, o papel do Tribunal é o de determinar se as autoridades estaduais conheciam ou deviam conhecer a existência de um risco real e imediato para a vida ou saúde do indivíduo e, em caso afirmativo, se fizeram tudo o que podiam para impedir que as mesmas fossem colocadas em risco. Em qualquer caso, essa responsabilidade pode ser afastada quando nenhuma outra conduta podia ser razoavelmente esperada das autoridades em causa;

⁴⁷ Poderia alegar-se que tal inconstância metodológica se deve à ampla margem de apreciação reconhecida aos Estados num campo tão complexo e delicado como este. A prática tem, porém, demonstrado não serem claros os fatores que, neste âmbito, fazem aumentar ou reduzir uma tal margem. Para algumas considerações adicionais sobre esta questão, *vd.* FÁTIMA CASTRO MOREIRA, «Direito à saúde», *cit.*, pp. 640-643; e ainda, associando margem de apreciação e ativismo judicial (em termos de influência mútua), *vd.* RUI GUERRA DA FONSECA, 2022, «Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: um modelo de ativismo judicial na afirmação do âmbito da sua jurisdição?», in *Direitos Humanos e Estado de Direito: Proteção do Quadro Europeu e Internacional*, orgs. Maria Luísa Duarte, Ana Rita Gil e Tiago Fidalgo de Freitas, Lisboa, AAFDL, p. 656.

⁴⁸ Daqui retira o então juiz três consequências muito relevantes: (1) em primeiro lugar, qualquer violação de obrigações essenciais pode ser verificada e censurada pelos tribunais; (2) em segundo lugar, todos os Estados devem fornecer cuidados de saúde, independentemente de terem ou não ratificado os instrumentos internacionais e de serem os destinatários dos instrumentos de *soft law* com relevo na matéria; (3) em terceiro e último lugar, os Estados devem providenciar cuidados de saúde a todos, independentemente da nacionalidade da pessoa necessitada.

- *A obrigação de prestar contas e de dar uma explicação.* Quando nenhuma explicação convincente é fornecida para a morte ou para lesões ocorridas enquanto uma pessoa se encontrar sob controlo do Estado, deve estabelecer-se que existe uma violação substantiva do direito aos cuidados de saúde;
- *A obrigação de investigar e responsabilizar.* As autoridades estaduais têm o dever de identificar, oficiosamente, as causas da morte ou de lesões graves, bem como as pessoas responsáveis. Não é, pois, suficiente a possibilidade de acesso a mecanismos de apuramento de responsabilidade disciplinar, civil ou penal.

Ora, no caso concreto, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE sublinhou o «terrível sofrimento» do marido da requerente e a «forma deplorável» como foi tratado, sem que ninguém tivesse sido responsabilizado por isso. E concluiu: «A maioria está certa ao afirmar que as falhas sistémicas ou estruturais que privam o paciente de acesso a cuidados de saúde adequados, ao mesmo tempo que colocam outras vidas em perigo, implicam a responsabilidade do Estado por uma violação substantiva do artigo 2.º (...) Os factos do presente caso revelam uma falha sistémica ou estrutural por parte do HVNG, que representou um risco atual para o Sr. Fernandes em 3 de fevereiro de 1998, dia em que recebeu finalmente alta do HVNG. Esse risco era conhecido das autoridades de saúde, que haviam sido advertidas repetidas vezes pela Ordem dos Médicos e particularmente pelo colégio de doenças infecciosas, e poderiam ter sido evitados pela criação oportuna de um departamento de doenças infecciosas no HVNG, como proposto pelos mesmos especialistas. Dado que esse risco evitável, conhecido e presente se concretizou, primeiro em risco atual de morte em 6 de março de 1998 e, por último, na morte do Sr. Fernandes dois dias depois, [a Grande Câmara] devia ter concluído por uma violação da parte substantiva do artigo 2.º».

6. Conclusão

Em geral, o caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* assumiu uma relevância seminal no sistema da Convenção não apenas por reafirmar a possibilidade de o TEDH conhecer casos de suposta violação do *direito à saúde* (desde logo, como vimos, considerando a sua conexão íntima com outros direitos expressamente consagrados na CEDH), mas também por tentar clarificar o âmbito das obrigações materiais-substantivas e processuais do Estado em contexto de prestação de cuidados de saúde ao abrigo do artigo 2.º da CEDH (principalmente quando estejam em causa situações de *alegada negligência médica*), bem como da responsabilidade internacional emergente de uma eventual violação das mesmas⁴⁹.

⁴⁹ ANNA CAMILLA VISCONTI, «Salute», cit., p. 605; CARLOS RODRIGUES e ANA CAMPINA, 2022, «O direito à saúde e o SNS em Portugal – uma interpretação de acordo com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Constituição da República Portuguesa», *RJLB*, n.º 4, p. 777; MARTA CABRERA MARTÍN, 2018, «Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Septiembre-Diciembre 2017», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 59, pp. 414-417; e

Muito infelizmente, somos da opinião que esta decisão jurisprudencial não logrou fazer dissipar as razões que justificam que a CEDH continue a ser qualificada, neste domínio em concreto, como uma «promessa falhada»⁵⁰.

Em primeiro lugar, como bem alertou o então juiz no seu voto de vencido, é incompreensível a falta de coerência metodológica no modo como o TEDH tem decidido os casos que envolvem situações de (alegada ou comprovada) negligência médica e outras ofensas à saúde em hospitais e serviços sanitários, especialmente quando comparados com aqueles casos referentes a outros tipos de ofensas à saúde. Se, nestes últimos, os juízes de Estrasburgo não têm hesitado em afastar conclusões dos tribunais e autoridades nacionais, naqueles primeiros a atitude prevalecente é a de uma exagerada autocontenção, tendendo a restringir as suas conclusões à vertente processual dos direitos em causa. Por tudo isto, como bem afirmou PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o Tribunal transmite a impressão «de que resolve alguns problemas enquanto evita outros» (§§ 55-59).

Além disto, somos da opinião que o Tribunal não foi bem-sucedido no seu objetivo fundamental de clarificar o âmbito das obrigações materiais-substantivas do Estado em contexto de prestação de cuidados de saúde ao abrigo do artigo 2.º da CEDH. Em particular, importa que revisitemos, de forma crítico-reflexiva, os requisitos enunciados pelo TEDH para determinar se um caso deve ser qualificado como uma situação de *mera negligência médica* ou como uma das duas «*circunstâncias excecionais*» de *responsabilidade* forjadas na decisão em análise⁵¹.

Desde logo, parece-nos que o TEDH pecou no modo indiferenciado como tratou as referidas «circunstâncias excecionais», mormente ao estabelecer um único conjunto de requisitos para definir se um determinado caso pode vir a ser enquadrado nesta categoria (que o Tribunal designou genericamente de «*situações de recusa de acesso a um tratamento de urgência vital*»). Ora, em primeiro lugar, não se compreende o porquê de o TEDH ter optado por frisar a existência de duas «circunstâncias excecionais» se a sua intenção era a de que ambas fossem tratadas da mesma forma. Por outro lado, considerando que os pressupostos fáticos e jurídicos subjacentes a cada uma dessas circunstâncias são claramente distintos, é muito dúbio que tal solução tenha sido a mais congruente e adequada. Por exemplo, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE chamou à atenção – e bem – para o facto de a exigência de observância *cumulativa* de tais requisitos ser profundamente desadequada e desrazoável. Em bom rigor, o 1.º e 2.º requisitos enunciados deveriam ser de verificação *alternativa*, assim se evitando o fracasso inevitável dos casos envolvendo violações de caráter

ainda, JULIA KAPELANSKA-PREGOWSKA, 2019, «Medical negligence, systemic deficiency, or denial of emergency healthcare? Reflections on the European Court of Human Rights grand chamber judgement in Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal of 19 december 2017 and previous case-law», *European Journal of Health Law*, n.º 26, p. 27.

⁵⁰ Também neste sentido apontou PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, no § 92 do seu voto de vencido.

⁵¹ Relembremos que «circunstâncias excecionais» são essas: (1) quando a vida de um paciente é conscientemente colocada em risco em razão da recusa de acesso a tratamentos de urgência vital; e (2) quando o paciente vê recusado tal tratamento devido a um disfuncionamento sistémico ou estrutural dos serviços hospitalares, que as autoridades conheciam ou deveriam conhecer, falhando na tomada de medidas para as solucionar.

puramente negativo (por exemplo, quando o tratamento de urgência for negado intencionalmente) ou de caráter puramente positivo (por exemplo, quando for identificado um disfuncionamento sistémico ou estrutural dos serviços hospitalares – o qual era do conhecimento das autoridades do Estado –, tendo o mesmo impedido os profissionais de saúde de tratar o paciente, não obstante estes tenham atuado em conformidade com os seus deveres e obrigações profissionais)⁵². Além disso, parece-nos que a exigência formulada pelo Tribunal de que o disfuncionamento em questão seja resultado do incumprimento pelo Estado da sua obrigação de estabelecer um quadro regulamentar em sentido amplo (4.º requisito) se revela deveras problemática não só pelo seu potencial de tornar estas «circunstâncias excecionais» em categorias totalmente supérfluas, mas também por poder implicar ser menos provável que o TEDH venha a admitir a violação da vertente material-substantiva do artigo 2.º da CEDH com base nestas duas situações de excecionalidade do que nos casos de mera negligência médica, o que nos parece, uma vez mais, ilógico⁵³. A ausência de fundamentação que, de forma clara e precisa, explicite o porquê de o Tribunal exigir a verificação de um tal requisito tornam ainda mais difícil a sua compreensão, contribuindo para o agravamento da nossa perplexidade.

Ora, não só a forma tímida como a Grande Câmara analisou os factos do presente caso, mas também as profundas fragilidades que assolam esta decisão no plano teórico-dogmático e prático-normativo fazem-nos partilhar plenamente do sentimento de desilusão patente no voto de vencido de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE. E se há quem procure justificar esta decisão em nome da «preocupação [do Tribunal] em evitar que os Estados se vejam condenados em todas as situações similares às que ocorreram no caso Lopes de Sousa Fernandes»⁵⁴, estamos convencidos de que o resultado prático da mesma foi bem mais perverso: a emissão de um *cheque em branco* aos Estados para esvaziar o conteúdo material-substantivo do direito à vida, desde que assegurem um certo grau de justiça processual⁵⁵. Em tempos tão complexos e conturbados como aqueles em que vivemos, a Convenção não deve, de modo algum, ficar à porta dos hospitais e outros serviços de saúde. Isso vai exigir do Tribunal uma atitude mais vigilante e garantística, a qual lhe permita «estar preparado para resolver coerentemente os dilemas jurídicos, quer ao nível macro, no que diz respeito à afetação de recursos limitados à saúde e

⁵² JULIA KAPELANSKA-PREGOWSKA, «Medical negligence, systemic deficiency, or denial of emergency healthcare...», cit., pp. 42-43.

⁵³ Também neste sentido, *vd.* THOMAS HOWARD, 2020, «A review of Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal (56080/13) (GC): Strasbourg's approach to the right to life in medical negligence cases», *The Oxford University Undergraduate Law Journal*, pp. 145-146; e ainda, LAURENS LAVRYSEN, 2018, «Medical negligence after Lopes de Sousa Fernandes: a blank check to the member states with respect to the substance of the right to life?», *Strasbourg Observer*, disponível em <https://strasbourgobservers.com/2018/02/08/medical-negligence-after-lopes-de-sousa-fernandes-a-blank-check-to-the-member-states-with-respect-to-the-substance-of-the-right-to-life/> (consultado a 14 de março de 2023).

⁵⁴ FÁTIMA CASTRO MOREIRA, «Direito à saúde», cit., p. 644; e ainda, chamando à atenção para os riscos de uma tal abordagem, THOMAS HOWARD, «A review of Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal (56080/13) (GC)...», cit., p. 141.

⁵⁵ LAURENS LAVRYSEN, «Medical negligence after Lopes de Sousa Fernandes...», cit.

noutros setores legítimos do Estado, quer a nível micro, no que diz respeito à realização das necessidades de saúde concorrentes dos indivíduos, com base numa abordagem *pro persona* do direito a cuidados de saúde» (§ 59). O voto de vencido de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE revela-se, neste contexto, um recurso profundamente valioso, afirmando-se como «fonte segura de elementos para se levar à responsabilização do Estado e para se incrementar a garantia de direitos, tais como o direito à saúde»⁵⁶. Tal explica, de resto, as enormes repercussões do mesmo em vários ordenamentos a nível europeu⁵⁷.

Uma última palavra para realçar outra mais-valia deste voto de vencido, especialmente considerando o teor específico deste escrito. Estamos a referir-nos à centralidade conferida por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE ao conceito de *vulnerabilidade*, tornando-o um princípio básico orientador na fixação dos padrões ou níveis exigidos de cuidados de saúde, mormente quando estejam em causa pessoas ou grupos discriminados e marginalizados. E se é verdade que o TEDH, na sua jurisprudência, tem estabelecido distintos padrões de cuidados de saúde para diferentes grupos da população, nem sempre tal se tem traduzido numa tutela jusfundamental adequada, continuando os Estados a não cumprir com as suas obrigações jurídico-internacionais na matéria (mesmo daquelas que integram o dito núcleo essencial do direito à saúde). Compreender os vínculos entre vulnerabilidade, doença e discriminação revela-se, portanto, uma tarefa crucial para o desenvolvimento da abordagem *pro persona* do direito à saúde de que nos fala PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, a qual, bem vistas as coisas, se afirma como condição indispensável para que tal vetor jusfundamental, sendo levado a sério, se possa realizar em todas as suas dimensões, cumprindo a sua função primária de tutela da dignidade da pessoa humana.

7. Referências bibliográficas

- AA.VV. (2017). *Constituição portuguesa anotada*, vol. 1, coords. Jorge Miranda e Rui Medeiros, 2.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora.
- ADAY, LU ANN. (1994). «Health status of vulnerable populations», *Annual Review of Public Health*, n.º 15.
- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE. (2021). *I diritti umani in una prospettiva europea: opinioni dissenzienti e concorrenti (2016-2020)*, coord. Andrea Saccucci, Genova, Editoriale Scientifica.

⁵⁶ LUÍS RENATO VEDOVATO, 2021, «O caso Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal: Levando o direito a tratamentos de saúde e o caso concreto a sério», in *Corte Europeia dos Direitos Humanos: Comentários dos Votos do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque*, org. André de Carvalho Ramos, S. Paulo, Tirant lo Blanch, p. 190.

⁵⁷ *Vd.*, a título meramente ilustrativo, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e CARLOS HUGO PRECIADO DOMÈNECH, 2020, *Hablemos de derechos humanos: la doctrina del TEDH y su aplicación en España desde los votos particulares del Juez Paulo Pinto de Albuquerque*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 178 e ss.; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (org.), 2020, *Droits de l'homme: les opinions séparées vues par la doctrine*, Paris, LexisNexis; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, 2021, *I diritti umani in una prospettiva europea: opinioni dissenzienti e concorrenti (2016-2020)*, coord. Andrea Saccucci, Genova, Editoriale Scientifica, pp. 239 e ss.; e ainda, TRIESTINO MARINIELLO (ed.), 2021, *Judge Pinto de Albuquerque and the progressive development of international human rights law*, Leiden, Brill/Nijhoff, pp. 644 e ss.

- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE (org.). (2020). *Droits de l'homme: les opinions séparées vues par la doctrine*, Paris, LexisNexis.
- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE e DOMÈNECH, CARLOS HUGO PRECIADO. (2020). *Hablemos de derechos humanos: la doctrina del TEDH y su aplicación en España desde los votos particulares del Juez Paulo Pinto de Albuquerque*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BOU FRANCH, VALENTÍN e CASTILLO DAUDÍ, MIREYA. (2014). *Derecho internacional de los derechos humanos y Derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- CABRERA MARTÍN, MARTA. (2018). «Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Septiembre-Diciembre 2017», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 59.
- CANOTILHO, J. J. GOMES e MOREIRA, VITAL. (2014). *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora.
- DUTE, JOSEPH. (2016). «European Court of Human Rights. ECHR 2016/4 Case of Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, 15 December 2015, no. 56080/13 (Fourth Section)», *European Journal of Health Law*, vol. 23, n.º 1.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. (2013). *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, Luxembourg, Publications Office of the European Union.
- FIGUEIREDO, EDUARDO. (2022). «Comentário ao artigo 11.º», in *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina – 20 Anos de Vigência em Portugal*, coords. João Loureiro, André Dias Pereira e Carla Barbosa, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- FIGUEIREDO, EDUARDO. (2021). *(R)evolução da legislação de saúde mental à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- FONSECA, RUI GUERRA DA. (2022). «Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: um modelo de ativismo judicial na afirmação do âmbito da sua jurisdição?», in *Direitos Humanos e Estado de Direito: Proteção do Quadro Europeu e Internacional*, orgs. Maria Luísa Duarte, Ana Rita Gil e Tiago Fidalgo de Freitas, Lisboa, AAFDL.
- GARBIN, CLÉA A. S. et al. (2009). «Bioética e HIV/Aids: discriminação no atendimento aos portadores», *Revista Bioética*, vol. 17, n.º 3.
- GOSSERIES, AXEL. (2015). *Pensar a justiça entre as gerações: do caso Perruche à reforma das pensões*, trad. Joana Cabral, Coimbra, Almedina.
- HARRIS, D. J. et al. (2014). *Law of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press.
- HOWARD, THOMAS. (2020) «A review of Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal (56080/13) (GC): Strasbourg's approach to the right to life in medical negligence cases», *The Oxford University Undergraduate Law Journal*.
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *General Comment no. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, 30.10.2018.
- KAPELANSKA-PREGOWSKA, JULIA. (2019). «Medical negligence, systemic deficiency, or denial of emergency healthcare? Reflections on the European Court of Human Rights grand chamber judgement in Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal of 19 december 2017 and previous case-law», *European Journal of Health Law*, n.º 26.
- LAVRYSEN, LAURENS. (2018). «Medical negligence after Lopes de Sousa Fernandes: a blank check to the member states with respect to the substance of the right to life?», *Strasbourg Observer*, disponível em <https://strasbourgobservers.com/2018/02/08/>

- medical-negligence-after-lopes-de-sousa-fernandes-a-blank-check-to-the-member-states-with-respect-to-the-substance-of-the-right-to-life/ (consultado a 14 de março de 2023).
- LOUREIRO, JOÃO. (2016). «Em busca de um direito da saúde em tempos de risco(s) e cuidado(s): sobre a incerteza do(s) nome(s) e da(s) coisa(s)», in *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. 1, coords. João Loureiro, André Dias Pereira e Carla Barbosa, Coimbra, Almedina.
- LOUREIRO, JOÃO. (2003). *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, vol. 1, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- LOUREIRO, JOÃO. (2001). «Aegrotationis medicinam ab iure peto? Notas sobre saúde, a doença e o direito», *Cadernos de Bioética*, n.º 25.
- LOVELOCK, JAMES. (2020). *Gaia – Um novo olhar sobre a vida na Terra*, trad. Maria Georgina Segurado e Pedro Bernardo, Lisboa, Edições 70.
- MARINIELLO, TRIESTINO (ed.). (2021). *Judge Pinto de Albuquerque and the progressive development of international human rights law*, Leiden, Brill/Nijhoff.
- MONGE, CLÁUDIA. (2019). «O direito fundamental à proteção da saúde», *e-pública*, vol. 6, n.º 1.
- MOREIRA, FÁTIMA CASTRO. (2019). «Direito à saúde», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. 1, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Lisboa, Universidade Católica Editora.
- OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS e WORLD HEALTH ORGANIZATION. (2008). *The right to health: fact sheet no. 31*, Geneva, United Nations.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Cobertura universal da saúde (CUS)*, 12 de dezembro de 2022, disponível em <https://www.who.int/world-health-day/world-health-day-2019/fact-sheets/details/universal-health-coverage-uhc>.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *One health*, 21 de setembro de 2017, disponível em <https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/one-health>.
- PEREIRA, ANDRÉ DIAS. (2006). «Discriminação de um trabalhador portador de VIH/SIDA: estudo de caso», *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 6.
- REY MARTINEZ, FERNANDO e NETO, LUÍSA (coords.). (2021). *Direito antidiscriminatório*, Lisboa, AAFDL.
- RODRIGUES, CARLOS e CAMPINA, ANA. (2022). «O direito à saúde e o SNS em Portugal – uma interpretação de acordo com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Constituição da República Portuguesa», *RJLB*, n.º 4.
- RUEFF, MARIA DO CÉU. (2022). «VIH/Sida, segredo médico, tratamento não-discriminatório e princípios relevantes», in *Direito da Medicina: Estudos e Pareceres*, Maria do Céu Rueff, Coimbra, Almedina.
- SOSA, SUSANA AIRES DE. (2014). «Saúde pública, direito penal e “novos riscos”: um triângulo com lados desiguais», in *Direito(s) dos Riscos Tecnológicos*, coord. Carla Amado Gomes, Lisboa, AAFDL Editora.
- TALAVERA, PEDRO. (2016). «El actual paradigma subjetivista de la salud y sus repercusiones en su configuración como derecho humano y su cobertura universal», in *Bioética y Nuevos Derechos*, EE. José Antonio Santos, Marta Albert e Cristina Hermida, Granada, Editorial Comares.
- VALE, LUÍS MENESES DO. (2012). «Sobre o sentido jurídico do acesso aos bens sociais fundamentais: a “jurisprudência doutrinal” da ONU em matéria de saúde», *e-cadernos CES*, n.º 15.

- VEDOVATO, LUÍS RENATO. (2021). «O caso Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal: Levando o direito a tratamentos de saúde e o caso concreto a sério», in *Corte Europeia dos Direitos Humanos: Comentários dos Votos do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque*, org. André de Carvalho Ramos, S. Paulo, Tirant lo Blanch.
- VISCONTI, ANNA CAMILLA. (2021). «Salute», in *Diritti Umani: Protezione Internazionale e Ordinamenti Nazionali*, coords. Luca Mezzetti e Caterina Drigo, Pisa, Pacini Giuridica.
- WILLIAMS, DAVID R. *et al.* (2019). «Understanding how discrimination can affect health», *Health Services Research*, vol. 52, n.º 2.

S. J. c. Bélgica

A aparente inexistência de *ratio decidendi* na discriminação dos migrantes em fase terminal da vida no acesso a cuidados médicos no país de acolhimento

LUÍSA NETO*

1. Razão de ordem

O pedido *sub judice* respeita, em síntese, a pedido apresentado em 30 de novembro de 2010 por S.J., requerente nigeriana chegada à Bélgica no verão de 2007. A 30 de julho de 2007, quando estava grávida de oito meses, apresentou um pedido de asilo em que declarou ter fugido do seu país após a família do pai da criança a ter tentado pressionado a fazer um aborto.

O referido pedido foi analisado ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 343/2003 do Conselho, de 18 de fevereiro de 2003, que estabelece os critérios e mecanismos para determinar o Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro («o Regulamento Dublin II»), tendo sido verificado que a mesma requerente havia já previamente apresentado pedido junto do Estado de Malta, aceite a 17 de setembro de 2007.

No entanto, a requerente permaneceu na Bélgica por causa do pedido de autorização que aí havia já à data supervenientemente apresentado.

2. Recusa de autorização para permanecer por motivos médicos e ordem de expulsão

Em 30 de novembro de 2007, a requerente apresentou um pedido de autorização para permanecer por motivos médicos. O pedido foi considerado admissível e emitida autorização para permanecer na Bélgica durante três meses, em virtude de apresentação de certificado médico atestando ser a requerente seropositiva e estando, por essa razão, impossibilitada de viajar durante seis meses.

No entanto, tendo o Serviço de Estrangeiros comprovado que adequado tratamento estava acessível em Malta a não nacionais, a 4 de agosto de 2008 foi considerado que estaria em condições de viajar a partir de 1 de setembro seguinte: «[De] um ponto de vista médico (...) embora [a SIDA] possa ser considerada como uma doença que implica um risco real para a vida ou bem-estar físico, no caso

* Professora Associada com Agregação da Faculdade de Direito da UPorto. Membro do CIJ-FDUP.

presente não se considera a requerente correr o risco de tratamento desumano ou degradante, uma vez que o tratamento está disponível em Malta».

Assim, a 20 de agosto de 2008, e com os referidos fundamentos, o Serviço de Estrangeiros recusou o pedido de autorização para permanecer por razões médicas. Da impugnação administrativa de tal recusa, resultou o reexame de tal decisão e a indagação da possibilidade de tratamento (e consequente possível regresso) na Nigéria.

No entanto, tal processo viria a ser rejeitado pelo *Commissioner General for Refugees and Stateless Persons* belga a 25 de maio de 2010. Entre outros fatores, o *Commissioner General* observou que a requerente não informara ter apresentado um pedido de asilo noutra país, não havia logrado explicar como tinha viajado para a Bélgica ou quanto tempo tinha passado em Malta ou a identidade exata das pessoas com quem tinha vivido na Nigéria.

A decisão foi ainda, sem sucesso, objeto de impugnação administrativa sem sucesso, já que em 17 de setembro de 2010 o Conselheiro Médico do Serviço de Estrangeiros emitiu o seguinte parecer: «[Do] ponto de vista médico, a infeção da requerente, embora possa ser considerado como implicando um risco real para a vida ou bem-estar físico se não for tratado num de forma apropriada e não é controlado, não envolve um risco real de desumanidade ou tratamento degradante, dado que o tratamento e o controlo em questão estão disponíveis na Nigéria. Não há, portanto, objeções médicas ao regresso do candidato a Nigéria, o seu país de origem». Este fundamento determinou a ordem de expulsão a 22 de novembro de 2010.

Defendeu a requerente corresponder a expulsão a violação do ordenamento jurídico aplicável – *v.g.*, artigos 3.º, 8.º e 13.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante, CEDH) e Diretiva n.º 2004/83/CE –, por consubstanciar «tratamento desumano e degradante», devido ao facto de a complexa terapia anti-retroviral que garantiu a sua sobrevivência não estar disponível nem acessível na Nigéria, bem como à possibilidade da sua morte prematura se prever em condições particularmente desumanas face aos seus três filhos menores.

No entanto, análise subsequente – *v.g.*, pelo *Conseil d'État* – considerou inadmissível qualquer reapreciação graciosa.

Trazida a questão perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em 26 de agosto de 2014, recebeu aquele Tribunal uma proposta de acordo amigável nos termos e com os seguintes fundamentos, fazendo ressaltar [com base na lei de 1980] a regularização da situação de residência da recorrente e respetivos filhos. O mesmo acordo foi aceite a 11 de setembro de 2014, com oposição no entanto de duas condições: autorização incondicional para permanecer no Estado belga; indemnização (7000 euros *ex aequo et bono*) pelos danos patrimoniais e morais sofridos devido à decisão de recusa de autorização e de consequente expulsão. Estas condições foram aceites pelo Estado belga, tendo o Tribunal considerado que o referido acordo respeitava os direitos humanos definidos na Convenção e seus Protocolos (artigo 37.º, § 1, *in fine* da Convenção), assim determinando o final do processo, por dezasseis votos contra um.

3. A (inexistente) *ratio decidendi*: a discriminação dos migrantes em fase terminal da vida no acesso a cuidados médicos no país de acolhimento

Como resulta claro, o Tribunal não avaliou a substância dos interesses em litígio.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (PPA) subscreveu o voto dissidente neste Acórdão, na senda do parecer separado dos Juízes TULKENS, JOČIENĖ, POPOVIĆ, KARAKAŞ e RAIMONDI em *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, em que se apelava já ao TEDH a reconsideração do «infeliz» princípio enunciado no caso *N. c. Reino Unido*¹, pugnando pela merecida continuação da análise do pedido, em conformidade com o artigo 37.º, § 1, segundo parágrafo, da CEDH, enquanto corolário do princípio da proteção «muito excecional» dos doentes graves estrangeiros ilegais, *rectius*, da proteção decente de qualquer ser humano «gravemente doente» na Europa.

A decisão do caso N. implicou considerar que os estrangeiros residentes ilegalmente não beneficiam de proteção da Convenção, nomeadamente de qualquer obrigação positiva por parte do Estado a garantir o tratamento sanitário necessário para uma vida em perigo ou doença grave, quando é previsível a violação do artigo 3.º da CEDH. Mas como refere PPA, este princípio não resiste a uma análise mais aprofundada, seja em virtude da força jurídica estrita do artigo 3.º da Convenção que não admite juízos de prognose *ex ante*, seja por confundir planos morais – enleados com ponderações económicas – com exigências jurídicas.

Ora, segundo as regras do direito internacional, os Estados devem garantir a proteção dos direitos humanos de todos quantos estão na sua área de jurisdição, independentemente da sua nacionalidade. À luz dos artigos 1.º e 5.º da CEDH, não deverá, portanto, haver lugar a discriminação em razão da nacionalidade nos processos de controlo de imigração. Ainda que o n.º 1 do artigo 6.º da CEDH não se aplique aos procedimentos que regulam a cidadania ou entrada ou residência ou deportação de um cidadão estrangeiro, implicando a necessária articulação com o n.º 1 do artigo 5.º do mesmo instrumento normativo, em conformidade com a legislação interna, mas também com os critérios da *rule of law*, diretamente relacionados

¹ *N. c. Reino Unido* (P. n.º 26565/05, 27 maio 2008 [GC]) é de facto caso homotético deste que se analisa.

N. originária de St. Kitts (nas Caraíbas), detida por posse de cocaína aquando da sua chegada ao Reino Unido, foi condenada a seis anos de prisão. Tendo sido descoberto que sofria de SIDA, antes da sua libertação, foi dada ordem para a sua deportação para São Cristóvão. Afirmou que a sua deportação reduziria a sua esperança de vida, uma vez que nenhum tratamento do tipo que tinha recebido no Reino Unido estava disponível em São Cristóvão. O Tribunal salientou que os estrangeiros que tivessem cumprido as suas penas de prisão e estivessem sujeitos a expulsão não poderiam, em princípio, reivindicar qualquer direito de permanecer no território de um Estado da Convenção para continuar a beneficiar de assistência médica, social ou outra forma de assistência prestada pelo Estado expulsor durante a sua permanência na prisão. Contudo, atendendo às circunstâncias excecionais do estado da sua doença e da dependência do tratamento que vinha a receber, havia um sério perigo de que as condições de vida adversas em St. Kitts reduzissem a sua esperança de vida e a sujeitassem a um sofrimento agudo, assim sendo desconforme ao artigo 3.º da CEDH (proibição de tratamentos desumanos ou degradantes).

com a acessibilidade, precisão e elegibilidade dos padrões de detenção (e, também, dos processos de expulsão e deportação)², a consideração sistemática impõe-se sobremaneira no caso de cidadãos ditos vulneráveis (por exemplo, cidadãos que procuram asilo noutra país por se sentirem em perigo de vida no país de proveniência e/ou que obstem à expulsão em virtude do respetivo estado de saúde).

Nas palavras de PPA: «O raciocínio jurídico é abandonado a favor da política. A proteção do direito [...] já não é objeto de uma obrigação do Estado, mas de uma obrigação mais ou menos política obscura de misericórdia que pode variar em cada Estado de acordo com a sensibilidade política do Governo no poder.» A crítica não podia ser mais certa. Uma correta apreensão de direito antidiscriminatório³ implica não apenas extrair consequências de um conceito jurídico de igualdade (do conteúdo da lei e perante a aplicação da lei) que deve temperar a dimensão formal com a dimensão real de oportunidades e equidade. Uma pretendida desigualdade também juridicamente fundada não pode centrar-se em indiferenciação mas antes fazer relevar a vulnerabilidade enquanto fulcro de um novo *apport* que assuma três pressupostos:

- a) A consideração da proteção da vulnerabilidade e do dever de «cuidado» como tarefas do Estado;
- b) A discussão das relações entre vulnerabilidade e estereótipo⁴, no que tange à previsão e à aplicação de normas estaduais;
- c) A relevância da discriminação múltipla e interseccional.

É da proteção, da discriminação positiva, da atenção à diferença que resulta não raro em uma necessidade de compensação da referida «vulnerabilidade», conceito muito lato e não unívoco para todos os ramos do Direito, mas que combina uma justificação médica e uma justificação social⁵. Ainda que seja um termo polissémico, levando em conta a respetiva origem latina, *vulnerare* refere-se ao caráter do que

² Este critério ficou claro no Acórdão *Amuur c. França* em 1996: «In order to ascertain whether a deprivation of liberty has complied with the principle of compatibility with domestic law, it therefore falls to the Court to assess not only the legislation in force in the field under consideration, but also the quality of the other legal rules applicable to the persons concerned. Quality in this sense implies that where a national law authorises deprivation of liberty – especially in respect of a foreign asylum-seeker – it must be sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness. These characteristics are of fundamental importance with regard to asylum-seekers at airports, particularly in view of the need to reconcile the protection of fundamental rights with the requirements of States' immigration policies.»

³ Cfr. *passim*, FERNANDO REY MARTÍNEZ e LUÍSA NETO, 2021, *Direito Antidiscriminatório*, Lisboa, AAFDL, e LUÍSA NETO, 2022, «Vulnerabilidade e cuidado: Uma abordagem de direitos humanos», *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 12, n.º 1, DOI: 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1260, pp. 164-178.

⁴ Sobre a específica relevância jurídica destes conceitos, com ênfase na jurisprudência do TEDH, v. *inter alia* LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, 2013, «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n.º 4, pp. 1056-1085, pp. 1074 ss.

⁵ A. BRODIEZ-DOLINO, 2015, «La vulnérabilité, nouvelle catégorie de l'action publique», *Informations sociales*, vol. 188, n.º 2, p. 10, e LUÍSA NETO e RUTE TEIXEIRA PEDRO, 2020, «Rapport portugais

apresenta fragilidade e pode ser atacado ou sujeito a especial dano. A propriedade ganhou nas últimas décadas cada vez mais significado relacional, no sentido de que deixou de ser vista como uma característica individual do próprio sujeito, para se tornar uma característica que se manifesta na relação do sujeito com o contexto em que ele está inserido⁶. Noutra aceção necessariamente correlacionada, o princípio da «vulnerabilidade» é também um densificador daquela outra basilar da dignidade humana – a par da responsabilidade e da solidariedade –, no qual a bioética e o biodireito se baseiam desde a década de 1970 por via do desenvolvimento dos princípios clássicos de Beaumont e Childress e do Relatório Belmont.

Neste sentido, a definição de vulnerabilidade é hoje essencialmente relacional, decorrente de uma justificação social paramétrica e, portanto, suscetível de universalidade, e podendo afetar qualquer pessoa de maneira episódica ou permanente.

Ora, são estes os parâmetros da reflexão a empreender quanto ao conteúdo da obrigação positiva a cargo do Estado de promoção de uma vida decente que pode implicar a provisão de reduções ou isenções de certos bens e serviços (assistência médica ou acesso a medicamentos). De facto, dar maior proteção a certos grupos da população na prestação de cuidados de saúde (que são inerentes ao tratamento de certas situações clínicas ou resultam do estabelecimento de programas de triagem, medidas preventivas e diagnóstico precoce), para fortalecer a prevenção primária e secundária, reduzindo as desigualdades entre os cidadãos em termos de acesso à saúde, impõe políticas de diferenciação positivas direcionadas aos cidadãos ou grupos⁷ mais vulneráveis – ponderados os níveis de risco para a saúde e o nível de insuficiência económica.

A igualdade e a vulnerabilidade são, portanto, concretização da dignidade humana, representando a consideração de uma capacidade abstrata e potencial de autodeterminação, mas também fazendo destacando a necessidade de articulação com um princípio de solidariedade intercomunitária e de universalização em uma perspetiva multinível de direitos de proteção.

4. A exceção à exceção

Sabemos que a proibição de discriminação em razão da nacionalidade tem de ser confrontada com a distinção, também admitida pelo Direito Internacional,

Questionnaire Vulnerabilité et intégrité physique», in *Vulnerabilité*, Association Henri Capitant, Journées Québécoises, Tome LXVIII, Bruxelles, Bruylant et LB2V, 2020, pp. 485-510.

⁶ Sem tempo aqui para uma referência mais exaustiva, devemos distinguir dois conceitos que, apesar das inter-relações existentes entre eles, não podem ser confundidos, quais sejam os da «vulnerabilidade» e do «risco». O primeiro refere-se à resiliência frente às ameaças que cada um enfrenta, ao passo que o risco se refere à exposição a perigos que podem causar vários danos.

⁷ Refiram-se em seguida alguns exemplos de decisões do TEDH quanto à emergência dos requerentes de asilo como grupos vulneráveis: *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, P. n.º 30696/09, 21 janeiro 2011 (requerentes de asilo); *Takarel c. Suíça*, P. n.º 20217/12, 4 novembro 2014 (menores requerentes de asilo); *Biao c. Dinamarca*, P. n.º 38590/10, [GC], 24 maio 2016 (direito de imigração).

entre cidadãos e estrangeiros, que atua como um «limite ao princípio da não discriminação»⁸, por um lado, e com a tradicional liberdade soberana reconhecida aos Estados para determinar quem são os seus nacionais, bem como para determinar quem entra e sai do território – se bem que, em ambos os casos, com limites (designadamente os limites à expulsão resultantes da jurisprudência do TEDH com base na proteção da vida familiar ao abrigo do artigo 8.º da CEDH).

A jurisprudência de Estrasburgo⁹ vem precisamente protegendo alguns grupos vítimas de discriminação sistemática, de preconceitos e de estereótipos, assinalando a existência de deveres positivos e/ou de proteção acrescida dos Estados perante grupos vulneráveis em função da sua situação ou debilidades específicas, o que se traduz num entendimento substantivo da igualdade¹⁰.

Assim, como escreve FERNANDO ARLETTAZ, «uma diferença de tratamento entre nacionais e estrangeiros (ou entre estrangeiros de diferentes nacionalidades) não pode ser considerada *per se* como contrária ao Direito Internacional. Sem embargo, ao aplicar a distinção entre nacionais e estrangeiros (ou entre estrangeiros de diferentes nacionalidades), o Estado deve fazê-lo de modo objetivo e razoável. Caso contrário, a distinção colidirá com o princípio da não discriminação»¹¹, como aliás resulta de doutrina clara do Acórdão *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas c. Áustria* (P. n.º 40825/98, de 31 julho 2008), em que o Tribunal referiu que «(...) uma diferença de tratamento é discriminatória se não tiver uma justificação objetiva e razoável, ou seja, se não prosseguir um fim legítimo ou se não houver uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim pretendido realizado».

Entendamo-nos: não parece que esta seja seara para ponderação do artigo 14.º CEDH. A discussão da discriminação está hoje transposta para a discussão de vulnerabilidade, com atenção para as perspetivas de tratamento justo: as categorias das quais se suspeita ou desconfia tradicionalmente são hoje menos tratadas diante da consideração das circunstâncias concretas da pessoa e da possível discriminação que é, de facto, multifatorial e cruzada.

A consideração da vulnerabilidade e a demanda por cuidados específicos substituem, portanto, a estrita provisão de direitos e/ou um princípio genérico de igualdade: o conceito de vulnerabilidade verte-se em padrão normativo de responsabilizante omissão de auxílio.

⁸ FERNANDO ARLETTAZ, 2014, *Extranjeros e inmigrantes: cuatro cuestiones de Derecho Internacional y Filosofía Jurídica*, Aequitas/Aranzadi, p. 73 (tradução nossa).

⁹ Assim como o TEDH, o Tribunal de Justiça da União Europeia também prevê um regime excecional ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, caso as medidas aplicáveis pelo Estado Membro sejam justificáveis por razões de interesse público, isto é, saúde, ordem e segurança públicas, e proporcionais ao objetivo visado.

¹⁰ PERONI e TIMMER, ob. cit., pp. 1074 ss.

¹¹ FERNANDO ARLETTAZ, *Extranjeros e inmigrantes: cuatro cuestiones de Derecho Internacional y Filosofía Jurídica*, ob. cit., p. 74 (tradução nossa).

5. Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE. (2015). «Discriminação de Migrantes, L'abstention de porter assistance à une personne en péril à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit belge», in Joseph Casadevall e outros (eds.), *Liber Amicorum Dean Spielmann*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, pp. 495-502.
- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE. (2020). «The Demise of the Rights of Migrants and Refugees under the European Convention on Human Rights», in Andras Sajo e Renata Uitz (eds.), *Critical Essays on Human Rights Criticism*, The Hague, Eleven, pp. 227-246.
- ARLETTAZ, FERNANDO. (2014). *Extranjeros e inmigrantes: cuatro cuestiones de Derecho Internacional y Filosofía Jurídica*, Aequitas/Aranzadi.
- ARNARDÓTTIR, ODDNÝ. (2014). «The Differences That Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation Under Article 14 of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 14, n.º 4, pp. 647, 657.
- BRODIEZ-DOLINO, A. (2015). «La vulnérabilité, nouvelle catégorie de l'action publique», *Informations sociales*, vol. 188, n.º 2, p. 10.
- FREDMAN, S. (2011). *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford.
- FREDMAN, S. (2016). «Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 16, n.º 2.
- GERARDS, J. (2013). «The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 13, n.º 1, p. 99.
- IPPOLITO, F. e SÁNCHEZ, S. I. (eds.). (2015). *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*, Hart Publishing.
- NETO, LUÍSA. (2022). «Vulnerabilidade e cuidado: Uma abordagem de direitos humanos», *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 12, n.º 1, DOI: 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1260.
- NETO, LUÍSA; LEÃO, A. e GRACIA IBÁÑEZ, J. (eds). (2019). *Atas do Seminário Nós e os Outros: Alteridade, Políticas Públicas e Direito*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto/ Centro de Investigação Jurídico Económica. Disponível em: https://cije.up.pt/client/files/0000000001/atas-seminario-nos-e-os-outros-2019-fdup_1573.pdf.
- NETO, LUÍSA; LEÃO, A. e GRACIA IBÁÑEZ, J. (eds). (2021). *Vulnerabilidade e Direitos: género e diversidade*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto e CIJE.
- NETO, LUÍSA e PEDRO, RUTE TEIXEIRA. (2020). «Rapport portugais Questionnaire Vulnérabilité et intégrité physique», in *Vulnérabilité*, Association Henri Capitant, 2020, Journées Québécoises, Tome LXVIII, Bruxelles, Bruylant et LB2V, pp. 485-510.
- PERONI, LOURDES e TIMMER, ALEXANDRA. (2013). «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», *Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n.º 4, pp. 1056-1085.
- REY MARTINEZ, FERNANDO e NETO, LUÍSA (2021). *Direito Antidiscriminatório*, Lisboa, AAFDL.

CAPÍTULO XII

**EFEITOS DISCRIMINATÓRIOS DAS
NOVAS TECNOLOGIAS**

Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido

Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido

Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland

Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido

Direitos Humanos na era do capitalismo de vigilância.
O fim do direito à privacidade?

SÍLIA DA GRAÇA AMARAL GOMES RICARDO PINTO*

Resumo: O presente artigo visa constituir um comentário à opinião dissidente de Paulo Pinto de Albuquerque, Juiz português junto do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), proferida no acórdão de 25 de maio de 2021, subordinado ao caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*.

O acórdão reativa o debate da problemática da admissibilidade de restrições ao direito ao respeito pela vida privada e familiar, abreviadamente, direito à privacidade e ao direito de liberdade de expressão, consagrados, respetivamente, nos artigos 8.º e 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), no que concerne ao cumprimento do regime legal sobre as interceções em massa de comunicações, a aquisição e o tratamento de dados, bem como a partilha de dados interinstitucional e transnacional, entre Estados e Agências de Inteligência.

A opinião dissidente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque recai, nomeadamente, sobre a motivação da admissibilidade das interceções em massa invocada pelo Reino Unido e a consequente legitimação da intervenção do poder executivo. Tece, também, considerações sobre a *quality of law* do regime legal de interceções em massa e a partilha de dados interinstitucional e transnacional, com outros Estados e Agências de Inteligência vigentes no Reino Unido.

Em suma, na sua opinião dissidente, torna-se patente uma preocupação justificada perante a adoção de argumentos jurisprudenciais de alguma ambiguidade, que descaram uma garantia da *law quality* potenciadora da salvaguarda dos direitos fundamentais consagrados na CEDH e, por seu turno, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

Palavras-chave: Interceções em massa; privacidade; segurança nacional; *law quality*; capitalismo de vigilância.

1. Introdução

O presente artigo visa constituir um comentário à opinião dissidente de PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Juiz português junto do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), proferida no acórdão de 25 de maio de 2021, subordinado ao caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*¹.

* Programa Doutoral em Estudos sobre a Globalização. FCSH-UNL.

¹ *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, Petições n.ºs 58170/13, 62322/14 e 24960/15, de 25 de maio de 2021.

O acórdão do TEDH relança o debate da problemática da admissibilidade das interações em massa de comunicações, com vista à recolha de dados, ao tratamento de informação e a partilha de dados interinstitucional e transnacional, entre Estados e Agências de Inteligência, sob a égide da proteção do interesse da segurança nacional, como instrumento propício a potenciar a violação dos Direitos Humanos (DH) consagrados na CEDH², designadamente, o direito ao respeito pela vida privada e familiar, que abreviadamente designamos por direito à privacidade³, e o direito de liberdade de expressão⁴, consagrados, respetivamente, nos artigos 8.º e 10.º da CEDH.

As petições em apreço foram fruto do impacto global das divulgações de 2013, por parte de EDWARD SNOWDEN⁵, antigo funcionário da National Security Agency (NSA) dos Estados Unidos da América, posteriormente vertidas na sua autobiografia *Permanent Record* (Snowden, 2019)⁶. As divulgações sobre a utilização de programas de vigilância em massa e de espionagem por Agências de Inteligência do Reino Unido e dos Estados Unidos da América, e sobre a consequente partilha da informação interinstitucional e transnacional, entre Estados e Agências de Informação, geraram movimentos sociais contra a restrição, sem precedentes, dos seus direitos fundamentais, sob o subterfúgio da garantia da segurança nacional,

² CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (CEDH), 1950, European Court of Humans Rights. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf (consultado a 15 de outubro 2022).

³ *Ibidem*, p. 11 – Artigo 8.º – Direito ao respeito pela vida privada e familiar:

- «1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.»

⁴ *Ibidem*, p. 12 – Artigo 10.º – Direito de liberdade de expressão:

- «1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.
2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.»

⁵ EDWARD SNOWDEN, antigo funcionário da NSA, que em 2013 procedeu à divulgação de informação classificada como confidencial e como segredo de Estado e que provocou um impacto global social pela patente intrusão oculta na esfera privada e pessoal do cidadão, dando aso a uma perceção social da prepotência do Estado na violação dos Direitos Humanos de privacidade e de liberdade de expressão.

⁶ EDWARD SNOWDEN, 2019, *Permanent Record*, New York, Picador Metropolitan Books.

equiparando-se a um movimento contra o ineditismo, da normalização da anormalidade, na expressão de ZUBOFF⁷.

No acórdão *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*⁸ ficou evidenciado a precariedade da proteção dos DH consagrados na CEDH face ao impacto da ingerência do Estado e suas Agências de Inteligência nas comunicações, designadamente, de interceções em massa. A Grande Câmara⁹ do TEDH¹⁰, no acórdão em apreço, sumariamente, decidiu, no geral, que a conduta descrita desenvolvida por parte do Reino Unido consubstanciava a violação do artigo 8.º, o direito ao respeito pela vida privada e familiar, e do artigo 10.º, direito da liberdade de expressão¹¹, ambos da CEDH. A argumentação de defesa do Reino Unido, contudo, também colheu parcialmente aceitação pela maioria dos juízes que constituíam a Grande Câmara do TEDH, para o julgamento do mencionado caso concreto, nomeadamente, quanto à motivação invocada para a legitimidade da autorização e da admissão da interceção em massa nas comunicações, quanto à suficiência dos requisitos do regime de recolha de dados obtidos com as interceções em massa e quanto à partilha de informação interinstitucional e transnacional, entre Estados e Agências de Inteligência.

Neste contexto, consideramos pertinente tecer alguns comentários à opinião dissidente de PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Juiz português junto do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), proferida no mencionado acórdão de 25 de maio de 2021, subordinado ao caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, em virtude da sua argumentação traduzir a ambivalência sentida, aquando da aceitação da adoção de conceitos abstratos abertos ou, até, a de uma aparente presença de separação de poderes entre o executivo e o judicial. Ou seja, originando circunstâncias propícias a permitir a permeabilidade da garantia da proteção dos DH plasmados na CEDH e a condicionar a natureza intrínseca do próprio Estado de Direito Democrático.

Assim, readaptando a imagem do exame às placas de Petri de ZUBOFF¹² pipetadas, agora, por seu turno, com o ADN do caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*¹³, seria, porventura, extraível a presença de um capitalismo de vigilância, exercido pelo Estado e suas Agências de Informação, sob a égide da garantia da segurança nacional, baseado na experiência humana como fonte de matéria-prima, que desafia a consciencialização do futuro efeito impactante nos DH consagrados na CEDH¹⁴. E, nesta conjuntura, «*in the mine-field of human rights in the digital age*»,

⁷ SHOSHANA ZUBOFF, 2019, *A era do capitalismo da vigilância: A disputa por um futuro humano na nova fronteira do poder*, Lisboa, Relógio d'Água, p. 27.

⁸ *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, de 25 de maio de 2021, cit. 1.

⁹ Grande Câmara do Tribunal Europeu dos direitos Humanos (TEDH) – Grande Câmara constituído por 17 juízes designados por sorteio, com exceção do Presidente do Tribunal, dos Vice-Presidentes, dos Presidentes das Secções e do Juiz Nacional.

¹⁰ Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) – A sua criação, composição, competência e funcionamento encontram-se previstos nos artigos referentes ao Título II – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – e Título III – Disposições Diversas –, ambos da CEDH.

¹¹ CEDH, cit. 2, pp. 11-12.

¹² SHOSHANA ZUBOFF, cit. 7, p. 39.

¹³ *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, de 25 de maio de 2021, cit. 1.

¹⁴ CEDH, cit. 2.

na expressão de FABBRINI¹⁵, somente o TEDH, através da sua voz, poderá garantir esta inerente proteção aos DH, incindíveis ao ser humano, ao Estado de Direito Democrático e às relações sociais¹⁶.

O presente comentário integra um capítulo de introdução referente às matérias em apreciação e estrutura adotada, um segundo capítulo incidindo sobre um enquadramento contextual social e jurídico do caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*¹⁷, um terceiro sobre as considerações tecidas à opinião dissidente do Juiz PAULO PINTO ALBUQUERQUE ao acórdão proferido pela Grande Câmara do TEDH no caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido* (2021)¹⁸, e, por último, as conclusões finais.

Face ao exposto, resta-nos exaltar a pertinência da opinião dissidente do nosso *mui* ilustre Juiz do TEDH, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, no presente comentário.

2. Enquadramento contextual social e jurídico do caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*

O acórdão do TEDH de 25 de maio de 2021 proferido pela Grande Câmara¹⁹ do TEDH²⁰ subordinado ao caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*²¹ integra, entre outras, a opinião dissidente de PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Juiz português junto do TEDH.

O acórdão do TEDH reativa o debate da problemática da admissibilidade das interceções em massa de comunicações, com vista à recolha de dados, ao tratamento da informação e subsequente partilha de dados obtidos entre Estados e suas Agências de Inteligência, tendo como causa subjacente, à fundamentação do pedido, a proteção do interesse da segurança nacional, como instrumento legal excecional de restrição dos Direitos Humanos consagrados na CEDH, designadamente, o direito ao respeito pela vida privada e familiar, que abreviadamente designamos por direito à privacidade²², e o direito de liberdade de expressão²³, consagrados, respetivamente, nos artigos 8.º e 10.º da CEDH.

O acórdão do TEDH de 25 de maio de 2021 engloba a apreciação das matérias de três petições (Petições n.ºs 58170/13, 62322/14 e 24960/15)²⁴ apresentadas contra

¹⁵ FREDERICO FABBRINI, 2015, «*The EU Charter of Fundamental Rights and the Rights to Data Privacy: The EU Court of Justice as a Human Rights Court*», in *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five years Old and Growing*, Oxford, Hart Publishing, p. 21. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2576214 (consultado a 20 de dezembro 2022).

¹⁶ SHOSHANA ZUBOFF, cit. 7, pp. 35-38.

¹⁷ *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, de 25 de maio de 2021, cit. 1.

¹⁸ *Ibidem*, cit. 1.

¹⁹ CEDH, cit. 2, p. 16.

²⁰ *Ibidem*, pp. 15-33.

²¹ *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, de 25 de maio de 2021, cit. 1.

²² CEDH, cit. 2, p. 11.

²³ *Ibidem*, p. 12.

²⁴ *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, de 25 de maio de 2021, cit. 1.

o Reino Unido ao abrigo do artigo 34.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, conhecida por Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)²⁵. Os requerentes são constituídos por jornalistas e organizações não governamentais (ONG), como Big Brother Watch, English PEN, Open Rights Group e Constanze Kurz, representante do Computer Chaos Club (Petição n.º 58170/13); Bureau of Investigative Journalism (BIJ) e Alice Ross, jornalista e membro do BIJ (Petição n.º 62322/14); Amnesty International Limited, Bytes for All, The National Council for Civil Liberties, The American Civil Liberties Union, The Canadian Civil Liberties Association, The Egyptian Initiative for Personal Rights, Társaság a Szabadságjogokért, An Chomhairle um Chearta Daonna e The Legal Resources Centre (Petição n.º 24960/15).

As petições foram fruto do impacto global das divulgações de 2013 de EDWARD SNOWDEN, vertidas na sua autobiografia *Permanent Record*²⁶ sobre a utilização de programas de vigilância em massa e de espionagem por parte do Governo do Reino Unido e do dos Estados Unidos da América, bem como sobre a partilha de dados interinstitucional e transnacional, com outros Estados e Agências de Informação.

As três petições autónomas sustentaram a sua pretensão no argumento de que as interceções em massa efetuadas com a utilização de programas de vigilância em massa²⁷, como o PRISM²⁸ e o Upstream²⁹, contribuem para uma recolha global, sem precedentes, de dados e tratamento de informação resultante da interceção de dados pessoais, de tráfego e de conteúdo, por violação dos Direitos Humanos consagrados na CEDH, especificamente, no que concerne à privacidade e à liberdade de expressão, devido ao incumprimento legal do teor do disposto no *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*³⁰.

²⁵ CEDH, cit. 2.

²⁶ EDWARD SNOWDEN, *Permanent Record*, cit. 6.

²⁷ CASPAR BOWDEN, 2013, *The US National Security Agency (NSA) surveillance programmes (PRISM) and Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) activities and their impact on EU citizens' fundamental rights*, Brussels, European Parliament. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies> (consultado a 15 de novembro 2022).

²⁸ «On June 5th The Washington Post and The Guardian published a secret order made under s.215 of the PATRIOT Act requiring the Verizon telephone company to give the NSA details of all US domestic and international phone calls, and "on an ongoing basis". On June 6th the two newspapers revealed the existence of an NSA programme codenamed PRISM, which accessed data from leading brands of US Internet companies. By the end of the day a statement from Adm. Clapper (Director of NSA) officially acknowledged the PRISM programme and that it relied on powers under the FISA Amendment 2008 s.1881a/702.»

Ibidem, p. 14.

²⁹ «The slides published from the Snowden material feature references to "Upstream" collection programmes by the NSA adumbrated by various codewords. Data is copied from both public and private networks to the NSA from international fibre-optic cables at landing points, and from central exchanges which switch Internet traffic between the major carriers, through agreements negotiated with (or legal orders served on) the operating companies (and probably also by intercepting cables on the seabed¹⁹ when necessary).»

Ibidem, p. 15.

³⁰ *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*, 2001 (testimony of UK Parliament). Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/body/2001-03-26> (consultado a 18 de novembro 2022).

As três petições foram sujeitas à prévia apreciação e decisão da *Lower Chamber* do TEDH (Petições n.ºs 58170/13, 62322/14 e 24960/15 – *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, 2018), tendo subido para apreciação e decisão da Grande Câmara, originando o acórdão, ora, sujeito a comentário, quanto à opinião dissidente formulada pelo nosso *mui* ilustre Juiz nacional, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

Em consonância com a argumentação dos proponentes da petição, foram alegados, sobretudo, factos relacionados com o incumprimento de normas do direito interno relacionadas com a admissibilidade e os procedimentos legais a adotar na utilização, como recurso excecional, das interceções em massa de comunicações, e que consequentemente originaram a violação dos DH previstos nos artigos 8.º e 10.º da CEDH³¹.

Nestes termos, da vasta jurisprudência do TEDH, e em consonância com o *Guia Prático sobre a Admissibilidade*³², que para além de determinar a aceção do conceito de correspondência, também apresenta a sua concretização nos vários domínios de aplicação³³, designadamente, no que concerne interceções telefónicas, comunicações eletrónicas e navegação na *internet*. Alude para a distinção imperiosa entre os conceitos de correspondência e de ingerência, elencando para o efeito, a título de exemplificação, situações concretas associadas aos respetivos acórdãos dos casos que foram sujeitos à apreciação pelo TEDH³⁴.

Neste contexto e no espírito do entendimento jurisprudencial do TEDH, em consonância com a larga maioria dos ordenamentos jurídicos internos europeus, as interceções das comunicações constituem um meio oculto de obtenção de prova, alicerçado em pressupostos de admissibilidade de aplicação cumulativa, quanto ao objeto processual e aos requisitos materiais e formais. Possui um carácter excecional, só admissível como *ultima ratio*, no sentido de se constituir como o único meio viável para a obtenção da prova, ou seja, só sendo permitida quando se verifique uma impossibilidade efetiva de esta ser obtida de outra forma. Este meio só tem admissibilidade legal de utilização desde que seja indispensável para a investigação e que, simultaneamente, seja necessário à obtenção da prova. Este rigor legal, justificado, deve-se sobretudo à elevada danosidade social que lhe está associado, e resulta, implícito, da extrema intrusão deste meio oculto de obtenção de prova. Restringe, inequivocamente, os DH consagrados na CEDH, com uma específica incidência direta sobre o direito ao respeito pela vida privada e familiar³⁵ e o do direito de liberdade de expressão³⁶, consagrados, respetivamente, nos artigos 8.º e 10.º da mencionada CEDH.

³¹ CEDH, cit. 2, pp. 11-12.

³² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2017), *Guia prático sobre a admissibilidade*, pp. 107-109. Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_POR.pdf (consultado a 18 de novembro 2022).

³³ *Ibidem*, pp. 107-108.

³⁴ *Ibidem*, pp. 108-109.

³⁵ CEDH, cit. 2, p. 11.

³⁶ *Ibidem*, p. 12.

Face ao exposto, quando, perante as interceções em massa de comunicações, como a matéria em análise do caso em concreto, só se poderia impor, obrigatoriamente, uma observância absoluta deste rigor legal, considerando um potencial perigo efetivo de uma danosidade social global.

Assim, especificamente, atendendo à matéria do caso concreto, a alegação do perigo para a segurança nacional como motivação subjacente ao preenchimento dos pressupostos de admissibilidade das interceções em massa de comunicações, invocada pelo Reino Unido, colheu a aceitação maioritária por parte dos juízes da Grande Câmara do TEDH, tendo sido considerada, no caso em apreço, a arguição de uma suspeição razoável e razão suficiente para justificar este meio oculto de obtenção de prova. A alegação do perigo para a segurança nacional faz recair a competência de autorização para ordenar interceções em massa de comunicações no *Secretary of State*, retirando da alçada do poder judicial a apreciação da suficiência da fundamentação apresentada para autorizar e ordenar as respetivas interceções em massa das comunicações. No caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*³⁷, foi considerada que a motivação legal e a entidade competente para conceder a respetiva autorização, para este efeito específico, fora realizada em conformidade com o estipulado na alteração 5 (1-3, 4-7) do *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*³⁸.

No que concerne à matéria apreciada, relacionada com os procedimentos internos adotados no meio de obtenção de prova de interceções em massa de comunicações, por perigo de violação do sigilo das telecomunicações e da correspondência, importa considerar a jurisprudência anterior do TEDH, designadamente, o acórdão proferido pela 3.^a Secção da Grande Câmara do TEDH no caso *Weber e Saravia c. Alemanha* (2006)³⁹. O acórdão em apreço reflete a apreciação da matéria de facto e de direito, considerando o *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (GG, 1949)⁴⁰, especificamente, o disposto no artigo 10.^o do GG⁴¹ e, na data, as recentes alterações legislativas no direito interno alemão sobre a temática⁴² no *Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses* (2001)⁴³, no qual a com-

³⁷ *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, de 25 de maio de 2021, cit. 1.

³⁸ RIPA, cit. 30.

³⁹ *Weber e Saravia c. Alemanha*, Petição n.º 54934/00, de 29 de junho de 2006.

⁴⁰ GG – *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1949 (testimony of Deutscher Bundestag). Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> (consultado a 30 de novembro 2022).

⁴¹ *Ibidem*, GG – Artikel 10.

«(1) Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich.

(2) Beschränkungen dürfen nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. Dient die Beschränkung dem Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes, so kann das Gesetz bestimmen, daß sie dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und daß an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt.»

⁴² *Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses* (2001) (testimony of Deutscher Bundestag), pp. 1255-1259. Disponível em https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl101s1254.pdf%27%5D__1675614147370 (consultado a 30 de novembro 2022).

⁴³ *Ibidem*, pp. 1255-1259.

petência da Agência de Inteligência alemã foi alargada quanto à admissibilidade da utilização de interceções em massa de comunicações, sob observância cumulativa dos seguintes requisitos legais:

- Aplicação exclusiva nos casos de prática dos crimes de catálogo previstos;
- Sujeitos alvo identificados de acordo com palavras-chave especificadas;
- Limitação temporal máxima;
- Procedimentos de recolha, de análise, de uso e de preservação de dados pessoais, de tráfego e de conteúdo;
- Procedimentos de partilha de informação;
- Causa de justificação e procedimento de eliminação de dados;
- Autorização judicial prévia;
- Motivação da causa de pedido baseada em indícios suficientes e
- Posterior notificação do sujeito visado da interceção de que fora sujeito.

Assim, no caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*⁴⁴, a apreciação da matéria de facto foi tratada em consonância com os requisitos enunciados, que no caso *Weber e Saravia c. Alemanha*⁴⁵ foram considerados como adequados e necessários a garantir a proteção dos DH previstos nos artigos 8.º e 10.º da Convenção⁴⁶. Todavia, enquanto o direito interno germânico⁴⁷ previa a exigência dos últimos três requisitos enumerados, o direito interno do Reino Unido, ao invés, previa, a título excecional, a admissibilidade da autorização ser concedida pelo *Secretary of State* quando a motivação fosse a da segurança nacional, conforme alteração 5 (1-3) do RIPA⁴⁸, o que poderia impedir o assegurar de uma garantia de proteção adequada dos DH consagrados na CEDH.

Neste contexto, importa, também, recorrer à decisão tomada pela Grande Câmara do TEDH no acórdão do TEDH de 25 de maio de 2021, no caso *Centrum för Rättvisa c. Suécia*⁴⁹, no qual a requerente, a fundação sueca Centrum för Rättvisa, organização não governamental (ONG) a operar no âmbito da garantia da proteção dos DH, alega que o Reino da Suécia, mediante a interceção em massa das suas comunicações e consequente recolha de informação realizada pela agência governamental sueca Försvarets Radioanstalt (FRA)⁵⁰, incorre na violação do DH previsto no artigo 8.º da CEDH⁵¹. E justifica a sua alegação considerando que a

⁴⁴ *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, de 25 de maio de 2021, cit. 1.

⁴⁵ *Weber e Saravia c. Alemanha*, de 29 de junho de 2006, cit. 39.

⁴⁶ CEDH, cit. 2, pp. 11-12.

⁴⁷ *Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses*, cit. 42.

⁴⁸ RIPA, cit. 30.

⁴⁹ *Centrum för Rättvisa c. Suécia*, Petição 35252/08, de 25 de maio de 2021.

⁵⁰ *Försvarets Radioanstalt (FRA)* constitui uma agência governamental sueca, sob a tutela do Ministério da Defesa, com competência atribuída no âmbito da interceção de comunicações e recolha de informação, também designado por *SIGINT (signals intelligence)*, e no da cibersegurança governamental e de entidades públicas.

⁵¹ CEDH, cit. 2, p. 11.

atividade da fundação incide sobre matéria sensível relativa ao foro da reserva da intimidade privada de indivíduos e das suas relações sociais com outras entidades, não sendo admissível que as suas comunicações sejam sujeitas a escrutínio estatal.

A Grande Câmara do TEDH, no caso em apreço, quanto à matéria de facto e de direito, sobre os condicionalismos e os pressupostos legais de legitimidade e admissibilidade adotados na realização das interceções em massa de comunicações pela agência governamental FRA⁵², considerou não ter havido a violação do disposto no artigo 8.º da Convenção⁵³. Foi do entendimento de que foram observados os condicionalismos e pressupostos legais requeridos pelo direito interno sueco, designadamente, no disposto no *Signals Intelligence Act (2008:717)*⁵⁴, dotando a agência governamental de inteligência, a FRA⁵⁵, em razão de matéria, de competência legal para desenvolver interceções em massa de comunicações, decorrente da motivação subjacente alegada, assente no perigo para a segurança nacional, e em consequência da concessão da autorização dada pela entidade com legitimidade legal, o Ministério da Defesa do Reino da Suécia.

Todavia, no que respeita às matérias conexas com a destruição dos registos das comunicações, com o controlo *a posteriori* da informação obtida e com a partilha de informação interinstitucional e transnacional, designadamente entre Agências de Inteligência e Estados terceiros, a Grande Câmara do TEDH, no caso *Centrum för Rättvisa c. Suécia*⁵⁶, presumivelmente terá adotado o entendimento da não violação do artigo 8.º da Convenção⁵⁷, devido à insuficiência do regime normativo sueco. No âmbito das matérias mencionadas, a ausência de *law quality*, na fase de destruição e de partilha da informação adquirida, impede o controlo efetivo da informação, descurando, substantiva e adjetivamente, a garantia da proteção dos dados pessoais e, consequentemente, do direito ao respeito à privacidade do indivíduo.

Após, sumariamente, ter sido procedido ao enquadramento contextual social e jurídico subjacente à decisão do TEDH no caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*⁵⁸, importa agora, para além do já considerado, evidenciar os argumentos adotados pelo nosso *mui* ilustre Juiz do TEDH PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, na sua opinião dissidente.

3. Considerações à opinião dissidente do Juiz Paulo Pinto Albuquerque ao acórdão *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*

A opinião dissidente do Juiz do TEDH PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, no acórdão da Grande Câmara do TEDH no caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*

⁵² FRA, cit. 50.

⁵³ CEDH, cit. 2, p. 11.

⁵⁴ *Signals Intelligence Act (2008:717)*, 2008, (testimony of Regeringen och Regeringskansliet – Sweden Government). Disponível em <https://cdt.org/wp-content/uploads/2019/09/14-e-GO-VT-Annex-6.pdf> (consultado a 30 de novembro 2022).

⁵⁵ FRA, cit. 50.

⁵⁶ *Centrum för Rättvisa c. Suécia*, de 25 de maio de 2021, cit. 49.

⁵⁷ CEDH, cit. 2, p. 11.

⁵⁸ *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, de 25 de maio de 2021, cit. 1.

(2021)⁵⁹, assume uma relevância de extrema atualidade, no que concerne à aceção a atribuir ao conceito legal de segurança nacional. A densidade legal do conceito de segurança nacional permite a *law quality* adequada a proporcionar uma restrição dos DH assente numa fundamentação concreta irrefutável, pressuposto subjacente irrenunciável à legitimação legal da admissibilidade das interceções em massa de comunicações, ordenadas pelo poder executivo.

A aceção abstrata e aberta do conceito de segurança nacional gerou na generalidade dos ordenamentos jurídicos internos, a necessidade de o dotar de uma maior consistência substantiva, uma concretização que, no caso de Portugal⁶⁰, se ancorou na identificação de ameaças de natureza global para a definição do conceito estratégico de segurança nacional (CEDN), atualmente em revisão. Assim, partindo desta concetualização, o conceito de segurança nacional, na generalidade, incide sobre o perigo derivado, nomeadamente, de ameaças globais, como o terrorismo, a proliferação de armas de destruição massiva, a criminalidade transnacional organizada, a cibercriminalidade e a pirataria⁶¹. Aceções do conceito de segurança nacional similares são adotadas, a título meramente exemplificativo, nos ordenamentos jurídicos do Reino Unido⁶², da Alemanha⁶³ e da Suécia⁶⁴, conforme também se poderá extrair da matéria que fora sujeita à apreciação e decisão da Grande Câmara do TEDH, nomeadamente, nos casos referenciados no capítulo anterior.

Por conseguinte, como advogado, pelo *mui* ilustre Juiz do TEDH PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, a admissibilidade de interceções em massa de comunicações tendo, como causa subjacente, esta conceção abstrata de segurança nacional, permite uma arbitrariedade que impossibilita a concretização de uma aplicação adequada, necessária e proporcional deste meio excecional de obtenção de prova. Porque, sob o chapéu desta conceção de segurança nacional recai uma multiplicidade de situações, que não se coadunam com uma potencial configuração de uma ameaça global no sentido supramencionado, como poderemos inferir do relato sobre o circunstancialismo da suspeita concretizada sobre Vera Zhou, de ascendência uigure, de férias em Xinjiang, na República Popular da China, e narrada por BYLER⁶⁵, que passo a citar:

«Vera was in Kuitun, a small city around 285.000 in Tacheng Prefecture, an área that surrounds the wealthy oil city of Karamay, and forms the Chinese border with Kazakhstan. She had been trapped there since 2017 when, in the middle of

⁵⁹ *Ibidem*, cit. 1.

⁶⁰ GOVERNO DE PORTUGAL, 2013, *Conceito Estratégico de Defesa Nacional (CEDN)*. Disponível em https://www.defesa.gov.pt/pt/comunicacao/documentos/Lists/PDEFINTER_DocumentoLookupList/Conceito-Estrategico-de-Defesa-Nacional.pdf (consultado a 20 de novembro 2022).

⁶¹ *Ibidem*, p. 16.

⁶² RIPA – Part V, n.ºs 4 e 7, cit. 30, p. 73.

⁶³ *Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses*, cit. 42, Abschnitt 3, *Strategische Beschränkungen*, § 5, *Voraussetzungen*, p. 1256, e Abschnitt 4, *Verfahren*, § 9, *Antrag*, pp. 1257-1258.

⁶⁴ *Signals Intelligence Act*, cit. 54, Section 1 e Section 4, pp. 1-2.

⁶⁵ DARREN BYLER, 2022, *In the Camps: Life in China's High-Tech Penal Colony*, London, Atlantic Books.

her junior year as a geography student at the University of Washington (where I was an instructor), she had taken a spur-of-the moment trip back home to see her boyfriend. Her ordeal began after a night at a movie theatre in the regional capital of UeRuemchi, a city of 3.5 million, several hours from her home, when her boyfriend received a call asking him to come to a local police station. At the station, the police told him they needed to question his girlfriend. They said they had discovered some suspicious activity in Vera's internet usage. She had used a virtual private network, or VPN, in order to access "illegal websites" such as her university Gmail account. This, they told her later, was a "sign of religious extremism".»⁶⁶

Nesta lógica, somos impelidos a questionar, como se compadece a concretização do conceito de segurança nacional com a consulta, sem mais, de um mero endereço eletrônico acadêmico como um risco de radicalismo religioso, de quem se desconhece se possui sequer uma crença religiosa? E em nome da sociedade civil, somos impelidos a demandar entender esta aceção, ampla e generalizada internacionalmente, do conceito de segurança nacional, cuja concretização se encontra refletida, nomeadamente, nas descrições das vivências quotidianas de Vera Zhou e de outros⁶⁷ na *China's High Tech Penal Colony*, um dos campos reeducacionais da Região Autónoma Uigure Xinjiang da República Popular da China, e nas petições, sobretudo, de ONG, relativas ao desaparecimento de pessoas na referida região chinesa, parte integrante do Relatório do Alto Comissariado para os DH das Nações Unidas⁶⁸.

O relatório em apreço, nas suas conclusões considerou ter havido a violação dos DH plasmados na Declaração Universal de Direitos Humanos⁶⁹, por parte da República Popular da China⁷⁰. Nas suas recomendações foi proposto, entre outras, a monitorização dos campos de reeducação, designadamente, os localizados na Região Autónoma Uigure Xinjiang da República Popular da China, com o objetivo de assegurar a garantia da não discriminação racial. Foi recomendado a revisão do regime legal da proteção da segurança nacional em conformidade com a DUDH⁷¹ e do regime da admissibilidade de interceções em massa de comunicações, quanto à determinação dos seus pressupostos legais, quanto à entidade com legitimidade para

⁶⁶ *Ibidem*, p. 2.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 2-28.

⁶⁸ UNITED NATIONS, 2022, *OHCHR Assessment of human rights concerns in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, People's Republic of China*, pp. 1-2. Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/2022-08-31/22-08-31-final-assesment.pdf>. (consultado a 20 de novembro 2022).

⁶⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948 (testimony of ONU). Disponível em https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf (consultado a 10 de outubro 2022).

⁷⁰ *Assessment of human rights concerns in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, People's Republic of China*, cit. 68, p. 43.

⁷¹ DUDH, cit. 69.

as ordenar ou autorizar, e quanto à sua fundamentação de excecionalidade, sempre baseada nos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade⁷².

Questões de âmbito similar foram apreciadas e decididas pelo TEDH no caso *Weber e Saravia c. Alemanha*⁷³, ou no caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*⁷⁴ ou, ainda, no caso *Centrum för Rättvisa c. Suécia*⁷⁵, como advogado na opinião dissidente do Juiz do TEDH PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, e contudo, as preocupações experienciadas na vivência da sociedade de informação de CASTELLS⁷⁶, como na sociedade de vigilância de ZUBOFF⁷⁷, permanecem na atualidade da sociedade civil de um Estado de Direito Democrático.

Segundo ZUBOFF, a era do capitalismo de vigilância impõe-se «*pelas assimetrias inéditas do conhecimento e da consequente acumulação do poder. Os capitalistas da vigilância sabem tudo, contudo as suas ações são-nos desconhecidas*». Tal como o retratado por Vera Zhou⁷⁸ ou pelos requerentes do caso *Weber e Saravia c. Alemanha*⁷⁹, ou do caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*⁸⁰ ou, ainda, do caso *Centrum För Rättvisa c. Suécia*⁸¹, as interceções em massa de comunicações incrementam o empoderamento do Estado, através da Agência de Inteligência e da partilha da informação interinstitucional e transnacional, entre agências de Estados terceiros, provocando repercussões inéditas na existência individual, social e no próprio Estado de Direito Democrático, de impacto não conhecido e imprevisível.

Por seu turno, o paradigma da segurança nacional, no período pós-11 de setembro, e a garantia de proteção dos DH consagrados na DUDH⁸², e consequentemente na CEDH⁸³, sofreram uma alteração profunda. A conceção de segurança nacional assumiu um papel preeminente na restrição dos DH, designadamente, no da privacidade⁸⁴, artigo 8.º da Convenção, e no da liberdade de expressão⁸⁵, artigo 10.º da Convenção, através da introdução das interceções em massa das comunicações, gerando uma maior intrusão na vivência diária do cidadão, como ser individual e social, no quotidiano da atividade de entidades. A ausência de uma consciencialização efetiva do volume e do teor da informação obtida, sob a alçada da garantia

⁷² *Assessment of human rights concerns in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, People's Republic of China*, cit. 70, p. 44.

⁷³ *Weber e Saravia c. Alemanha*, de 29 de junho de 2006, cit. 39.

⁷⁴ *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, de 25 de maio de 2021, cit. 1.

⁷⁵ *Centrum för Rättvisa c. Suécia*, de 25 de maio de 2021, cit. 49.

⁷⁶ MANUEL CASTELLS, 2002, *A sociedade em Rede*: Vol. 1, 6.ª ed., Editora Paz e Terra. Disponível em <https://globalizacaoeintegracaoaregionalufabc.files.wordpress.com/2014/10/castells-m-a-sociedade-em-rede.pdf> (consultado a 10 de outubro 2022).

⁷⁷ SHOSHANA ZUBOFF, cit. 7, pp. 22-26.

⁷⁸ DARREN BYLER, cit. 65, p. 2.

⁷⁹ *Weber e Saravia c. Alemanha*, de 29 de junho de 2006, cit. 39.

⁸⁰ *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, de 25 de maio de 2021, cit. 1.

⁸¹ *Centrum för Rättvisa c. Suécia*, de 25 de maio de 2021, cit. 49.

⁸² DUDH, cit. 69.

⁸³ CEDH, cit. 2.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 11.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 12.

da segurança nacional, para além da determinação da sua finalidade, permite uma restrição dos DH, quase impercetível para o cidadão comum.

Por conseguinte, na era do capitalismo de vigilância, a assimilação da ideia da presença contínua do *the Other*, seja por parte do Estado ou de Entidade Particular, na designação de ZUBOFF, permite, por parte do indivíduo, a perversa percepção de aceitação da restrição dos DH, quase a qualquer título. Ignora a ingerência do Estado e das suas Agências de Inteligência, sem uma efetiva consciencialização do precedente criado e dos seus potenciais efeitos impactantes no presente e no futuro.

Em suma, o entendimento do conceito de segurança nacional alicerçado na ideia do risco de ameaça global, no sentido de um perigo meramente hipotético, fomenta um perigo efetivo, sem precedentes, para a garantia da proteção dos DH plasmados na DUDH⁸⁶ e, por seu turno, na Convenção⁸⁷, designadamente, dos artigos 8.º e 10.º da Convenção, para além de poder potenciar um rude golpe ao Estado de Direito Democrático. O pressuposto de admissibilidade de interceções em massa de comunicações fora do catálogo de crimes, aberto a outras condutas que fomentem a concretização do conceito de segurança, desnatura o propósito do catálogo de crimes. Todavia, apesar de na atualidade, após o 11 de setembro, ser atendível a admissibilidade das interceções em massa de comunicações ordenadas pelo poder executivo, sob o pressuposto legal da verificação de um potencial risco para a segurança nacional, torna-se imperioso a exigência de observância legal dos procedimentos processuais, em concordância com o regime legal imperante no ordenamento jurídico interno respetivo. Todavia, considerando o estrito cumprimento de todas as exigências legais, a densidade normativa do direito interno poderá não apresentar a suficiência indispensável à garantia dos DH plasmados na Convenção, originando a problemática da *law quality*.

Porém, segundo VAN DER SLOOT⁸⁸, em matéria de admissibilidade das interceções em massa de comunicações ordenadas pelo poder executivo, e consequentemente, fundamentadas no perigo para a segurança nacional, a *law quality* foi sempre apreciada pelo TEDH, considerando que a legitimidade para a sua admissibilidade assenta na estrita observância legal dos requisitos mínimos obrigatórios previstos em cada um dos regimes jurídicos internos.

Como no caso *Centrum för Rättvisa c. Suécia*⁸⁹, quanto à definição precisa da informação admissível de partilhar entre Agências de Inteligência, ou no caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*⁹⁰, entre outros, quanto ao procedimento de posterior notificação do sujeito visado da interceção a que fora sujeito, procedimento

⁸⁶ DUDH, cit. 69.

⁸⁷ CEDH, cit. 2.

⁸⁸ BART VAN DER SLOOT, 2020, «The Quality of Law: How the European Court of Human Rights gradually became a European Constitutional Court for privacy cases», *JIPITEC*, pp. 160–185. Disponível em <https://www.jipitec.eu/archive/issues/jipitec-11-2-2020/5098> (consultado 01 de dezembro 2022).

⁸⁹ *Centrum för Rättvisa c. Suécia*, de 25 de maio de 2021, cit. 49.

⁹⁰ *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, de 25 de maio de 2021, cit. 1.

legal indispensável, em concordância com jurisprudência prévia do TEDH, decorrente do caso *Weber e Saravia c. Alemanha*⁹¹.

Nestes termos, os regimes jurídicos internos sobre as interceções em massa de comunicações carecem da adoção de um quadro concetual e de formalidades legais, imbuídos de uma densidade substantiva suficiente a permitir a garantia do rigor da sua aplicabilidade, evitando deixar à discricionariedade do aplicador da lei a produção das consequências jurídicas por estes requeridas.

Assim, a opinião dissidente do Juiz do TEDH PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE poderá ser compreendida como o exaltar o reforço do propósito de a jurisprudência do TEDH constituir um dos garantes da proteção dos DH quando se pronuncia sobre a necessidade da adoção de uma concetualização mais rigorosa para determinação legal dos pressupostos de admissibilidade das interceções em massa de comunicações, ou sobre um controlo jurisdicional permanente no decurso de todas as fases da sua implementação (acompanhamento de todo o seu *lifecycle*⁹²), ou sobre a sua tutela (legitimidade e competência do poder executivo e do poder judicial).

E neste sentido, a opinião dissidente do Juiz do TEDH PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, implicitamente, contém uma advertência para as possíveis consequências nefastas de um direito que não cumpre a sua função social, de um direito positivo com ausência de robustez substantiva, de *quality law*, e de um direito permissivo dotando o poder executivo de atribuições de poder judicial, ao invés de reforçar a salvaguarda da separação de poderes.

4. Considerações finais

Paradoxalmente, após o 11 de setembro, sem grandes reflexões, a prevalência da proteção da segurança nacional constitui-se, simultaneamente, como garante e como risco ao Estado de Direito Democrático e ao ser humano como ser social, imbuído dos seus inerentes DH. Similar dedução poderemos tecer para a prevalência do direito à privacidade, previsto no artigo 8.º da CEDH. Em consonância, urge considerarmos o papel do TEDH como preponderante na modelação deste contrassenso, veiculando os limites à ingerência do Estado e das suas Agências de Inteligência e as salvaguardas necessárias, adequadas e proporcionais, à garantia dos DH inerentes a todo o ser humano.

Nesse sentido, a Grande Câmara do TEDH no caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, de 25 de maio de 2021, proferiu uma decisão paradigmática e controversa, no que concerne à matéria da admissibilidade das interceções em massa de comunicações, em concordância com o seu regime legal vigente no Reino Unido.

Reflexo dessa controvérsia, a opinião dissidente do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, que, implicitamente, reforça o papel fundamental da jurisprudência do

⁹¹ *Weber e Saravia c. Alemanha*, de 29 de junho de 2006, cit. 39.

⁹² *Lifecycle* no sentido de poder ser considerado todas as fases do âmbito das interceções em massa de comunicações, desde a fase da idealização do seu regime legal, da sua admissibilidade, à da implementação, da recolha, tratamento, partilha e de destruição da informação e de dados obtidos.

TEDH como garante da proteção dos DH plasmados na Convenção e, simultaneamente, como modelador do regime legal das interceções em massa de comunicações nos ordenamentos jurídicos europeus, ao instituir a necessidade de adoção de um quadro concetual e de formalidades legais com densidade suficiente a admitirem uma observância legal rigorosa dos procedimentos processuais estipulados.

O regime legal da admissibilidade das interceções em massa das comunicações constitui uma restrição dos DH, designadamente, o da privacidade⁹³, artigo 8.º da Convenção, e o da liberdade expressão⁹⁴, artigo 10.º da Convenção, que pelo seu grau elevado de intrusão na vivência diária de qualquer um, pela sua admissibilidade baseada na segurança nacional, pela tutela ser exercida pelo poder executivo, fora da alçada do poder judicial, pela ausência de densidade normativa em matéria de recolha, de tratamento, de destruição e de partilha da informação com Agências de Inteligência de Estados terceiros, carece, de facto, de ter como bitola orientadora a jurisprudência do TEDH.

Em suma, na sua opinião dissidente, torna-se patente a consciência do papel a desempenhar pelo TEDH como farol orientador garante da proteção dos DH consagrados na CEDH⁹⁵, ao declarar expressamente o seu sentido de voto, perante a adoção de argumentos jurisprudenciais de alguma ambiguidade, condicionantes de uma menor garantia das salvaguardas legais excecionais em matéria de restrição dos DH, como o caso de interceções em massa de comunicações. Infere-se, também, uma preocupação justificada, não descurando a possibilidade da existência de possíveis efeitos nefastos impactantes no presente e no futuro, decorrentes do potencial lesivo da utilização de informação com uma finalidade perversa, tanto para o ser humano, a sociedade, como para o próprio Estado de Direito Democrático.

E, citando TAYLOR⁹⁶:

«Erosion of privacy by powerful actors (whether state or private) can cause insidious harm; as Evgeny Morozov (2013, 189) has said, “Given enough data and the right logarithms, all of us are bound to look suspicious.” This idea echoes the famous epigram attributed to Cardinal Richelieu, “Qu’on me donne six lignes écrites de la main du plus honnête homme, j’y trouverai de quoi le faire pendre.”»

5. Referências bibliográficas

BOWDEN, CASPAR. (2013). *The US National Security Agency (NSA) surveillance programmes (PRISM) and Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) activities and their impact on EU citizens' fundamental rights*, Brussels, European Parliament. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies> (consultado a 15 de novembro 2022).

⁹³ CEDH, cit. 2, p. 11.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 12.

⁹⁵ *Ibidem*, cit. 2.

⁹⁶ EMILY TAYLOR, 2016, *The Privatization of Human Rights: Illusions of Consent, Automation and Neutrality*, London, Chatham House, p. 4. Disponível em https://www.cigionline.org/static/documents/gcig_no24_web_2.pdf (consultado a 20 de dezembro 2022).

- BYLER, DARREN. (2022). *In the Camps: Life in China's High-Tech Penal Colony*, London, Atlantic Books.
- CASTELLS, MANUEL. (2002). *A sociedade em Rede*: Vol. 1, 6.^a ed., Editora Paz e Terra.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. (2017). *Guia prático sobre a admissibilidade*. Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_POR.pdf (consultado a 18 de novembro 2022).
- FABBRINI, FEDERICO. (2015). «*The EU Charter of Fundamental Rights and the Rights to Data Privacy: The EU Court of Justice as a Human Rights Court*», in *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five years Old and Growing*, Oxford, Hart Publishing.
- SLOOT, BART VAN DER. (2020). «*The Quality of Law: How the European Court of Human Rights gradually became a European Constitutional Court for privacy cases*», *JIPITEC*, pp. 160–185. Disponível em <https://www.jipitec.eu/archive/issues/jipitec-11-2-2020/5098> (consultado a 01 de dezembro 2022).
- SNOWDEN, EDWARD. (2019). *Permanent Record*, New York, Picador Metropolitan Books.
- TAYLOR, EMILY. (2016). *The Privatization of Human Rights: Illusions of Consent, Automation and Neutrality*, London, Chatham House.
- UNITED NATIONS. (2022). *OHCHR Assessment of human rights concerns in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, People's Republic of China*, pp. 1-2. Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/2022-08-31/22-08-31-final-assesment.pdf> (consultado a 20 de novembro 2022).
- ZUBOFF, SHOSHANA. (2019). *A era do capitalismo da vigilância: A disputa por um futuro humano na nova fronteira do poder*, Lisboa, Relógio d'Água.

Jurisprudência TEDH

- Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, n.º 58170/13, n.º 62322/14 e n.º 24960/15, de 25 de maio de 2021.
- Centrum för Rättvisa c. Suécia*, n.º 35252/08, de 25 de maio de 2021.
- Weber e Saravia c. Alemanha*, n.º 54934/00, de 29 de junho de 2006.

Legislação

- Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos Direitos Fundamentais (CEDH), (1950).
- Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.
- DEUTSCHER BUNDESTAG. (2001). *Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses*.
- DEUTSCHER BUNDESTAG. (1949). *GG – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*.
- GOVERNO DE PORTUGAL. (2013). *Conceito Estratégico de Defesa Nacional (CEDN)*.
- REGERINGEN OCH REGERINGSKANSLIET (SWEDEN GOVERNMENT). (2008). *Signals Intelligence Act (2008:717)*.
- UK PARLIAMENT. (2001). *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*.

Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido

Riscos à privacidade *versus* riscos à segurança pública, um dilema
a ser superado na sociedade de risco (digital).
Comentários ao voto parcialmente dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque

TAYRONE MARQUESINI CHIAVONE*

1. Introdução

O caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido* trouxe um importante ponto de inflexão entre o dilema *Privacidade versus Segurança Pública*. Dentro de uma sociedade cada vez mais permeada por riscos digitais, de um lado temos o direito a intimidade e a privacidade logrado como um direito fundamental, do outro lado, estados-nações são incitados a criar novas políticas e tecnologias para a segurança pública, muitas vezes se sobrepondo aos direitos supracitados.

O processo de globalização é marcado cada vez mais pela capacidade de distribuição de riscos globais, este é o paradigma sociológico trazido por ULRICH BECK, nominalmente conhecido como Sociedade de Risco.

Entretanto, com o aumento dos processos de digitalização decorrentes da Quarta Revolução Industrial, a sociedade e as suas instituições passaram a experimentar novas formas de tecnologia digital, os espaços públicos e pessoais, bem como o cotidiano da vida humana, tornaram-se cada vez mais monitorados por dispositivos e sensores de vigilância.

Logo, a Sociedade de Risco cada vez mais digitalizada transiciona-se para uma Sociedade de Risco Digital, de modo que diversos riscos se constroem e se distribuem por meios digitais. A cultura do risco tornou-se o *modus operandi* dentro do processo de transição da modernidade. Assim, passamos a enfrentar um «choque de culturas de risco»¹, ao passo que as decisões estatais parecem fazer um *trade-off* em qual risco conter e qual risco assumir. No julgamento em questão, notou-se um sopesamento entre privacidade e segurança, de modo que o tribunal favoreceu os Estados-Membros a reafirmarem seu papel de provedor de segurança abrindo mão (em parte) do seu papel de guardião dos direitos individuais.

* Advogado, Mestre em Direito Internacional e Europeu pela Universidade NOVA de Lisboa (NOVA School of Law). Membro colaborador do Núcleo de Pesquisa COSMOPOLITANISM “Justice, Democracy and Citizenship without borders”. Pesquisador no Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN). Vice-presidente da Comissão de Privacidade e Proteção de Dados da 39.^a subseção – São Bernardo do Campo/SP – Brasil.

¹ O termo choque de culturas de risco é um termo empregado por ULRICH BECK ao exemplificar uma dinâmica de contraposição de riscos, ou seja, são riscos ameaçando sobrepujar outros riscos.

Em sua magistral opinião Parcialmente Dissidente e Parcialmente Concorrente, o Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE elaborou importantes considerações quanto a proporcionalidade e necessidade das interceções em massa não direcionadas e quanto aos riscos da vigilância de um «Big Brother» eletrónico na Europa.

Deste modo, o presente artigo tem como objetivo conjugar parte do voto do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE com o dilema da privacidade *versus* segurança, utilizando como lentes de diálogo a Sociedade de Risco (Digital)².

Na primeira secção, buscar-se-á compreender a transição da sociedade moderna para uma Sociedade de Risco (Digital). Na segunda secção, busca-se demonstrar como a proteção de dados pessoais sofreu um processo de «risquificação», justificando o «choque de cultura do risco» mencionado por BECK e, conseqüentemente, o surgimento do dilema entre privacidade e segurança. Por fim, será discutido o posicionamento da corte e do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE quanto ao tema.

2. O surgimento de uma sociedade de risco digital

A Sociedade de Risco surge como reflexo do processo contínuo de modernização da sociedade³. Este processo pode ser definido em duas etapas⁴.

A primeira delas é classificada como primeira modernidade, e é marcada pela confiança no progresso como mecanismo de controlo do desenvolvimento científico-tecnológico e seus impactos na natureza. Já a segunda é a transição do processo contínuo de modernização, intitulada de *Segunda Modernidade*, ou *Modernidade Tardia*. Este segundo estágio é marcado pela insuficiência em controlar os riscos decorrentes de sua transformação⁵. Nesta fase, há um processo de radicalização das crenças trazidas pela primeira modernidade (controlo da natureza e do desenvolvimento tecnocientífico). Deste modo, a *Segunda Modernidade* ou *Modernidade Tardia* demonstra que o progresso e a evolução já não permitem mais a previsão integral dos riscos decorrentes destas⁶.

Desta forma, o processo de modernização no seu estágio tardio coloca a ciência e a tecnologia como a causa dos principais problemas da sociedade industrial⁷. BECK sustenta na sua teoria que a produção e a distribuição de bens se baseiam

² A palavra digital por vezes é colocada entre parênteses uma vez que se refere a uma construção teórica do autor deste artigo. Trata-se de uma releitura do paradigma social criado por ULRICH BECK aplicado aos impactos da quarta revolução industrial, e é fruto de um trabalho de dissertação de mestrado intitulado *Sociedade de Risco Digital: O Princípio da Precaução na Regulação da Inteligência Artificial*.

³ BECK não aderiu à ideia de pós-modernidade, para ele o processo de modernização continua a acontecer; deste modo, BECK classifica a «nova» modernidade como Modernidade Tardia ou Segunda Modernidade.

⁴ ULRICH BECK, 2008, «World at Risk: The New Task of Critical Theory», *Development and Society em Monique*, v. 37, n. 1, p. 2, jun./2008.

⁵ ULRICH BECK, 2002, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España, vol. 1, p. 5.

⁶ JOSÉ PEDRO TEIXEIRA FERNANDES, 2013, «Da utopia da sociedade em rede à realidade da sociedade de risco», Lisboa, *Análise Social*, v. 1, n. 2, pp. 273-274, jan./2013, disponível em: http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS_207_d01.pdf, acesso em: 1 out. 2020.

⁷ ULRICH BECK, «World at Risk: The New Task of Critical Theory», cit., pp. 2-5.

num princípio de regulação de escassez; entretanto, as instituições criadas pela primeira modernidade não foram pensadas para tratar dos males decorrentes das atividades produtivas⁸.

Este processo de transição entre a primeira e a segunda modernidade trouxe uma abordagem sociológica e cultural denominada como Sociedade de Risco. Nesta perspectiva, a Sociedade de Risco simboliza uma era em que os riscos económicos, sociais e ambientais escapam da perceção social, a incerteza e o medo dos riscos tornam-se uma regra⁹. Ou seja, essas incertezas fabricadas pela evolução tecnológica colocam a sociedade numa Sociedade de Risco. Os riscos tornam-se incertos, na medida em que os mecanismos para quantificação e qualificação de riscos criados pelo processo de modernização mostram-se insuficientes para a elaboração de cálculos probabilísticos¹⁰.

Este paradigma sociológico trazido por ULRICH BECK emoldurou-se com base em riscos de origem ecológica e económica, decorrentes do avanço tecnológico desenfreado. Claramente, o autor não trouxe uma discussão profunda quanto aos riscos tecnológicos advindos da Quarta Revolução Industrial. Neste ponto, o surgimento de uma Sociedade de Risco Digital fundamenta-se no entendimento de uma nova gama de riscos decorrentes de um novo processo de industrialização denominado como Quarta Revolução Industrial.

A Quarta Revolução Industrial é caracterizada pela incorporação da tecnologia digital em todos os aspetos da indústria e da sociedade¹¹. Consequentemente, os meios digitais tornam-se «condutas» de transmissão de *bens* e *males*, trazendo a primeira premissa que justifica a existência de uma Sociedade de Risco Digital.

O aumento dos processos de digitalização e a ampliação da presença da tecnologia na vida cotidiana trouxeram novas incertezas ao desenvolvimento tecnológico, como a perda de privacidade, a vulnerabilidade de ameaças cibernéticas, a polarização política e a desigualdade económica. O primeiro vetor de incerteza citado, riscos à privacidade, é, inclusive, a pedra angular do dilema de contraposição de riscos discutidos no julgamento *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*.

A natureza digital trazida pela Quarta Revolução Industrial trouxe diversos riscos para a proteção do direito fundamental a privacidade. Fazendo, inclusive, que o campo da proteção de dados¹² se reemoldurasse com base em riscos¹³.

⁸ ULRICH BECK, 2011, *Sociedade de Risco: rumo a outra modernidade*, São Paulo, p. 23.

⁹ ULRICH BECK, «World at Risk: The New Task of Critical Theory», cit., p. 5.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ KLAUS SCHWAB, 2016, *A Quarta Revolução Industrial*, tradução Daniel Moreira Miranda, Edipro, v. 1, p. 16.

¹² Mesmo que a proteção de dados seja considerada um direito autónomo, ela está intimamente ligada à privacidade. A proteção de dados deve ser vista como uma das dimensões da privacidade, por isso o processo de «risquificação» da proteção de dados justifica a privacidade como um vetor de risco da Sociedade de Risco Digital.

¹³ CHRISTOPHER KUNER, 2012, «The European Commission's Proposed Data Protection Regulation: A Copernican Revolution in European Data Protection Law», *Bloomberg BNA Privacy and Security Law Report*, pp. 1-15.

Isso demonstra que a privacidade e a proteção de dados hoje se tornaram um vetor de risco para a Sociedade Moderna (tardia). O rápido progresso no desenvolvimento de tecnologias de comunicação, biometria, tecnologia de sensores e capacidade de análise e armazenamento de dados, utilizadas para aumentar a segurança, pressiona constantemente a gestão de riscos deste direito fundamental.

3. O processo de «risquificação» da privacidade e da proteção de dados pessoais como fundamento ao choque de culturas de risco

Intimamente relacionada ao desenvolvimento tecnológico, a privacidade sofreu mudanças substanciais na sua moldura regulatória¹⁴. Nesta metamorfose, surgiram as primeiras normas de proteção de dados pessoais, decorrendo da preocupação com o processamento massivo dos dados pessoais dos cidadãos na conjuntura da formação do Estado moderno. Esta 1.^a geração de normas, criadas na segunda metade do século xx, era focada na esfera governamental, estabelecendo princípios rígidos para o tratamento e uso de dados pessoais pelo poder público¹⁵.

A segunda e a terceira geração de normas procuraram empoderar os titulares de dados pessoais a proteger e a responsabilizar-se pelos seus dados. Tais gerações deram ênfase à autonomia do indivíduo em controlar o fluxo das suas informações pessoais¹⁶. Esse modelo regulatório era pautado maioritariamente pela autodeterminação informativa. Essa concepção está muito conectada com o pensamento europeu sobre dignidade e privacidade¹⁷.

Entretanto, este paradigma passou a ser repensado, fazendo com que a última geração de normas viesse muito mais centrada em regular riscos do que em autodeterminar os titulares de dados. Não se trata de um processo de rutura normativa, mas sim de uma intensificação da regulação *ex ante* a partir de um ferramental teórico advindo de outros campos¹⁸.

A regulação com base em riscos é uma resposta jurídica para o paradigma sociológico posto por BECK. RAFAEL GELLERT foi um dos primeiros autores a defender que a última geração de normas de proteção de dados é constituída por normas de regulação de risco. A sua fundamentação justifica-se pelas seguintes premissas: (i) a recomendação de 2010 do Conselho da Europa sobre *profiling*¹⁹, classificando a tecnologia como criadora de «riscos significantes» para liberdades e direitos indi-

¹⁴ RAFAEL A. F. ZANATTA, 2017, «Proteção de dados pessoais como regulação de risco: uma nova moldura teórica?», I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet, 2017, pp. 175-193.

¹⁵ BRUNO RICARDO BIONI, 2018, *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*, Rio de Janeiro, Forense, vol. 1, pp. 59-61.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ RAFAEL A. F. ZANATTA, «Proteção de dados pessoais como regulação de risco: uma nova moldura teórica?», cit., p. 4.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Profiling* é um termo em inglês que significa definição de perfis, trata-se de uma técnica de processamento de dados pessoais que busca definir o perfil de um indivíduo para determinado produto ou serviço.

viduais; (ii) a sugestão da aplicação do princípio da precaução²⁰ (princípio explícito na regulação de risco) para processamento de dados biométricos; (iii) para GELLERT, os testes de proporcionalidade sobre «finalidade legítima» são também uma forma de realizar uma análise de riscos a direitos fundamentais²¹.

Deste modo, a privacidade e a proteção de dados passaram a ser direitos fundamentais regulados por uma lógica regulatória baseada em riscos. Logo, surge um dilema que contrapõe diferentes vetores de criação e regulação de riscos.

De um lado, a necessidade de obtenção de informações pessoais necessárias para a segurança pública, com objetivo de manter a ordem, prevenir e proteger o bem-estar da sociedade. Do outro, a proteção da privacidade garantindo o livre desenvolvimento da personalidade e a proteção dos dados pessoais.

Compreender que o ecossistema regulatório da privacidade e proteção de dados utiliza hoje um modelo regulatório baseado em riscos, justifica a existência de um «choque de culturas de risco» entre privacidade e segurança pública²². Desta forma, a gestão de riscos da privacidade e proteção de dados pode trazer salvaguardas regulatórias que atrapalhem a efetividade da segurança pública, de outro modo, a efetividade dos controlos da segurança pública pode transgredir o direito fundamental citado.

4. Riscos à privacidade *versus* riscos à segurança pública e a conjuntura do voto do Juiz Pinto de Albuquerque

O julgamento do caso *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido* é a afirmação dos fatores consumativos do dilema entre privacidade e segurança pública.

A decisão da corte quando a interceção em massa não direcionada de comunicações cria um ponto de ebulição nos riscos de criar-se um Estado de ultra vigilância. O Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE traz em seu voto uma robusta argumentação contrária à deliberalidade dos Estados-Membros em decidir que tipo de regime de interceção é necessário para fins de proteger a segurança nacional. Para ele, se o arbítrio do Estado for amplo, dificulta-se a proteção contra abusos. Deste modo, a margem de apreciação deve ser estreita desde a conceção até ao funcionamento do regime, tendo em vista o risco elevado de abuso de poderes. A sua preocupação e a sua discordância são reforçadas ao argumentar que governos obcecados por segurança, com um apetite ilimitado por dados, possuem meios tecnológicos para controlar a comunicação digital mundial²³.

²⁰ Princípio utilizado para gestão de incertezas quando a determinada atividade económica.

²¹ RAPHAEL GELLERT, 2015, «Data Protection: A Risk Regulation? Between the Risk Management of Everything and the Precautionary Alternative», *International Data Privacy Law*, v. 5, n. 1, pp. 3-19.

²² ULRICH BECK, (2013) «The Digital Freedom Risk: Too Fragile an Acknowledgment». Disponível em: <https://www.opendemocracy.net/en/can-europe-make-it/digital-freedom-risk-too-fragile-acknowledgment/>. Acesso em: 12 abr. 2021.

²³ TEDH, *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, n.ºs 58170/13, 62322/14 e 24960/15, 25 de maio de 2021, p. 175.

Ademais, o seu voto faz discordância ao «abandono» da jurisprudência em casos similares como Weber e Saraiva (2006) e Liberty e outros (2008), nos quais a matéria se debruçava em casos de interceção não direcionada de comunicações²⁴. O seu voto ressalta que o facto de a vigilância considerada no caso supramencionado ser muito mais restrita não deveria levar o tribunal a reduzir as exigências dos requisitos necessários para atingir um nível satisfatório de proteção dos direitos de privacidade²⁵.

O voto do magistrado destaca que o aumento exponencial de dispositivos de vigilância deveria ser motivo para uma fiscalização mais rigorosa quanto ao uso desta tecnologia; entretanto, a corte posicionou-se de forma oposta²⁶.

Outro ponto que merece destaque no seu magistral voto foi justamente a crítica sobre a diferenciação entre «utilidade» e «necessidade e proporcionalidade»²⁷. Num mundo onde as novas dinâmicas de acumulação e, consequentemente, o progresso do desenvolvimento tecnológico estão diretamente ligados à coleta e armazenamento de dados pessoais²⁸, quase qualquer justificativa caberia no quesito «utilidade».

Desta forma, em concordância ao entendimento do magistrado, permitir interceções em massa baseando-se em «utilidade» pode, sim, abrir portas para um «Big Brother» eletrónico na Europa.

Este *trade-off* entre privacidade e segurança deveria socorrer-se de escolhas tecnocientíficas. Mas o tribunal parece fazer este sopesamento com base na percepção social do risco. A evidência que justifica tal premissa é o facto de que as técnicas de vigilância indiscriminada de comunicações em massa provaram serem ineficazes para a prevenção do terrorismo, ao mesmo passo que é perigosa para a proteção da privacidade; entretanto a corte ignorou este facto²⁹.

Para BECK isso explica-se porque o papel da participação pública e social torna-se crucial nos debates sobre a formulação de políticas³⁰. Deste modo, a preocupação em qual risco regular assenta muito mais na «visibilidade do risco» do que na «possibilidade do risco». Enquanto ataques terroristas desencadeiam um debate público quanto ao risco para a segurança pública, os riscos decorrentes de um sistema de vigilância descabido são praticamente impercetíveis³¹. Justamente porque a percepção social deste último em questão é muito baixa.

A percepção social do risco tem como fio condutor o acontecimento de catástrofes, deste modo, conflitos relacionados a falhas de segurança dos Estados-Membros que

²⁴ *Ibidem*, p. 175.

²⁵ *Ibidem*, p. 200.

²⁶ *Ibidem*, p. 201.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ SHOSHANA ZUBOFF, 2019, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Londres, Profile Books, v. 1, pp. 75-89.

²⁹ TEDH, *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, n.ºs 58170/13, 62322/14 e 24960/15, 25 de maio de 2021, p. 177.

³⁰ ULRICH BECK, «The Digital Freedom Risk: Too Fragile an Acknowledgment», cit.

³¹ *Ibidem*.

resultaram em catástrofes, como, por exemplo, atentados terroristas. São inúmeros e causam um grande *frisson* na comunidade europeia³².

Entretanto, riscos para a privacidade são riscos com um impacto muito menor em termos de percepção social, justamente porque aqueles que são vigiados não sentem e nem percebem esta condição³³.

Nota-se, portanto, que a decisão da corte além de técnica é política, na medida em que permitiu que se sobrepusesse a privacidade com o ferramental estatal de vigilância em massa, sob o pretexto de «utilidade», ignorando, inclusive, a jurisprudência de casos análogos.

O *trade-off* da corte no caso em questão baseou-se muito mais em sopesar a percepção pública dos riscos que se contrapõem entre si (privacidade *vs.* segurança) do que numa análise de riscos e benefícios pautada por uma análise técnica e científica.

5. Conclusão

O voto do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE é importante pois reforça dois grandes pontos no dilema entre privacidade *versus* segurança.

O primeiro é a necessidade de um diálogo mais amplo entre gestão de riscos nos mais diversos campos do conhecimento. É evidente que o sucesso do processo de modernização trouxe melhora na eficiência da Segurança Pública como um todo. Entretanto, é importante entender que numa sociedade em que o risco se torna uma regra, os mecanismos de gestão e controlo deste devem dialogar entre si, principalmente quando há um choque entre estes riscos. Deste modo, o *trade-off* entre os riscos decorrentes de determinada atividade deve valer-se de decisões técnicas, com envolvimento de diversos campos da ciência.

O segundo é sobre a percepção pública dos riscos decorrentes da vigilância em massa. A risco da vigilância é um risco de percepção social muito baixo, como reflexo, os Estados tendem a ter menos interesse em aumentar a consciência pública deste risco. Até porque aumentá-lo significaria friccionar o direito à privacidade e à proteção de dados no seu interesse fundamental em segurança nacional e internacional. O posicionamento da CEDH pareceu ser político, sendo reflexo dessa invisibilidade do risco da vigilância.

Por fim, se o dilema entre privacidade *versus* segurança hoje tende mais para o lado da segurança do que para a privacidade, até mesmo em cortes que têm como função precípua proteger os Direitos Humanos. É nítida a necessidade de iniciativas estatais ou privadas que busquem aumentar a percepção pública do risco da vigilância. Este parece ser o primeiro passo para reduzir a assimetria entre a percepção do risco para a segurança pública perante o risco de vigilância (risco para a privacidade) e, conseqüentemente, trazer maior tecnicidade para debater este dilema.

³² *Ibidem.*

³³ *Ibidem.*

As movimentações neste sentidos devem ser rápidas, para que evitemos ouvir os Estados-Membros da União Europeia dizerem: «*et secundum multitudinem miserationum tuarum*³⁴».

6. Referências bibliográficas

- BECK, ULRICH. (2002). *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España, vol. 1.
- BECK, ULRICH. (2008). «World at Risk: The New Task of Critical Theory», *Development and Society em Monique*, v. 37, n. 1, p. 2, jun./2008.
- BECK, ULRICH. (2011). *Sociedade de Risco: rumo a outra modernidade*, São Paulo.
- BECK, ULRICH. (2013). «The Digital Freedom Risk: Too Fragile an Acknowledgment». Disponível em: <https://www.opendemocracy.net/en/can-europe-make-it/digital-freedom-risk-too-fragile-acknowledgment/>. Acesso em: 12 abr. 2021.
- BIONI, BRUNO RICARDO. (2018). *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*, Rio de Janeiro, Forense, vol. 1.
- FERNANDES, JOSÉ PEDRO TEIXEIRA. (2013). «Da utopia da sociedade em rede à realidade da sociedade de risco», *Análise Social*, v. 1, n. 2, pp. 273-274, jan./2013. Disponível em: http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS_207_d01.pdf. Acesso em: 1 out. 2020.
- GELLERT, RAPHAEL. (2015). «Data Protection: A Risk Regulation? Between the Risk Management of Everything and the Precautionary Alternative», *International Data Privacy Law*, v. 5, n. 1, pp. 3-19.
- KUNER, CHRISTOPHER. (2012). «The European Commission's Proposed Data Protection Regulation: A Copernican Revolution in European Data Protection Law», *Bloomberg BNA Privacy and Security Law Report*, pp. 1-15.
- SCHWAB, KLAUS. (2016). *A Quarta Revolução Industrial*, tradução Daniel Moreira Miranda, Edipro, v. 1.
- TEDH, *Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, n.ºs 58170/13, 62322/14 e 24960/15, 25 de maio de 2021.
- ZANATTA, RAFAEL A. F. (2017). «Proteção de dados pessoais como regulação de risco: uma nova moldura teórica?», I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet, 2017, pp. 175-193.
- ZUBOFF, SHOSHANA. (2019). *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Londres, Profile Books, v. 1, pp. 75-89.

³⁴ Tradução: «Apaga a mancha terrível das minhas transgressões». Trecho da música *Misere mei, Deus*, citada em frase final do voto do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE. (Nota do tradutor.)

CAPÍTULO XIII

DISCRIMINAÇÃO NO ACESSO À JUSTIÇA

Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland

Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland

Mais uma vez, a busca judicial de contornar a interpretação do art. 103.º
da Carta das Nações Unidas e seus efeitos

MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA*

1. Introdução

O caso que nos propomos analisar em termos breves (caso *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*) teve origem numa petição dirigida ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, também referido por TEDH), apresentada ao abrigo do art. 34.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante, CEDH ou Convenção), que se refere a petições individuais¹, por Khalaf M. Al-Dulimi, cidadão iraquiano (primeiro requerente), em seu nome e em nome de Montana Management Inc., uma empresa constituída sob o direito panamiano e com sede no Panamá (segundo requerente), da qual o primeiro requerente era o diretor-geral.

2. Breve descrição dos factos que deram origem ao caso

Em causa estava o facto de terem sido confiscados bens aos requerentes, no que os mesmos viam uma violação do seu direito de propriedade, e ainda o facto de o processo conducente a tal atuação ter levado a que os seus nomes fossem juntos à lista estabelecida na sequência da adoção, pelo Conselho de Segurança (doravante, CS), da resolução 1483 (2003), de 22 de maio, sem que lhes fosse garantido um processo efetivo em que pudessem contestar esse facto e, eventualmente, conseguir a reversão da decisão.

Na verdade, já em aplicação da resolução 661 (1990), de 6 de agosto, do CS, o Conselho Federal suíço tinha emitido, logo a 7 de agosto do mesmo ano, a *Iraq Ordinance*², em que eram adotadas diversas medidas, *inter alia*, o congelamento de bens pertencentes ou sob controlo de empresas ou corporações controladas por altos funcionários do antigo regime iraquiano e seus familiares próximos ou sob a

* Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Que, nos termos dessa disposição, podem ser apresentadas por qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares, nas condições definidas pela própria Convenção.

² Esta «Iraq Ordinance» viria a sofrer posteriormente várias alterações, designadamente por força da adoção de uma Lei Federal, de março de 2002, relativa à aplicação de sanções internacionais («Embargo Act», em vigor desde 1 de janeiro de 2003), e, posteriormente, a 28 de maio de 2003, atendendo à resolução 1483 (2003) do CS (cf. TEDH: *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, pars. 12 e 15).

gestão de pessoas agindo em nome ou sob a direção dessas pessoas³. Ora, segundo o Conselho de Segurança, o primeiro requerente foi chefe de finanças dos serviços secretos iraquianos sob o regime de Saddam Hussein⁴, pelo que se entendeu que se enquadrava no âmbito de aplicação dessa resolução. Refira-se que, à época, a Suíça não era ainda membro das Nações Unidas – o que se viria a verificar apenas a 10 de setembro de 2002 –, o que, obviamente, não a impedia de cumprir as decisões do CS, antes permite concluir que o princípio inscrito no n.º 6 do art. 2.º da Carta das Nações Unidas («A Organização fará com que os Estados que não são membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais») tinha sido efetivado em relação a esse Estado.

Na sequência da referida resolução e de outras que lhe sucederam, o Conselho de Segurança veio aprovar a resolução 1483 (2003), de 23 de maio, que determina, no parágrafo mais pertinente para o presente comentário, que fossem congelados sem demora, pelos Estados em cujo território se encontravam, todos os «fundos ou outros ativos financeiros ou recursos económicos retirados do Iraque ou adquiridos por (...) altos funcionários do antigo regime iraquiano ou pelos seus familiares diretos, incluindo entidades de sua propriedade ou de outras pessoas que atuem em seu nome ou sob as suas instruções, ou sob o seu controlo direto ou indireto, [bem como] outros ativos financeiros ou recursos económicos e, a menos que esses fundos ou outros ativos financeiros ou recursos económicos tenham sido objeto de uma medida ou decisão judicial, administrativa ou arbitral». Os bens assim congelados deveriam ser «imediatamente transferidos para o Fundo de Desenvolvimento do Iraque, entendendo-se que, salvo reclamação em contrário, os pedidos de particulares ou entidades não governamentais relativamente a esses fundos ou outros ativos financeiros transferidos poderão ser apresentados ao governo representativo do Iraque, reconhecido pela comunidade internacional (...)»⁵.

Diga-se que, pela resolução 1518 (2003), de 24 de novembro, tinha sido criado um Comité (muitas vezes referido como Comité de Sanções 1518), composto por representantes de todos os membros do Conselho e incumbido de listar indivíduos e entidades a quem fosse aplicável o par. 23 da resolução 1483 (2003), bem como de manter atualizadas listas de indivíduos e entidades já compiladas para anteriores sanções, criadas nos termos da resolução 661 (1990), adotada durante o

³ Nos termos do n.º 1 do art. 2.º da referida *Ordinance*, deveriam ser congelados, *inter alia*, os bens «(b) (...) que pertencem ou estão sob o controlo de altos funcionários do antigo regime iraquiano e dos seus familiares imediatos; (c) Aqueles pertencentes ou sob o controle de empresas ou sociedades que são elas próprias controladas por pessoas listadas no parágrafo (b) ou que estão sob a gestão de pessoas que agem em nome ou sob a direção de pessoas listadas na alínea (b)», determinando-se, no n.º 2, que tais pessoas ou entidades eram mencionadas em anexo e que esse anexo seria elaborado com base em dados das Nações Unidas (TEDH: *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, par. 75).

⁴ Cf. TEDH: *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, par. 10.

⁵ Par. 23, b), da referida resolução.

conflito entre Iraque e Kuwait. Dessas listas originárias, constavam já os segundo e primeiro demandantes⁶.

Por seu turno, a 18 de maio de 2004, o Conselho Federal suíço emitiu um Decreto de Confisco (the «Confiscation Ordinance») que determinava o confisco dos bens e recursos económicos iraquianos congelados e a sua transferência para o Fundo de Desenvolvimento para o Iraque, decreto este que começou por estar em vigor até 30 de junho de 2010, tendo a sua vigência sido prorrogada até 30 de junho de 2013⁷. Cabendo os bens dos demandantes no âmbito de aplicação desta *Ordinance*, os requerentes viram os seus bens confiscados por decisão de 16 de novembro de 2006, do Departamento Federal para os Assuntos Económicos⁸. Seguiram-se procedimentos pelos quais os demandantes tentaram conseguir, sem sucesso, que as decisões sobre os seus bens fossem revertidas.

Pela resolução 1730 (2006), de 19 de dezembro de 2006, o Conselho de Segurança, «[e]mpenhado em garantir a existência de procedimentos justos e claros para colocar indivíduos e entidades em listas de sanções e para delas os remover, bem como para conceder isenções humanitárias», vem estabelecer um procedimento para a retirada das pessoas das listas («de-listing procedure»), que regula em anexo à resolução. Também deste procedimento os requerentes se socorreram, tendo recorrido para o Tribunal Federal suíço. Uma vez mais, não obtiveram sucesso.

Perante este Tribunal, os demandantes alegaram, no que nos interessa, que o procedimento que conduziu à adição dos seus nomes às listas anexas à Resolução 1483 (2003) e à *Iraq Ordinance* violou as garantias processuais básicas consagradas nos artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁹ (bem como no art. 14.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos – doravante,

⁶ TEDH: *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, par. 38, 5.4.

⁷ Cf. TEDH: *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, par. 19.

⁸ «Em três decisões de 16 de Novembro de 2006, o Departamento Federal de Assuntos Económicos ordenou o confisco dos seguintes bens:

- (a) a quantia de 86.276,85 francos suíços (CHF) pertencente ao primeiro requerente, representando o dividendo de liquidação de uma empresa (que não o segundo requerente) da qual ele era o único acionista, e depositada na conta “cliente” de um Escritório de advocacia suíço que o representou;
- (b) um total de CHF 164.731.213 depositados em nome da empresa requerente no banco X;
- (c) um total de CHF 104.739.882,57 depositados em nome da empresa requerente no banco Y» (TEDH: *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, par. 23).

⁹ Que dispõem, respetivamente:

- «1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem,

também PIDCP – e ainda em disposições da Constituição Federal suíça). Sustentaram que as instâncias para que tinham recorrido (o Tribunal Federal e, antes dele, o Departamento Federal de Assuntos Económicos) gozavam de competência para apreciar da legalidade e da conformidade com a Convenção (e com o PIDCP) da decisão do Comité 1518 de juntar os seus nomes à lista prevista no parágrafo 23 (b) da Resolução 1483 (2003). Defenderam, ainda, que não havia incompatibilidade ou conflito entre as obrigações decorrentes da Carta das Nações Unidas (doravante, também referida por CNU ou Carta) e os direitos fundamentais garantidos pela Convenção (ou pelo PIDCP). Não tendo obtido ganho de causa, decidiram recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

3. Julgamento proferido pela Segunda Secção do TEDH

3.1. Breve referência à decisão sobre a admissibilidade do caso

Como se lê no par. 4 da sentença proferida pela Segunda Secção, «foi decidido que a Secção apreciaria a admissibilidade e o mérito em simultâneo», de acordo com o art. 29.º, n.º 1, da CEDH.

Quanto à questão da admissibilidade do caso, a Suíça sustentou a sua inadmissibilidade, quer *ratione personae*, quer *ratione materiae*. Para sustentar a inadmissibilidade *ratione personae*, alegou que a petição não deveria ser admitida, uma vez que as medidas contestadas tinham sido por si adotadas em aplicação das resoluções 661 (1990), 670 (1990) e 1483 (2003) do Conselho de Segurança, a que estava vinculada nos termos do art. 25.º e que prevaleciam sobre outras obrigações internacionais, de acordo com o art. 103.º do mesmo documento, invocando em apoio da sua tese a decisão do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) sobre medidas provisórias requeridas pela Líbia no caso *Questões de interpretação e de aplicação da Convenção de*

ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.
 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:
 - a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
 - b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
 - c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
 - d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
 - e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo» e
- «Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais».

Montreal de 1971 resultantes do incidente aéreo de Lockerbie¹⁰. Assim sendo, considerava não poder ser responsabilizada no plano internacional pela implementação de tais medidas. Este seu entendimento foi secundado pelo Reino Unido e pela França, que intervieram ao abrigo do art. 36.º da Convenção¹¹. Por seu lado, os demandantes sustentavam que as medidas impugnadas eram diretamente imputáveis à Suíça, pelo que entendiam que a sua petição era admissível.

O Tribunal contestou os argumentos apresentados pela Suíça bem como pelos Estados que intervieram, considerando que «as resoluções relevantes do Conselho de Segurança, especialmente a Resolução 1483 (2003), exigiam que o Estado agisse em seu próprio nome e implementasse essas resoluções a nível nacional», concluindo, por isso, que «as alegadas violações da Convenção são imputáveis à Suíça» e «adotadas no exercício, pela Suíça, da sua “jurisdição” no sentido do art. 1.º da Convenção», pelo que rejeitou a alegação de inadmissibilidade *ratione personae*¹².

A alegada inadmissibilidade *ratione materiae* era sustentada pela Suíça com o argumento de que o congelamento dos bens dos demandantes decorria do art. 23.º da resolução 1483 (2003), que considerou diretamente aplicável na ordem jurídica interna, pelo que «a alegada violação dos direitos de propriedade dos requerentes teve assim origem na própria Resolução, independentemente de qualquer norma de direito interno», o que conduzia a que não pudesse ser alegada a violação do art. 6.º da Convenção¹³.

Tendo os demandantes contestado este entendimento, o Tribunal sublinhou que o que os demandantes alegavam era a violação do art. 6.º da Convenção, por virtude do qual poderiam ter contestado o confisco dos seus bens, tendo ainda sustentado que, tratando-se de uma medida que dizia diretamente respeito ao seu direito de usufruir dos seus bens, garantido em particular pelo artigo 26.º da Constituição suíça, os requerentes têm o direito de invocar um «direito civil», pelo que era de

¹⁰ Cf. TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, par. 80. Efetivamente, na fase de indicação de medidas provisórias, a decisão do Tribunal de recusar a indicação dessas medidas, que não deixou de ser criticada, foi sustentada em argumentos próximos dos indicados pela Suíça. Acerca desse caso e em relação a essa fase do julgamento, veja-se MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *As Medidas Provisórias na Jurisprudência Recente do Tribunal Internacional de Justiça*, Coimbra, Almedina, 1998 (em especial, pp. 223 e ss. e bibliografia aí citada). Diga-se, aliás, que posteriormente, em sentença de 27 de fevereiro de 1998, o referido Tribunal viria a rejeitar as objeções preliminares formuladas pelos Estados demandados, a saber, Reino Unido e Estados Unidos da América, afirmando: «O Tribunal: (...) b) por doze votos contra quatro, Rejeita a objeção à admissibilidade que Reino Unido retira das Resoluções 748 (1992) e 883 (1993) do Conselho de Segurança», pelo que decidiu pela admissibilidade do caso [TIJ], *Case concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya c. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, 27 February 1998, par. 53 (2)].

¹¹ Cf. TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, pars. 6 e 82 a 85.

¹² TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, pars. 91 a 93.

¹³ Cf. TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, par. 94.

pouca relevância o facto de a Suíça não ter ratificado o Protocolo n.º 1, cujo art. 1.º garante o direito ao gozo pacífico dos seus bens por cada pessoa. Tendo rejeitado também esta alegação de inadmissibilidade e considerando preenchidos os demais requisitos previstos no art. 35.º da Convenção, o Tribunal admitiu o caso¹⁴.

3.2. Julgamento da Segunda Secção quanto ao mérito

Antes de analisarmos as questões abordadas no julgamento pela Segunda Secção, diga-se que esta pretendeu devolver a decisão do caso à Grande Câmara, intento que foi travado pela objeção formulada pelo Governo demandado a tal pretensão¹⁵, o que não deixou de ser lamentado pelo Juiz LORENZEN, na sua opinião dissidente, que foi subscrita pelos Juízes RAIMONDI e JOČIENÉ¹⁶.

Neste caso, o Tribunal parece ter-se contentado com verificar se a aplicação das alegadas resoluções do Conselho de Segurança, e em particular da resolução 1483 (2003), impedia o gozo dos direitos reconhecidos pelo art. 6.º da CEDH. Nesse sentido, refere o entendimento dos demandantes segundo o qual tanto a implementação da resolução 1483 (2003) como o procedimento de retirada dos seus nomes da lista referida não cumpriram as exigências do art. 6.º da Convenção, eliminado, sublinhando não haver diferendo acerca dessa violação, limitando-se o Estado demandado a considerar não ser responsável pela mesma¹⁷.

Começando por sublinhar que, do art. 1.º da Convenção, decorria, para os Estados Partes, a responsabilidade por atos e omissões dos seus órgãos, independentemente de serem consequência do direito interno ou da necessidade de cumprir obrigações jurídicas internacionais, bem como a necessidade de interpretar a Convenção de acordo com as regras gerais pertinentes, previstas no art. 31.º da Convenção de

¹⁴ Cf. TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, par. 94.

¹⁵ Cf. TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, par. 9. Note-se que essa possibilidade de oposição à devolução a Grande Câmara por uma das partes no caso deixou de existir por força da entrada em vigor do Protocolo n.º 15 à Convenção, a 1 de agosto de 2021. Efetivamente, aquando da decisão referida, o art. 30.º da Convenção dispunha: «Se um assunto pendente numa secção levantar uma questão grave quanto à interpretação da Convenção ou dos seus protocolos, ou se a solução de um litígio puder conduzir a uma contradição com uma sentença já proferida pelo Tribunal, a secção pode, antes de proferir a sua sentença, devolver a decisão do litígio à grande câmara, salvo se qualquer das partes do mesmo a tal se opuser», tendo a parte em itálico sido eliminada pelo referido Protocolo. Diga-se que, já aquando da adoção do Protocolo Adicional n.º 11, que reformulou todo o processo a que ficavam sujeitas as queixas apresentadas ao TEDH, foram formuladas censuras «ao que é considerado uma preponderância excessiva das partes na economia do processo traçado» (MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, 1999, «O Protocolo n.º 11 Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem», *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 2, p. 101).

¹⁶ Nessa opinião dissidente é afirmado: «Considero lamentável que o Governo suíço tenha vetado a decisão bem fundamentada da Secção de devolver este caso, que levanta questões novas e importantes, a Grande Câmara.»

¹⁷ Cf. TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, pars. 100 a 102.

Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados, de 1969 – em particular a necessidade de se atender a «toda a norma pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as Partes»¹⁸ –, o Tribunal reconhece que os Estados-Membros gozam de certa latitude na implementação das resoluções de outras entidades (no caso, da ONU), reiterando que os mesmos permanecem responsáveis pelos atos ou omissões dos seus órgãos decorrentes dessa implementação que violem a Convenção. E sublinha que «[a] ação estadual adotada em cumprimento de tais obrigações é justificada quando a organização relevante protege os direitos fundamentais de uma forma que pode ser considerada pelo menos equivalente àquela prevista na Convenção»¹⁹, considerando que essa equivalência não se verifica («a presunção de proteção equivalente é, portanto, refutada no presente caso»²⁰) – o que era reconhecido pelo Estado demandado²¹ –, nomeadamente entre o direito previsto no art. 6.º da Convenção e a possibilidade de formular um pedido direto de exclusão da lista, que foi introduzida na sequência da iniciativa da Suíça e de outros Estados e serviu para compensar a falta de fiscalização judicial no âmbito das Nações Unidas, ou ainda o facto, salientado pelo Governo suíço, que decorria da prática relevante que as candidaturas enviadas ao Ponto Focal (*Focal Point*)²² eram examinadas em detalhe.

Em nosso entender, andou bem o Tribunal ao reconhecer não existir proteção equivalente, por meio destes mecanismos, àquela que é garantida pela Convenção. Por melhor que esses mecanismos funcionassem não são equivalentes a tribunais, mas são, isso sim, órgãos executivos (como se manifesta na inserção do *Focal Point* no Secretariado do CS). É importante ter em atenção que um tribunal é composto por juízes, ou seja, pessoas vinculadas a princípios de imparcialidade e independência, como é garantido pelo art. 6.º e exigido em relação ao próprio funcionamento do TEDH²³. Só respeitando essas exigências se garante o direito a um recurso efetivo; e cremos que este aspeto, que o Tribunal não deixou de afirmar, merece ser bem sublinhado, tendo em conta que alguns Estados que se afirmam como democráticos vêm recorrendo a esse tipo de mecanismos – com designações que podem variar – para «julgar» quem consideram presumíveis culpados. Nesse sentido, recorde-se

¹⁸ Art. 31.º, n.º 3, c), da referida Convenção.

¹⁹ TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, par. 114.

²⁰ TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, par. 121.

²¹ Como se lê no par. 118 da sentença, «o Tribunal observa que o próprio Governo demandado admite que o sistema em vigor, mesmo na sua forma melhorada desde a Resolução 1730 (2006), que permite aos requerentes solicitar a um “Focal Point” a eliminação dos seus nomes das listas do Conselho de Segurança, não oferece um nível de proteção equivalente ao exigido pela Convenção». E nesse sentido era também o entendimento do Relator Especial das Nações Unidas para a «Promoção e proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais no combate ao terrorismo», como se lê no para. 119 da sentença.

²² O *Focal Point* foi criado, no Secretariado do Conselho de Segurança, na sequência da Resolução do CS 1730 (2006), de 19 de dezembro, para «receber pedidos de exclusão da lista e realizar as tarefas descritas no anexo», que regulava a sua atividade.

²³ Veja-se o n.º 4 do art. 21.º da Convenção.

a situação particularmente grave das comissões militares criadas durante o mandato de Georges W. Bush para «julgar», sem quaisquer garantias processuais, quem entenderam ser alegadamente membro da Al-Qaeda ou talibã, que conduziram a situação vergonhosa e que ainda persiste dos detidos em Guantánamo²⁴.

Assumindo não se verificar uma proteção equivalente, o Tribunal vai debruçar-se sobre a existência, ou não, de violação do art. 6.º da Convenção. Ainda que possa admitir que a recusa das autoridades judiciais suíças em apreciar as queixas submetidas pelos requerentes decorreria da preocupação em implementar a resolução do CS, não deixa de sublinhar que, no caso, a resolução não visava fazer face a uma ameaça terrorista, mas «restabelecer a autonomia e a soberania do governo iraquiano e garantir o direito do povo iraquiano de determinar livremente o seu próprio futuro político e controlar os seus recursos naturais», para o que certamente haveria medidas mais adequadas. Sublinhou também que os requerentes estavam privados do gozo dos seus bens desde 1990 (apesar de o confisco só ter ocorrido em 2006) e que eles têm direito a ver o seu caso apreciado por um tribunal competente, sublinhando que «[a] sua incapacidade de contestar a medida de confisco durante vários anos é difícil de aceitar numa sociedade democrática»²⁵.

Assim, conclui que, enquanto não existir um controlo judicial eficaz e independente, a nível das Nações Unidas, quanto à legitimidade de adicionar indivíduos e entidades às listas relevantes, é essencial que tais indivíduos e entidades sejam autorizados a solicitar a revisão, pelos tribunais nacionais, de qualquer medida adotada nos termos do regime de sanções. Essa revisão não estava disponível para os requerentes. Daqui resulta que a própria essência do seu direito de acesso a um tribunal foi prejudicada, pelo que sustenta ter havido violação do art. 6.º da Convenção²⁶.

Do que deixámos afirmado, resulta que o Tribunal decidiu o caso sem fazer qualquer referência à questão que aparecia como a mais sensível (pelo menos, em termos políticos) em todo este processo. Sendo certo que o TEDH já tinha histórico de evitar a questão do efeito do art. 103.º da CNU sobre a possibilidade de aplicação das obrigações decorrentes da Convenção em casos específicos, parece ter feito, uma vez mais, questão de a contornar²⁷. Ou seja, valendo-se da teoria já

²⁴ Sobre este aspeto, veja-se MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, 2012, «A “guerra contra o terrorismo”: um novo tipo de conflito armado?», *Estudios de Derecho Internacional y de Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 491-520, ou 2022, «A “guerra contra o terrorismo” no contexto do combate ao terrorismo», *Prevenção, Policiamento e Segurança, Implicações nos Direitos Humanos*, I Congresso Internacional JusCrim, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governança – JusCrim (Justiça Criminal e Criminologia), pp. 171-191.

²⁵ TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, par. 131. Vejam-se também pars. 128 e 130.

²⁶ Cf. TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Segunda Secção, de 26 de novembro de 2013, pars. 134 e 135.

²⁷ Segundo ARCARI, «na jurisprudência relevante anterior ao caso Al-Dulimi, o TEDH prestou especial atenção em evitar o âmbito de aplicação do artigo 103.º, tentando negar a existência de qualquer conflito real entre as obrigações em matéria de direitos humanos e as decisões ou autorizações do CS em causa» (MAURIZIO ARCARI, 2014, «Forgetting Article 103 of the UN

anteriormente afirmada da proteção equivalente, o Tribunal viu nela a forma de não ter de lidar com a questão mais complexa de determinar se a prevalência que o art. 103.º reconhece às obrigações decorrentes da Carta das Nações Unidas face às decorrentes de quaisquer outros acordos internacionais impedia a aplicação das disposições da Convenção no caso concreto, mau grado a Suíça ter escudado nessa disposição o facto de não ter assegurado o direito a um processo equitativo nos termos em que a Convenção o afirma.

Este permanente esforço por evitar tratar de uma questão que se afigurava da maior relevância não deixou de merecer censura por parte do Juiz SAJÓ, na sua opinião parcialmente dissidente, bem como pelos Juízes LORENZEN, RAIMONDI e JOČIENĚ, na opinião dissidente junta pelo primeiro, que os outros dois secundaram.

No entendimento do Juiz SAJÓ, o caso deveria ter sido declarado inadmissível, atendendo a que «nos termos dos artigos 25, 48 e 103 da Carta das Nações Unidas (ONU), as obrigações estabelecidas na Resolução 1483 do Conselho de Segurança são vinculativas e prevalecem sobre qualquer outro acordo internacional. Além disso, as disposições da Resolução oferecem pouco espaço para interpretação ou flexibilidade no que diz respeito às medidas de implementação do Estado». Não concordando nós com esta solução, pelo menos há que reconhecer que o referido juiz não se furtou a abordar a questão.

Por seu lado, o Juiz LORENZEN afirmou, depois de referir o facto de a conclusão do Tribunal se fundar na análise da situação à luz da regra da proteção equivalente: «Não posso concordar com este raciocínio, que, na minha opinião, ignora questões importantes sobre as quais o Tribunal não se pronunciou até agora na sua jurisprudência. O mais crucial é o impacto do art. 103.º da Carta das Nações Unidas, segundo o qual as obrigações dos Estados-Membros das Nações Unidas prevalecem em caso de conflito com outros instrumentos internacionais. Tal obrigação decorre do Artigo 25 da Carta, nos termos do qual os Estados-Membros são obrigados a “aceitar e executar” as decisões do Conselho de Segurança». Refere depois casos em que a questão poderia ter sido abordada, mas foi considerado não haver um efetivo conflito entre as decisões do Conselho de Segurança em questão e as obrigações decorrente das Convenção, para reiterar a relevância da questão do art. 103.º da Carta, que não deveria ter sido ignorada – aliás, é o facto de estar em causa essa questão importante que o leva a censurar o facto *supra* referido de a Suíça ter impedido a devolução do caso à Grande Câmara –, afirmando, com base na interpretação que faz dessa disposição, «partilh[ar] inteiramente a análise detalhada e convincente do Tribunal Federal, que conclui que, em caso de conflito entre as obrigações decorrentes do artigo 103.º da Carta e as obrigações decorrentes da Convenção, os Estados Partes em ambos os instrumentos jurídicos são obrigados a dar prioridade às obrigações da Carta».

Por parte da doutrina, podemos referir, por exemplo, MAURA MARCHEGIANI, que louva a decisão do Tribunal, considerando que esta decisão contribui, portanto, para clarificar a posição do Tribunal Europeu: utilizou o artigo 103.º para afirmar

Charter? Some perplexities on “equivalent protection” after *Al-Dulimi*», *Questions of International Law, Zoom-in* 6, p. 34).

a «autoridade dos princípios e valores fundamentais das Nações Unidas como um todo, mas ao mesmo tempo evitou cuidadosamente aplicar, no seu conteúdo literal, uma disposição à qual, aliás, não está formalmente vinculado, desconsiderando assim o seu papel original como critério hierárquico para a resolução de conflitos normativos» e que «[a] solução adotada pela Segunda Secção do Tribunal Europeu revelou a inaptidão do art. 103.º da Carta para resolver cabalmente o problema ligado à potencial incompatibilidade entre as obrigações impostas aos Estados pela participação em vários regimes convencionais»²⁸. Também podemos encontrar um entendimento que subscreve as conclusões do Tribunal, embora em tom menos expressivo, por parte de GIANLUIGI PALOMBELLA²⁹. Por seu lado, MAURIZIO Arcari já não subscreve inteiramente o facto de o Tribunal ter evitado abordar o problema decorrente do art. 103.º da Carta, considerando que, «enquanto órgão judicial encarregado da tarefa de determinar e interpretar o âmbito das obrigações em matéria de direitos humanos assumidas pelos Estados no âmbito da CEDH, o Tribunal Europeu dificilmente pode ignorar os efeitos do art. 103.º, que obriga as Partes Contratantes da CEDH a conceder prioridade aos compromissos da Carta das Nações Unidas em caso de conflito, sobre as obrigações da CEDH»³⁰.

4. O caso perante a Grande Câmara

Tendo a Segunda Secção proferido sentença a 26 de novembro de 2013, em que concluiu, por quatro votos contra três, ter havido violação do art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Governo suíço veio, a 25 de fevereiro de 2014 e ao abrigo do n.º 1 do art. 43.º da Convenção, solicitar a devolução do caso à Grande Câmara³¹, o que foi aceite a 14 de abril do mesmo ano por um coletivo de cinco juízes da Grande Câmara, nos termos do n.º 2 da mesma disposição da Convenção³².

²⁸ MAURA MARCHEGANI, 2014, «Le principe de la protection équivalente dans l'articulation des rapports entre ordre juridique des NU et CEDH après l'arrêt *Al-Dulimi*», *Questions of International Law, Zoom-in 6*, pp. 13-14. De algum modo, parece-nos um pouco excessivo encontrar as conclusões referidas numa sentença em que o que se verificou foi uma fuga a uma análise séria dos efeitos do art. 103.º sobre o gozo das garantias plasmadas no art. 6.º da Convenção e em que, como a autora afirma, se verificou «uma ausência de qualquer referência ao artigo 103.º na reconstrução das relações entre os sistemas da Carta e da Convenção».

²⁹ GIANLUIGI PALOMBELLA, 2014, «The principled, and winding, road to *Al-Dulimi*. Interpreting the interpreters», *Questions of International Law, Zoom-in 6*, pp. 15-29.

³⁰ MAURIZIO ARCARI, «Forgetting Article 103 of the UN Charter?», cit., pp. 33-34.

³¹ Recorde-se que a disposição em causa determina: «Num prazo de três meses a contar da data da sentença proferida por uma secção, qualquer parte no assunto poderá, em casos excecionais, solicitar a devolução do assunto à grande câmara.»

³² Que determina: «Um coletivo composto por cinco juízes da grande câmara aceitará a petição, se o assunto levantar uma questão grave quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus protocolos ou ainda se levantar uma questão grave de carácter geral.» Como se percebe, isto faz com que não estejamos face a um verdadeiro recurso, que é um direito que visa «permitir uma nova avaliação da situação daquele que alegadamente viu os seus direitos violados, mas de um «recurso» de carácter institucional» (MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, «O Protocolo n.º 11 Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem»,

O julgamento da Grande Câmara foi adotado por unanimidade quanto à admissibilidade do caso, reiterando o que havia sido decidido pela Segunda Secção e também quanto à rejeição do pedido de uma reparação razoável, formulado pelos requerentes ao abrigo do art. 41.º da Convenção. Já quanto ao mérito do caso, a decisão de que houve efetivamente violação do n.º 1 do art. 6.º da Convenção foi adotada por uma maioria de 15 juízes, havendo dois votos contra dos Juízes ZIEMELE e NUSSBERGER. Apesar desta maioria significativa quanto à conclusão pela referida violação, não pode dizer-se que a mesma maioria se reflita na fundamentação da decisão, atendendo a que seis juízes subscreveram opiniões concordantes, mostrando o seu desacordo quanto à argumentação em que se fundou a conclusão adotada³³.

Para efeitos deste trabalho, interessa-nos essencialmente a opinião concorrente, desenvolvida e bem fundamentada, junta pelo Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, a que os Juízes HAJIYEV, PEJCHAL e DEDOV aderiram. Nela é desde logo assumido que, apesar de concordar com as conclusões do Tribunal, o juiz não subscreve parte substancial do raciocínio em que o Tribunal a funda.

Ao contrário do Tribunal, que tudo fez para evitar ter de tratar da questão do impacto do art. 103.º da Carta das Nações Unidas na aplicação das normas da Convenção, nessa opinião inicia-se por tratar essa questão³⁴. Começando por esclarecer, por um lado, que a supremacia referida nessa disposição não é relativa apenas à CNU, mas às obrigações que para os membros da Organização resultam

cit., p. 102), uma vez que, como decorre de só ser admitido «em casos excecionais» e com vista a garantir não haver discrepâncias graves na jurisprudência do Tribunal, o que conduz a que a devolução à Grande Câmara só seja aceite «se o assunto levantar uma questão grave quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus protocolos ou ainda se levantar uma questão grave de carácter geral». Na verdade, só fazendo parte da CEDH Estados-Membros do Conselho da Europa, ou seja, Estados que «reconhecem o princípio do primado do Direito e o princípio em virtude do qual qualquer pessoa colocada sob a sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais», como se lê no art. 3.º do Estatuto dessa Organização, e sendo o esgotamento dos recursos internos um requisito de admissibilidade do caso pelo TEDH, seguramente o caso já teria sido apreciado por mais do que uma jurisdição a nível interno e depois pela Secção do Tribunal Europeu não se justificaria novo recurso para garantia dos direitos em causa, mas tão-só – e não é coisa irrelevante – para garantir uma jurisprudência com soluções harmoniosas.

³³ Ou seja, «a dimensão da maioria oculta a latitude do desacordo entre os juízes; dos 15 juízes em maioria, 6 concordaram no resultado mas não no raciocínio – por outras palavras, a linha de raciocínio que o Tribunal acabou por seguir foi de facto adotada pela mais simples das maiorias, 9 votos contra 8» (MARKO MILANOVIC, June 23, 2016, «Grand Chamber Judgment in Al-Dulimi v. Switzerland», *EJIL:Talk!*, <ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-al-dulimi-v-switzerland/>).

³⁴ Segundo a síntese de MILANOVIC, o Tribunal considerou que, «como as resoluções relevantes do CS não excluía a revisão judicial interna *expressis verbis*, as resoluções, quando devidamente interpretadas, deixavam a porta aberta para tal revisão, que era exigida pelo art. 6 da Convenção. No entanto, essa revisão seria relativamente mínima, garantindo que a inscrição da pessoa em questão não fosse arbitrária. Ao fazê-lo, o Tribunal evitou (mais uma vez!) decidir se o artigo 103.º da Carta é capaz de afastar a aplicação da Convenção, no caso de haver um genuíno conflito de normas» (MARKO MILANOVIC, «Grand Chamber Judgment in Al-Dulimi v. Switzerland», cit.)

da Carta³⁵, o que inclui obviamente as resoluções vinculativas aprovadas pelo Conselho de Segurança ao seu abrigo. Refere, ainda, que a dita hierarquia não se traduz, como é usual, na invalidade da norma hierarquicamente inferior; antes, «a regra de conflito da Carta não determina a revogação *ipso jure* ou mesmo a suspensão *de facto* do tratado ou acordo internacional conflituante. A obrigação prevalecente apenas afasta a obrigação conflitante, cuja validade jurídica permanece intacta. Além disso, o incumprimento da obrigação conflituante não acarreta responsabilidade, enquanto persistir o conflito normativo»³⁶. Este entendimento sai reforçado ao reconhecer que não é possível atribuir à Carta das Nações Unidas natureza constitucional. Como afirma, «o tempo do constitucionalismo global ainda não chegou»³⁷, asserção que subscrevemos inteiramente.

Faz depois uma desenvolvida interpretação da resolução 1483 (2003) do Conselho de Segurança, à luz dos diferentes critérios plasmados no art. 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados (ou seja, literal, teleológico, contextual e sistemático). E, atendendo ao teor dos n.ºs 2 e 3 daquela disposição³⁸, procede ao enquadramento da referida resolução num conjunto vasto de resoluções pertinentes com a situação em causa, desde logo várias das resoluções relativa à intervenção no Iraque por parte fundamentalmente dos Estados Unidos e do Reino Unido, a que se juntaram outros Estados³⁹, mas também resoluções dirigidas a diferentes situações. Da análise que faz, resulta que, cabendo aos Estados (neste caso, à Suíça) executar o confisco de bens determinado naquela resolução, esse comportamento é-lhe imputável⁴⁰ e, portanto, reconduz-se à sua jurisdição, pelo

³⁵ Efetivamente, o artigo em causa estabelece: «No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.»

³⁶ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, a que se juntaram os Juízes HAJIYEV, PEJCHAL e DEDOV do TEDH: *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Grande Câmara, de 21 de junho de 2016, par. 2.

³⁷ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 8.

³⁸ Onde se lê: «Para efeitos de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto, preâmbulo e anexos incluídos:

- a) Qualquer acordo relativo ao tratado e que tenha sido celebrado entre todas as Partes quando da conclusão do tratado;
- b) Qualquer instrumento estabelecido por uma ou mais Partes quando da conclusão do tratado e aceite pelas outras Partes como instrumento relativo ao tratado.

3 – Ter-se-á em consideração, simultaneamente com o contexto:

- a) Todo o acordo posterior entre as Partes sobre a interpretação do tratado ou a aplicação das suas disposições;
- b) Toda a prática seguida posteriormente na aplicação do tratado pela qual se estabeleça o acordo das Partes sobre a interpretação do tratado;
- c) Toda a norma pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as Partes.»

³⁹ Acerca desta intervenção (*Operation Iraqi Freedom*), focando essencialmente a questão da sua (i)licitude, veja-se MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, 2009, *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 803 a 856.

⁴⁰ Recorde-se que, nos termos do art. 4.º do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Factos Internacionalmente Ilícitos, «1. O comportamento de qualquer órgão do

que remete para o âmbito de aplicação da CEDH, atento o teor do seu art. 1.º, que dispõe: «As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.» Por outro lado, no contexto da interpretação sistemática, vai referindo aspetos pertinentes para a conclusão final pela violação da Convenção. Assim, começa por recordar o apelo dirigido pela Assembleia Geral das Nações Unidas, com o apoio do Secretário-Geral, a que o Conselho de Segurança garanta «que existam procedimentos justos e claros para colocar indivíduos e entidades em listas de sanções e para removê-los, bem como para conceder isenções humanitárias»⁴¹, concluindo que, no processo em causa no caso em análise, este apelo não foi atendido.

Nesse sentido, e tendo em consideração que está a analisar a questão no âmbito do elemento sistemático da interpretação, compara a resposta do CS a diferentes situações, mostrando que a mesma não é uniforme: por um lado e de forma mais generalizada, o estabelecimento de *Focal Points* para examinar os pedidos de exclusão das listas de sanções; por outro, a criação de um Gabinete do Provedor de Justiça (Office of the Ombudsperson) em casos mais específicos, o que leva PINTO DE ALBUQUERQUE a afirmar: «Estas duas respostas forneceram abordagens totalmente diferentes para o mesmo problema jurídico.»⁴²

Quanto ao caso em análise, explica o funcionamento do *Focal Point*, cuja criação junto do Secretariado do Conselho de Segurança tinha sido solicitada ao Secretário-Geral pelo CS⁴³, assim como o do Gabinete do Provedor de Justiça [Office of Ombudsperson]⁴⁴, a quem cabia prestar assistência ao Comité quando este ponderasse alguma retirada da lista⁴⁵, concluindo certamente que «[n]ão foi fornecido acesso a uma revisão independente e eficaz. Nem a Resolução 1730 (2006) nem a Resolução 1904 (2009) preencheram este vazio jurídico. Sendo um mero ponto de transmissão, o Ponto Focal não possui sequer as características de um mecanismo de revisão substantivo, independente ou não. Diferentemente, o Gabinete do Provedor de Justiça fornece garantias processuais básicas, mas o poder de tomada de decisão ainda reside no Comité e no Conselho de Segurança. De qualquer forma,

Estado considera-se facto desse Estado segundo o Direito Internacional, quer esse órgão exerça funções legislativas, executivas, judiciais ou quaisquer outras, qualquer que seja a posição que ocupa na organização do Estado e qualquer que seja a sua natureza enquanto órgão do governo central ou de uma coletividade territorial do Estado.

2. Um órgão compreende qualquer pessoa ou entidade que tenha esse estatuto de acordo com o direito interno do Estado».

⁴¹ Resolução AG 60/1, de 24 de outubro de 2005 (2005 World Summit Outcome), par. 108.

⁴² Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 17.

⁴³ Veja-se a Resolução CS 1730 (2006), de 19 de dezembro, par. 1, em que o CS «solicita ao Secretário-Geral que estabeleça dentro do Secretariado (Secção de Órgãos Subsidiários do Conselho de Segurança), um ponto focal para receber pedidos de exclusão da lista e executar as tarefas descritas no anexo», que regulamenta a atividade desse *Focal Point*.

⁴⁴ Cf. Opinião concorrente do Juiz Pinto de Albuquerque..., cit., pars. 17 a 24.

⁴⁵ Nesse sentido, veja-se o par. 20 da Resolução CS 1904 (2009), de 17 de dezembro, e respetivo Anexo II, que cria o referido Gabinete e regula a sua atuação.

o Provedor de Justiça não tem competência para excluir pessoas físicas e jurídicas listadas na Resolução 1483»⁴⁶.

Continuando a sua análise, centra-se no direito cuja violação havia sido alegada (o direito de acesso a um tribunal no direito internacional), começando por avaliar desenvolvidamente a natureza desse direito para depois questionar se o mesmo tem, ou não, natureza de *jus cogens*, apresentando o seu entendimento e o respetivo fundamento.

Assim, e quanto ao primeiro aspeto, começa por referir a obrigação de garantir acesso a um tribunal no âmbito do Direito Internacional Humanitário para aplicação de sanções criminais, sublinhando que a violação deste direito constitui um crime de guerra, nos termos dos Estatutos do Tribunal Penal Internacional, do Tribunal Internacional Penal para a ex-Jugoslávia, do Tribunal Internacional Penal para o Ruanda e do Tribunal Especial para a Serra Leoa. Assim, conclui que, no âmbito do direito internacional humanitário e do direito internacional penal – que não estão em causa no caso em apreço –, a «garantia inegociável de justiciabilidade da pena criminal implica o acesso a um tribunal independente, imparcial e regularmente constituído»⁴⁷. Refere-se depois ao direito internacional dos direitos humanos, mencionando os arts. 4.º e 14.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, atendendo nomeadamente aos comentários gerais a essas disposições, em que se afirma respetivamente que «a categoria de normas imperativas se estende para além da lista de disposições não derogáveis constante do artigo 4.º, n.º 2. Os Estados Partes não podem, em circunstância alguma, invocar o artigo 4.º do Pacto como justificação para agir em violação do direito humanitário ou de normas imperativas do direito internacional, por exemplo, fazendo reféns, impondo punições coletivas, privando arbitrariamente a liberdade ou *desviando-se dos princípios fundamentais de um julgamento justo, incluindo a presunção de inocência*», e que «[a]s garantias de um julgamento justo nunca poderão ser sujeitas a medidas derogatórias que contornem a proteção de direitos inderrogáveis»⁴⁸, sublinhando PINTO DE ALBUQUERQUE que esse julgamento justo implica o respeito pelos princípios *nemo debet esse judex in propria sua causa* e *ideo homo non potest simul esse accusator, judex et testis*⁴⁹, cuja natureza perentória é reconhecida.

Ao tratar da mesma questão no âmbito do Direito Europeu dos Direitos Humanos, sustenta que o direito de acesso a um tribunal é um princípio geral de direito, no sentido do art. 38.º, n.º 1, c), do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, à luz

⁴⁶ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 27.

⁴⁷ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 29.

⁴⁸ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comments adopted by the Human Rights Committee under article 40, paragraph 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, General Comment No. 29, States of Emergency (article 4), 31 August 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, par. 11, e General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, 23 August 2007, UN Doc. CCPR/C/GC/32, par. 6.

⁴⁹ Este princípio, que determina que a mesma pessoa não pode ser simultaneamente acusador, juiz e testemunha, pode já ser encontrado em SÃO TOMÁS DE AQUINO [veja-se *Summa Theologiae*, tradução espanhola *Suma de Teología*, III, Parte II-II (Aa), questão 67, artigo 3 (*in fine*), Madrid, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, 2010, p. 555].

do qual deve ser interpretado o art. 6.º da Convenção, concluindo que «o poder de proferir uma decisão vinculativa que não pode ser alterada por uma autoridade não judicial em detrimento de uma parte individual é inerente à própria noção de “tribunal”»⁵⁰ e que «[a] exigência de competência, independência e imparcialidade de um tribunal na aceção do artigo 14.º, n.º 1, do PIDCP é um direito absoluto que não está sujeito a qualquer exceção, sendo essencialmente incompatível com qualquer poder de supervisão de um órgão político ou executivo sobre julgamentos e decisões do tribunal. Isto é ainda mais verdadeiro quando o órgão político atua *sic volo, sic jubeo*, concentrando o poder legislativo para criar o quadro jurídico das sanções, o poder executivo para as impor (para “listar”) a pessoas e entidades específicas, e o “poder judicial” para isentar ou mesmo levantar as sanções (para “retirar da lista”)⁵¹.

Passa depois ao segundo aspeto referido, ou seja, o de determinar se o acesso a um tribunal no direito internacional tem, ou não, natureza de *jus cogens*, o que nos parece ser um aspeto fundamental na lógica argumentativa, atendendo a que os requerentes pretendem contornar a aplicação do art. 103.º da Carta das Nações Unidas considerando que o direito de acesso a um tribunal nos termos consagrados no art. 6.º da Convenção tem natureza de *jus cogens*⁵², entendimento que foi rejeitado pelo Tribunal, afirmando que «contrariamente ao que o recorrente alegou, nem as garantias processuais fundamentais, nem o direito a um recurso efetivo, nos termos dos artigos 6.º e 13.º da CEDH e do artigo 14.º do PIDCP, têm *per se* a natureza de normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*), em particular no contexto do processo de confisco que afeta os bens do recorrente»⁵³.

Por seu lado, PINTO DE ALBUQUERQUE, que sustenta que o direito consubstanciado no art. 6.º da Convenção «integra uma ordem pública (*ordre public*) dos Estados-Membros do Conselho da Europa, pelo que qualquer medida ou decisão que alegadamente esteja em violação do art. 6.º apela uma revisão particularmente cuidada»⁵⁴. Em consonância, ainda que reconhecendo que o «direito de acesso a um tribunal é evidentemente mais imperativo em matéria penal do que em matéria civil»⁵⁵ e que o direito de acesso a um tribunal noutras matérias (afirmado no art. 6.º, n.º 1) não é absoluto, defende que as limitações ao mesmo que possam existir não devem restringir o acesso deixado ao indivíduo de tal modo que a própria essência do direito seja prejudicada. E, socorrendo-se da jurisprudência do TEDH no caso *Golder c. Reino Unido* e no caso *Stanev c. Bulgária*, afirma que «uma limitação não será compatível com o artigo 6.º, n.º 1, se não prosseguir um “objetivo legítimo” e se não existir uma “relação razoável de proporcionalidade entre os meios

⁵⁰ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 32.

⁵¹ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 30.

⁵² TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Grande Câmara, de 21 de junho de 2016, par. 8.

⁵³ TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, n.º 5809/08, Grande Câmara, de 21 de junho de 2016, par. 8.4.

⁵⁴ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 32.

⁵⁵ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 35.

utilizados e o objetivo que se pretende atingir”»⁵⁶. Reportando esta problemática ao caso *sub judice*, PINTO DE ALBUQUERQUE conclui que «[a] privação do acesso a um tribunal para contestar medidas punitivas de confisco viola uma norma de *jus cogens*, com a consequência de privar a obrigação conflituante da Resolução 1483, juntamente com as suas medidas de execução, da sua força jurídica nos termos dos artigos 24.º e 103.º da Carta»⁵⁷. Efetivamente, se o art. 103.º da Carta afirma a supremacia das obrigações decorrentes da Carta, é preciso atender a que ao Conselho de Segurança são impostos limites no desenvolvimento da sua principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais, determinando-se que, no exercício dessas funções, o Conselho de Segurança «agirá de acordo com os objetivos e os princípios das Nações Unidas», nomeadamente no exercício dos poderes conferidos pelo capítulo VII, sendo certo que de entre os seus objetivos se encontra o de promover e estimular o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos⁵⁸. A esta problemática já nos referimos em termos breves a propósito do caso *Lockerbie*, mas então a questão era colocada face ao TIJ⁵⁹, sendo certo que não pode ser tratada nos mesmos termos face ao TEDH, desde logo porque a Carta não tem natureza constitucional, como também defende PINTO DE ALBUQUERQUE, que sustenta esta asserção *inter alia* no facto de ao TIJ não ser reconhecida competência para realizar um controlo «constitucional» efetivo da «constitucionalidade» dos atos dos órgãos e funcionários das Nações Unidas e, em particular, do Conselho de Segurança⁶⁰.

Já em relação ao TEDH, entende que «[n]a hierarquia interna de normas própria do Conselho da Europa, o direito das Nações Unidas é igual a qualquer outro acordo internacional e subordinado à primazia da Convenção como instrumento constitucional da ordem pública europeia»⁶¹.

Obviamente, esta problemática chama à colação a questão controversa da aceitação, ou não, de normas de *jus cogens* regional. E, a este respeito, a verdade é que a Comissão de Direito Internacional não excluiu a possibilidade da sua existência, nomeadamente ao afirmar: «se existir, o *jus cogens* regional seria uma exceção a este princípio geral de aplicação universal das normas de *jus cogens*»⁶²; e que o mesmo é aceite por boa parte da doutrina⁶³. Por nós, não nos repugna aceitar a existência

⁵⁶ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 33.

⁵⁷ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 37.

⁵⁸ Cf. art. 24.º, n.º 2, e art. 1.º, n.º 3, da Carta das Nações Unidas.

⁵⁹ Cf. MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *As Medidas Provisórias na Jurisprudência Recente do Tribunal Internacional de Justiça*, cit., pp. 234 e ss.

⁶⁰ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 8.

⁶¹ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 59.

⁶² International Law Commission, First report on *jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur, doc. First report on *jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur, 8 March 2016, par. 68.

⁶³ Entre nós, pode ler-se, na desenvolvida obra de CORREIA BAPTISTA: «A existência de normas *iuris cogens* regionais tem, segundo se julga, apoio na prática dos Estados (...). Trata-se também de uma figura já com reconhecimento jurisprudencial e largo apoio doutrinário» (EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, Lex, 1997. Veja-se bibliografia aí citada). Aliás, na p. 283 da mesma obra, pode ler-se (embora referindo-se a normas universais,

de normas de *jus cogens* regional quando estão em causa valores fundamentais da referida ordem pública europeia, pelo que subscrevemos a conclusão de PINTO DE ALBUQUERQUE quando considera que as medidas de confisco em causa violam padrões mínimos fundamentais de proteção dos direitos humanos. A verdade é que a limitação do direito de acesso a um tribunal alegada pelos demandantes é feita sem que aos mesmos fosse conferido qualquer meio alternativo de defesa efetiva dos seus direitos face a decisões tomadas por órgãos políticos; ou seja, face a decisões tomadas com base em critérios políticos, não foi conferida qualquer possibilidade de revisão por um órgão independente e imparcial, o que, a nosso ver, é ilícito e violador de uma norma de *jus cogens* vigente no âmbito do Conselho da Europa.

Analizados estes aspetos, PINTO DE ALBUQUERQUE passa, na segunda parte da sua opinião, a tratar da questão do alegado conflito normativo entre a resolução em causa e a CEDH, e do papel do art. 103.º da Carta das Nações Unidas.

Começa por se referir às diferentes soluções possíveis para o problema – primazia da Carta, primazia das obrigações decorrentes de tratados dos direitos humanos e conciliação ou harmonização entre ambos – para depois, passando ao caso em análise, se referir à promessa não cumprida da maioria subscritora da sentença de proceder à interpretação da resolução 1483, afirmando que «[e]m vez de interpretar o texto, a maioria reinventa o texto da Resolução 1483, ampliando o sentido da sua linguagem e, pior ainda, descontextualizando o texto. Não é feito nenhum esforço interpretativo para conciliar expressões como congelar “sem demora” e transferência “imediata” com a possibilidade de um longo procedimento de revisão judicial. Menos esforço ainda é feito para explicar a exceção para bens ou recursos que sejam «objeto de penhor ou julgamento judicial, administrativo ou arbitral prévio», exceção essa que é simplesmente ignorada pela maioria»⁶⁴.

A maioria, neste caso, optou pela harmonização das obrigações decorrentes do art. 6.º da Convenção com as que advêm da Carta, invocando várias abordagens de casos precedentes julgados pelo Tribunal em apoio das suas conclusões. Mas, como bem sublinha PINTO DE ALBUQUERQUE, «a aparência de uniformidade não deve enganar. Sob o pretexto da integração sistémica, foram propostas três diferentes abordagens – as abordagens *Behrami*, *Al-Jedda* e *Nada* –, o que, por si só, é revelador da «hesitação metodológica» do Tribunal⁶⁵. Efetivamente, o esforço do Tribunal

mas que cremos poderem ser extrapoladas para normas de âmbito regional), que «à luz das epígrafes do artigo 53 e do artigo 45, o *Ius Cogens* é a Ordem Pública do Direito Internacional».

⁶⁴ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 37. Em sentido próximo, é afirmado por ANNE PETERS: «A principal fraqueza estrutural da opinião da maioria parece ser o facto de ela ler uma margem de manobra para os Estados-membros da ONU na resolução 1483 do Conselho de Segurança, embora não houvesse nenhuma» (ANNE PETERS, June 30, 2016, «The New Arbitrariness and Competing Constitutionalisms. Remarks on ECtHR Grand Chamber *Al-Dulimi*», *EJIL: Talk!*, <ejiltalk.org/the-new-arbitrariness-and-competing-constitutionalisms-remarks-on-ecthr-grand-chamber-al-dulimi/>).

⁶⁵ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 65. Aliás, em relação à aplicação de precedentes, PINTO DE ALBUQUERQUE fala de uma aplicação disfarçada do caso *Bosphorus*, o que, a seu ver, faz com que a invocação da presunção *Al-Jedda* e da presunção *Nada* se revelasse redundante, quando não prejudiciais (*ibid.*, par. 62). Acerca do referido caso *Bosphorus*,

em evitar tratar de frente a questão de saber como lidar com a primazia que o art. 103.º reconhece às obrigações decorrentes da CNU face à falta de garantias fundamentais resultante da resolução 1483 levo-o mesmo a encontrar neste documento garantias que ele não prevê⁶⁶, levando PINTO DE ALBUQUERQUE a concluir que «[a] maioria *Al-Dulimi* envolveu-se numa estratégia de negação, evitando a todo o custo o confronto com a realidade»⁶⁷; ou seja, optou por harmonizar o que não era harmonizável.

PINTO DE ALBUQUERQUE conclui afirmando a necessidade de as Nações Unidas enveredarem pela criação de mecanismos que garantam os direitos humanos (fala mesmo na criação de um Tribunal Mundial dos Direitos Humanos, o que não nos parece muito viável nos tempos mais próximos, dada a heterogeneidade que a nível mundial existe na proteção dos mesmos, embora proponha também vias judiciais alternativas, por exemplo, alargando e reforçando o mandato e os poderes do Gabinete do Provedor de Justiça de tal forma que este assuma uma natureza judicial) porque, como diz, se as exigências do *due process* fossem integradas no processo de aplicação de sanções, o regime das Nações Unidas sairia fortalecido. Como diz, «[o] direito internacional ficaria seriamente prejudicado se prevalecesse a obediência cega e mecânica às medidas das Nações Unidas que contradizem flagrantemente o próprio direito internacional», pelo que uma reforma no sentido preconizado só o pode reforçar⁶⁸, embora saibamos que tudo o que se refere a reformas no âmbito das Nações Unidas – e em particular na sua Carta constitutiva – se depara com obstáculos que se têm, até hoje, revelado inultrapassáveis, desde logo pelo direito de veto conferido aos membros permanentes do Conselho de Segurança pelos arts. 108.º e 109.º da CNU em matéria de emendas à, e revisão da, Carta das Nações Unidas⁶⁹.

Por nós, subscrevemos, em termos gerais, a opinião que PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE após à sentença proferida pela Grande Câmara. Na verdade, consideramos que a sentença do Tribunal é mal fundada e mesmo incongruente. Essa incongruência, que transparece da fundamentação da mesma, é particularmente manifesta quando se pretende usar um critério de proteção equivalente, e simultaneamente se reconhece, no par. 145, que «a inclusão de indivíduos e entidades nas listas de pessoas sujeitas às sanções impostas pelo Conselho de Segurança implica interferências práticas que *podem ser extremamente graves para os direitos*

veja-se TOBIAS LOCK, 2010, «Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 10, n.º 3, pp. 529-545.

⁶⁶ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 58.

⁶⁷ Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., par. 68.

⁶⁸ Cf. Opinião concorrente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE..., cit., pars. 71 a 73.

⁶⁹ Como afirmamos, «[o] certo é que a ideia de que uma qualquer emenda possa suscitar a questão da alteração do direito de veto, de que os membros que o detêm não estão dispostos a abdicar, tem constituído um obstáculo a emendas e revisão o que leva a que se mantenham na Carta normas perfeitamente obsoletas» [MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, 2021, «A Carta das Nações Unidas ao fim de 75 anos: um instrumento ainda útil?», *Livro em Homenagem a Rui Manuel Moura Ramos*, Maria Rosa Loula e Gustavo Ferraz de Campos Monaco (coords.), São Paulo, Editora Quartier Latin, p. 333]. No texto referido, abordamos a forma como, pela prática, se vão fazendo reformas no funcionamento das Nações Unidas.

dos envolvidos consagrados na Convenção. Sendo elaboradas por órgãos cujo papel se limita à aplicação individual das decisões políticas tomadas pelo Conselho de Segurança, estas listas refletem, no entanto, escolhas cujas consequências para as pessoas em causa podem ser tão pesadas que não podem ser implementadas sem proporcionar o direito a medidas adequadas de revisão, que é tanto mais indispensável quanto essas listas são normalmente compiladas em circunstâncias de crises internacionais e se baseiam em fontes de informação que tendem a não conduzir às salvaguardas exigidas por tais medidas. Neste contexto, o Tribunal gostaria de sublinhar que o objeto e a finalidade da Convenção, um tratado de direitos humanos que protege os indivíduos numa base objetiva (...), exigem que as suas disposições sejam interpretadas e aplicadas de uma forma que torne suas exigências práticas e eficazes (...). O Tribunal observa ainda que, sendo a Convenção um instrumento constitucional de ordem pública europeia (...), os Estados Partes são obrigados, nesse contexto, a garantir um nível de escrutínio do cumprimento da Convenção que, no mínimo, preserve os fundamentos dessa ordem pública. Um dos componentes fundamentais da ordem pública europeia é o princípio do Estado de Direito, e a arbitrariedade constitui a negação desse princípio»⁷⁰. Depois de reconhecer isto, considerar que a resolução 1483 comporta uma certa margem de flexibilidade que permite uma proteção aproximada da que reconhece dever ser garantida, parece-nos pretender ver nesse documento o que ele efetivamente não contém.

Cremos chegada a hora de o TEDH encarar de frente a questão subjacente a este caso. Escrevendo em comentário à sentença da Segunda Secção, ARCARI conclui afirmando: «É de esperar que algumas das ambiguidades persistentes que ainda envolvem o escopo e a função de proteção equivalente serão eventualmente esclarecidas pelo próximo julgamento da Grande Câmara do TEDH em *Al Dulimi*.»⁷¹ Também o autor terá visto goradas as suas expectativas...

5. Referências bibliográficas

- AQUINO, SÃO TOMÁS DE. (2010). *Summa Theologiae*, tradução espanhola *Suma de Teología*, III, Parte II-II (Aa), questão 67, artigo 3 (*in fine*), Madrid, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos.
- ARCARI, MAURIZIO. (2014). «Forgetting Article 103 of the UN Charter? Some perplexities on “equivalent protection” after *Al-Dulimi*», *Questions of International Law, Zoom-in*, pp. 31-41.
- BAPTISTA, EDUARDO CORREIA. (1997). *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, Lex.
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE. (31 August 2001). *General comment adopted by the Human Rights Committee under article 40, paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights*, General Comment No. 29, States of Emergency (article 4), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE. (23 August 2007). *General comment adopted by the Human Rights Committee under article 40, paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights*, General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, UN Doc. CCPR/C/GC/32.

⁷⁰ Itálicos nossos.

⁷¹ MAURIZIO ARCARI, «Forgetting Article 103 of the UN Charter?...», cit., p. 41.

- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. (8 March 2016). First report on *jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur.
- LOCK, TOBIAS. (2010). «Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 10, n.º 3, pp. 529-545.
- MARCHEGIANI, MAURA. (2014). «Le principe de la protection équivalente dans l'articulation des rapports entre ordre juridique des NU et CEDH après l'arrêt *Al-Dulimi*», *Questions of International Law, Zoom-in*, pp. 3-14.
- MILANOVIC, MARKO. (June 23, 2016). «Grand Chamber Judgment in *Al-Dulimi v. Switzerland*», *EJIL: Talk!*, <ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-al-dulimi-v-switzerland/>.
- PALOMBELLA, GIANLUIGI. (2014). «The principled, and winding, road to *Al-Dulimi*. Interpreting the interpreters», *Questions of International Law, Zoom-in*, pp. 15-29.
- PEREIRA, MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE. (1998). *As Medidas Provisórias na Jurisprudência Recente do Tribunal Internacional de Justiça*, Coimbra, Almedina.
- PEREIRA, MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE. (1999). «O Protocolo n.º 11 Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem», *Revista Jurídica da Universidade Portuguesa*, n.º 2, pp. 77-104.
- PEREIRA, MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE. (2009). *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, Coimbra, Coimbra Editora.
- PEREIRA, MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE. (2012). «A “guerra contra o terrorismo”: um novo tipo de conflito armado?», *Estudios de Derecho Internacional y de Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 491-520.
- PEREIRA, MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE. (2021). «A Carta das Nações Unidas ao fim de 75 anos: um instrumento ainda útil?», *Livro em Homenagem a Rui Manuel Moura Ramos*, Maria Rosa Loula e Gustavo Ferraz de Campos Monaco (coords.), São Paulo, Editora Quartier Latin, pp. 331-354.
- PEREIRA, MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE. (2022). «A “guerra contra o terrorismo” no contexto do combate ao terrorismo», *Prevenção, Policiamento e Segurança, Implicações nos Direitos Humanos*, I Congresso Internacional JusCrim, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governança – JusCrim (Justiça Criminal e Criminologia), pp. 171-191.
- PETERS, ANNE. (June 30, 2016). «The New Arbitrariness and Competing Constitutionalisms. Remarks on ECtHR Grand Chamber *Al-Dulimi*», *EJIL: Talk!*, <ejiltalk.org/the-new-arbitrariness-and-competing-constitutionalisms-remarks-on-ecthr-grand-chamber-al-dulimi/>.

CAPÍTULO XIV

**DISCRIMINAÇÃO DE
GRUPOS PROFISSIONAIS**

Correia de Matos c. Portugal

Correia de Matos c. Portugal

Impossibilidade de um advogado se defender a si próprio em processo penal,
na perspetiva da discriminação de grupos profissionais

CATHERINE MAIA*

RAFAELA MENDEL**

1. Introdução

Em 4 de abril de 2018, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) proferiu um acórdão referente ao recurso interposto no caso *Correia de Matos c. Portugal*¹, no âmbito de um impedimento do direito à autorrepresentação, consagrado no artigo 6.º, §§ 1 e 3, alínea c), da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), apresentado por Carlos Correia de Matos, na qualidade de demandante, contra o Estado português, na qualidade de demandado. Neste caso, os tribunais nacionais portugueses não tinham permitido que o requerente, advogado de profissão, se defendesse a si próprio no processo-crime em que tinha sido acusado e condenado por injúria agravada a um juiz.

Perante o TEDH, o requerente, como advogado, defendeu uma posição de princípio contra a obrigatoriedade de assistência por defensor em processo penal², alegando que tais decisões nacionais dos tribunais portugueses violaram o seu direito a um processo equitativo, tal como previsto pelo artigo 6.º, §§ 1 e 3, alínea c),

* Professora Doutora em Direito Internacional da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto (Portugal), Professora Visitante da Sciences Po Paris e das Universidades Católicas de Lyon e Lille (França).

** Graduada em Direito pela Universidade Lusófona do Porto (Portugal), Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade do Minho (Portugal).

¹ TEDH, *Correia de Matos c. Portugal*, n.º 56402/12, 4 de abril de 2018. Apresentada a 4 de agosto de 2012, a queixa, inicialmente atribuída à Primeira Secção, foi reencaminhada para a Grande Câmara, desembocando sobre o acórdão de 2018 que representa a posição do TEDH em relação ao direito de se defender a si próprio. Ver a respeito deste direito, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : droit à un procès équitable (volet pénal)*, CONSELHO DA EUROPA/TEDH, 2024, pp. 91-101. Para uma análise deste caso, ver, nomeadamente: *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: sumários*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2020, pp. 121-124; HUGUES DIAZ, 2018, «Droit ou obligation d'être défendu par un avocat?», *Dalloz*, 30 de abril de 2018; CHRISTOPHER GRAY, 2018, «The right to defend oneself in person in criminal proceedings: *Correia de Matos v. Portugal*», *European Human Rights Law Review*, vol. 4, pp. 393-396.

As traduções necessárias ao presente comentário são nossas.

² Não sem uma certa constância na escolha da sua defesa, por decisão de 14 de novembro de 2016, o presidente da Grande Câmara autorizou o requerente a apresentar ele próprio o seu caso, em conformidade com os artigos 71.º, § 1, e 36.º, §§ 2 e 3, do Regulamento do TEDH.

da CEDH. Por uma estreita maioria de nove votos contra oito, o TEDH decidiu pela não violação das disposições invocadas.

O Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE foi um dos membros da Grande Câmara do TEDH que proferiu o referido acórdão, ao qual juntou uma opinião dissidente que oferece uma demonstração rigorosa e minuciosa da análise das normas aplicáveis e das fragilidades argumentativas da decisão judicial, evidenciando assim as qualidades tanto de professor como de juiz. O presente comentário tem precisamente como objetivo analisar a argumentação que o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE desenvolveu no seu voto dissidente da maioria em defesa ao direito à autorrepresentação do requerente. Tem igualmente por objetivo, mais amplamente, prestar uma modesta homenagem à sua contribuição para a defesa dos direitos humanos.

2. Contexto factual do caso

Antes de mais, é necessário expor o contexto factual, os factos do caso em apreço, colocando a questão do alcance do direito de autodefesa dos réus na qualidade de advogados.

Em 4 de agosto de 2012, o cidadão português Carlos Correia de Matos interpôs um recurso (n.º 56402/12) contra a República Portuguesa para o TEDH sob o fundamento do artigo 34.º da CEDH.

Precedente ao caso, o recorrente teve a sua inscrição na Ordem dos Advogados portuguesa suspensa por um despacho da mesma Ordem no dia 24 de setembro de 1993, com publicação no *Diário da República* em junho de 2000, por ser considerado incongruente o exercício da profissão de auditor juntamente com o exercício da profissão de advogado. Em 28 de fevereiro de 2008, o requerente questionou as decisões de um juiz e ofendeu-o durante um processo cível, o que levou o juiz em questão a interpor uma queixa contra o requerente por injúria agravada ao Ministério Público.

Em 2010, o Ministério Público do Tribunal da Comarca do Baixo Vouga nomeou um advogado para conduzir a defesa do recorrente nos termos do artigo 64.º do Código de Processo Penal (CPP), devido ao facto de o mesmo não o ter feito. O recorrente pediu para se substituir a esse advogado e para se defender a si próprio, mas o pedido foi negado pelo tribunal com fundamento no artigo 287.º, § 4, do CPP. Então, apelou da decisão para o Tribunal da Relação de Coimbra, que admitiu o recurso, mas lhe negou novamente provimento. O Tribunal da Relação de Coimbra afirmou que a legislação processual penal portuguesa não permite que um acusado atue como defensor no mesmo processo, e que é no melhor interesse do acusado ser representado por um advogado, capaz de proporcionar uma defesa lúcida, desapaixonada e eficaz.

Em maio de 2012, o Tribunal Constitucional decidiu não considerar um recurso apresentado pelo recorrente, que se queixava da recusa dos tribunais inferiores em permitir que ele se defendesse a si próprio. Em setembro do mesmo ano, o juiz de instrução do Baixo Vouga realizou uma audiência – à qual o requerente não compareceu – na qual confirmou a acusação e encaminhou o processo para julgamento.

Em dezembro de 2013, o Tribunal Criminal do Baixo Vouga condenou por injúria qualificada o recorrente – que não compareceu à audiência, mas sim a sua advogada nomeada pelo tribunal –, e ordenou que ele pagasse uma multa de 140 dias à taxa diária de 9 euros, além das custas processuais. O recorrente não tinha solicitado apoio judiciário para cobrir as custas e foi condenado a pagar as despesas adicionais.

Em 2014, o Tribunal Criminal do Baixo Vouga e o Tribunal da Relação do Porto rejeitaram os respetivos recursos do recorrente contra a sentença por não terem sido assinados por um advogado de defesa. O Tribunal da Relação do Porto reforçou que, de acordo com a lei portuguesa, os réus em processos criminais, mesmo que sejam advogados, não podem defender-se a si próprios, mas devem ser assistidos por um defensor. Sendo a implementação de uma defesa em matéria penal um interesse de ordem pública, não seria possível renunciar ao direito de ser defendido, mesmo que isso significasse impor um advogado ao acusado. Assim sendo, a lei e a jurisprudência portuguesas estavam de acordo com a CEDH e seus respetivos protocolos, não havendo nenhuma violação de direitos humanos, nomeadamente dos direitos de defesa do requerente.

3. Decisão do TEDH sobre o mérito: a ausência de violação do direito a um processo equitativo

O acórdão de 2018 em questão versa sobre o direito de defesa pessoal dos advogados e a garantia de um processo equitativo, dispostos nos artigos 6.º, §§ 1 e 3, alínea c), da CEDH. Conforme o parágrafo 1: «Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...)» Além disso, conforme o parágrafo 3, alínea c): «O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (...) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem.» Tal direito de cada acusado de se defender pessoalmente ou através de um defensor da sua escolha não é, todavia, absoluto, sendo possíveis certas limitações inerentes aos interesses da justiça, que derivam da legislação aplicável ou das regras processuais do tribunal em causa³.

É de salientar que esta não era a primeira queixa do requerente de não se poder defender sozinho perante os tribunais portugueses, pois já tinha apresentado uma queixa semelhante junto do TEDH num processo separado alguns anos antes, em vão. Na sua decisão de 15 de novembro de 2001, o TEDH tinha então considerado que os advogados podem representar-se em tribunal se, em conformidade com a margem de apreciação concedida aos Estados, os tribunais internos julgarem

³ Ver, em particular: TEDH, *J.B. c. República Checa*, queixa n.º 44438/06, acórdão de 21 de julho de 2011, § 60; TEDH, *Mayzit c. Rússia*, queixa n.º 63378/00, 20 de janeiro de 2005, § 65.

que o advogado se defenderá de forma justa e eficaz, de modo a resguardar a equidade do processo penal⁴. Assim, o TEDH indeferiu o pedido do demandante, por entender que os direitos de defesa do réu não tinham sido comprometidos. Chegou à mesma conclusão no seu acórdão de 2018, no qual, à luz dos argumentos das partes, entendeu que o presente caso estava principalmente relacionado com «a extensão do direito, para um arguido dotado de uma formação jurídica, de conduzir a sua própria defesa»⁵.

O TEDH começa por recordar que é da responsabilidade primária das jurisdições internas a apreciação da interpretação da CEDH e dos seus protocolos, com o objetivo de garantir a equidade global do processo penal. Nesse sentido, segundo jurisprudência assente, o TEDH considera que a decisão de autorizar um arguido a defender-se a ele próprio cabe na margem de apreciação dos Estados que, conforme o princípio da subsidiariedade⁶, estão na melhor posição para escolher os meios adequados para permitir que o seu sistema judicial garanta os direitos de defesa⁷. No entanto, esta margem de apreciação não é ilimitada, pelo que o TEDH deve averiguar que as razões apresentadas pelas autoridades nacionais são relevantes e suficientes⁸.

Neste caso, as decisões dos tribunais portugueses estão em consonância com a jurisprudência constante do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça, segundo a qual o arguido em processo penal não pode intervir pessoalmente, mesmo sendo advogado, ou até magistrado. Esta obrigação de ser assistido por um defensor ou mandatário constituído em processo penal não se destina a restringir a atuação da defesa, mas sim proteger o acusado e assegurar uma defesa eficaz. Neste contexto, as disposições pertinentes do CPP assentam no pressuposto de que a defesa do arguido é mais bem assegurada por profissionais que possam prestar uma defesa clara, imparcial e eficaz, e que não tenham uma sobrecarga emocional ligada ao caso.

Estas considerações eram ainda mais pertinentes no caso específico do recorrente, uma vez que estava suspenso da Ordem dos Advogados e que não podia sequer prestar assistência jurídica a terceiros, o que, aliás, levou o TEDH a circunscrever o debate jurídico ao alcance do direito de um arguido com formação jurídica a conduzir a sua própria defesa⁹.

Além disso, pelo passado, o requerente já tinha sido condenado por um crime idêntico contra um juiz. Considerando a importância do papel dos advogados na

⁴ TEDH, *Correia de Matos c. Portugal*, queixa n.º 48188/99, decisão final sobre a admissibilidade, 15 de novembro de 2001.

⁵ TEDH, *Correia de Matos c. Portugal*, queixa n.º 56402/12, 4 de abril de 2018, § 110.

⁶ Sobre este princípio, ver: THOMAS KLEINLEIN, 2019, «The procedural approach of the European Court of Human Rights: between subsidiarity and dynamic evolution», *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 68, pp. 91-110; CATHERINE MAIA e EMMANUEL GARDOUNIS, 2021, «Subsidiary Jurisdiction», *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 1-25.

⁷ TEDH, *Correia de Matos c. Portugal*, queixa n.º 56402/12, 4 de abril de 2018, § 123.

⁸ *Ibid.*, § 126.

⁹ *Ibid.*, § 110.

administração da justiça, existiam dúvidas de que o requerente pudesse ter a objetividade e imparcialidade indispensáveis para se defender eficazmente.

Acresce que o facto de a legislação portuguesa não autorizar que um advogado se represente a si próprio em processo penal não impediu o requerente de escolher a forma como a sua defesa foi conduzida, uma vez que o direito processual concede ao arguido vários meios através dos quais este tem a faculdade de participar e intervir no processo de forma ativa e pessoal.

Por fim, o arguido que – com fundamentos válidos e razoáveis – não se conformar com a defesa realizada pelo defensor nomeado, pode requerer a sua substituição ou constituir-se para ela um representante de sua confiança. Ainda que os arguidos condenados tenham de suportar os custos da nomeação de um advogado, podem sempre requerer apoio judiciário se não puderem suportar tais custos.

Assim, se a lei nacional portuguesa exige que os réus tenham um defensor em processos penais, na prática, eles têm a liberdade de participar ativamente na sua própria defesa. Pois o objetivo da lei é assegurar a boa administração da justiça, respeitando o direito do réu a um processo justo e equitativo. No caso em questão, o réu tinha optado, na fase do julgamento, por não comparecer às audiências e não participar ativamente na sua defesa, não tendo, contudo, apresentado nenhuma queixa contra o defensor que lhe tinha sido nomeado oficiosamente pelo tribunal nacional. Assim sendo, o TEDH entendeu não existir violação do artigo 6.º, n.ºs 1 e 3, alínea c), da CEDH e que as razões apresentadas pelos tribunais nacionais portugueses para justificar a obrigatoriedade de um defensor eram relevantes e suficientes. Portanto, por uma estreita maioria dos votos no TEDH, foi decidido que a defesa tinha sido conduzida de forma adequada.

4. Opinião dissidente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque: a violação do direito dos advogados de se defenderem a eles próprios

Devido à divisão dos juízes do TEDH, o acórdão *Correia de Matos c. Portugal* foi proferido por uma curta maioria de nove votos contra oito, resultando em nada menos que cinco opiniões dissidentes¹⁰. Nestas se inclui a opinião dissidente do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que contribuiu para a decisão desse caso, sendo

¹⁰ Foram emitidas as opiniões dissidentes seguintes: opinião dissidente do Juiz SAJÓ (que tem reservas quanto à apreciação realizada pelo TEDH acerca da abordagem da equidade geral do processo); opinião dissidente comum aos Juízes TSOTSORIA, MOTOC e MITS (que conclui que a decisão do TEDH excedeu a margem de apreciação dos Estados e critica a abordagem adotada por ter ignorado os desenvolvimentos do Direito Internacional); opinião dissidente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, à qual se junta o Juiz SAJÓ (que entende que tanto o elemento literal como o elemento teleológico do artigo 6.º, § 3, alínea c), da CEDH impõem o reconhecimento ao acusado do direito a se defender a si próprio); opinião dissidente dos Juízes PEJCHAL e WOJTYCZEK (que considera que o processo foi injusto e violador do direito a se defender a si próprio, criticando a abordagem paternalista do TEDH); opinião dissidente do Juiz BOŠNJAK (que sustenta que o direito nacional português nega autonomia ao acusado sem justificação válida).

um dos oito votos que considerou a ocorrência de uma violação do direito a um processo equitativo e à autorrepresentação, consagrados no artigo 6.º da CEDH.

Na sua opinião dissidente, à qual se juntou o Juiz ANDRÁS SAJÓ, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE alegou que o raciocínio da maioria não era sólido, desenvolvendo nomeadamente dois eixos de fragilidade do acórdão do TEDH. Por um lado, dissidiu da maioria quanto à linha argumentativa de que a margem de apreciação não tinha sido ultrapassada pelo Estado demandado, mas sim avaliada adequadamente¹¹. Pois a maioria depositou uma confiança excessiva na doutrina da margem de apreciação da CEDH concedida aos Estados, o seu alcance sendo, na realidade, mais reduzido, e não permitindo justificar a proibição geral prevista na lei portuguesa e as decisões específicas de proibição adotadas neste caso. Por outro lado, discordou da maioria quanto à avaliação das justificativas à restrição do direito à autorrepresentação pelo Estado português¹². Pois o direito de se defender num processo penal, tal como consagrado na Convenção e na jurisprudência europeias, é um direito autónomo, apesar de não ser absoluto, que só pode ser limitado quando motivos adequados e suficientes o justifiquem.

O Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE sustentou que a aplicação da margem de apreciação é justificável somente quando se fundamenta em razões plausíveis e legítimas para realizar essa avaliação, nunca devendo ser uma «*carte blanche*» concedida aos Estados¹³. No entanto, no caso em questão, a maioria impôs uma argumentação superficial para justificar a aplicação da margem de apreciação pelo Estado português, o que tornou a sua decisão inadequada. Nesse sentido, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE alegou que o caso foi analisado de modo abstrato, argumentando-se que o réu não poderia se autorrepresentar por ser advogado, mas que não foram apresentadas razões concretas baseadas em circunstâncias particulares, o que o levou a justificar a falta de motivos suficientes para que os tribunais portugueses impedissem o requerente de se defender a ele próprio¹⁴.

Além disso, questionou o alegado carácter não determinativo das normas jurídicas e os desenvolvimentos em outros Estados-Membros do Conselho da Europa, no Direito da União Europeia e no Direito Internacional em geral, sem resposta sobre a extensão da margem de apreciação concedida aos Estados. Apontou que, nos então 47 Estados-Membros do Conselho da Europa¹⁵, 31 dos 35 estudados pelo TEDH permitem a autorrepresentação como regra geral, enquanto os outros quatro admitem exceções notáveis. Em nenhum dos Estados-Membros pesquisados a autorrepresentação é proibida de forma absoluta como ocorre em Portugal, pelo que tal proibição absoluta na legislação portuguesa aparece como uma «anomalia»

¹¹ TEDH, *Correia de Matos c. Portugal*, queixa n.º 56402/12, 4 de abril de 2018, opinião dissidente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE à qual se junta o Juiz SAJÓ, §§ 4-54.

¹² *Ibid.*, §§ 55-80.

¹³ *Ibid.*, § 7.

¹⁴ *Ibid.*, § 48.

¹⁵ Sobre a exclusão da Rússia em 2022, passando o número de Estados-Membros do Conselho da Europa para 46, ver CATHERINE MAIA e ANDRÉ-MARIE GBÉNOU, 2022, «Exclusão da Rússia do Conselho da Europa: um enfraquecimento da organização pan-europeia?», *Observador*, 18 de março de 2022.

no seio do Conselho da Europa¹⁶. Assim sendo, na opinião do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, a decisão do TEDH não está claramente baseada no consenso europeu e no Direito Internacional sobre o assunto.

Outrossim, suscitou a questão da (in)competência dos tribunais nacionais em apreciar a CEDH, inclusive o seu artigo 6.º, § 3, alínea c). Alegou que os tribunais nacionais são legítimos para avaliar, no lugar do TEDH, questões políticas mais amplas sobre a vida social, para apreciar condições e necessidades locais. Em oposição ao entendimento da maioria, defendeu que nenhuma dessas situações que legitimam as autoridades nacionais a apreciarem o caso melhor que o TEDH se enquadra no caso concreto. Ainda expressou o receio de que «a autocontenção judicial no campo dos direitos fundamentais se transforme facilmente em agnoscicismo quanto aos princípios e valores, em indulgência política e, finalmente, em abdicação da responsabilidade judicial»¹⁷. Referiu o risco de uma margem de apreciação ilimitada se as autoridades nacionais mantiverem um baixo padrão de revisão parlamentar com base na lei nacional e não na CEDH, ainda que esta última contenha uma norma específica sobre o direito a um processo equitativo¹⁸.

O juiz discordou de que a maioria considerou a evolução do Direito Internacional, que buscou interpretar as disposições da Convenção conforme as opiniões do Comité dos Direitos Humanos e sua interpretação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) de 1966¹⁹, bem como de outras normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A este respeito, considerou insuficiente a explicação quanto à inaplicabilidade do Comentário Geral n.º 32²⁰. Pois o Comité dos Direitos Humanos tem afirmado claramente que existe um direito à autorrepresentação, mas que esse pode ser restrito com justa causa e na medida mínima possível para proteger os interesses da justiça, além de defender que não deve haver barreiras absolutas contra este direito, como há em Portugal²¹. Assim, algu-

¹⁶ TEDH, *Correia de Matos c. Portugal*, queixa n.º 56402/12, acórdão de 4 de abril de 2018, opinião dissidente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE à qual se junta o Juiz SAJÓ, §§ 17 e 20.

¹⁷ *Ibid.*, § 12.

¹⁸ *Ibid.*, § 42.

¹⁹ Conforme o artigo 14.º, § 3, alínea d), do PIDCP: «Qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: (...) d) A estar presente no processo e a defender-se a si própria ou a ter a assistência de um defensor da sua escolha; se não tiver defensor, a ser informada do seu direito de ter um e, sempre que o interesse da justiça o exigir, a ser-lhe atribuído um defensor oficioso, a título gratuito no caso de não ter meios para o remunerar.»

²⁰ Ver COMITÉ DOS DIREITOS HUMANOS, Comentário Geral n.º 32, «Artigo 14.º Direito à igualdade perante os tribunais de justiça e a um julgamento justo», CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, § 37, em que é reconhecido que o artigo 14.º garante o direito de se defender sem advogado.

²¹ Ver COMITÉ DOS DIREITOS HUMANOS, *Correia de Matos c. Portugal*, comunicação n.º 1123/2002, 28 de março de 2006. A 1 de abril de 2002, o requerente tinha apresentado, ao abrigo do primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP, uma comunicação relativa a Portugal, pelos mesmos factos que estavam em causa num pedido anterior apresentado ao TEDH em 1999 e que tinha resultado na decisão de indeferimento de 2001. Nas suas conclusões adotadas em 28 de março de 2006, o Comité dos Direitos Humanos declarou, por 12 votos a favor contra quatro, que o direito do requerente de se defender ao abrigo o artigo 14.º, § 3, alínea d), do PIDCP não tinha sido respeitado. Referindo-se a esse caso, nas suas *Observações finais sobre o quarto*

mas decisões do TEDH apontam para a possibilidade de restrições no direito de autorrepresentação em certas circunstâncias, enquanto outras apoiam que a obrigatoriedade de assistência jurídica não é absoluta. Somente um caso era de proibição absoluta de autorrepresentação: o caso *Correia de Matos c. Portugal* de 2001²².

Também argumentou que a maioria não demonstrou que as autoridades nacionais realmente utilizaram fundamentos relevantes e suficientes para a proibição da autorrepresentação, apenas citaram algumas decisões internas relacionadas com outros réus, e que apresentou factos que poderiam ter sido relevantes, mas não faziam parte da argumentação das sentenças dos tribunais nacionais²³. Um juiz do TEDH deve abster-se de questionar os pensamentos dos tribunais nacionais e concentrar-se apenas nas decisões e motivos fornecidos por eles.

Além disso, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE apresentou razões literais, teleológicas e sistemáticas para o reconhecimento do direito de se defender a si próprio enquanto direito autónomo. A interpretação da norma deve ser literal²⁴, o que não coloca a assistência jurídica como substituta absoluta do direito à autorrepresentação, mesmo que este último possa ser restringido. A interpretação teleológica do direito de se defender a si próprio²⁵ no contexto da CEDH é consistente com a conceção fundamental do réu não como objeto do processo penal, mas sim como sujeito, que é titular do direito de se defender a ele próprio, consagrado no artigo 6.º, § 3, alínea c), da Convenção. Quanto à dimensão sistemática, a legislação nacional da maioria dos Estados europeus, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional reconhecem o direito de se defender a si próprio num processo penal. Conforme já indicado, alguns países estabelecem exceções ao direito de autorrepresentação consoante o nível de jurisdição, a gravidade do delito, a condição de saúde mental do réu, a capacidade do réu de falar o idioma do julgamento, ou ainda quando o acusado perturbou a condução adequada do julgamento²⁶.

Além disso, qualquer interferência no artigo 6.º, § 3, alínea c), deve ter em conta que, no cerne dessa disposição, está o direito de cada um a se defender e a observância do princípio da proporcionalidade entre a autonomia pessoal do arguido e as razões de interesse geral levantadas pelos tribunais nacionais²⁷. Nesta análise,

relatório periódico de Portugal, o Comité dos Direitos Humanos notou com preocupação que os indivíduos não têm o direito de se defender a eles próprios em processos criminais, instando o Estado português a assegurar tal direito, em conformidade com o PIDCP (*Observações finais sobre o quarto relatório periódico de Portugal, adotadas pelo Comité dos Direitos Humanos na sua 106.ª sessão (15 de outubro-2 de novembro de 2012)*, CCPR/C/PRT/CO/4, 23 de novembro de 2012, § 14). Sobre as interpretações divergentes do TEDH e do Comité dos Direitos Humanos neste caso, ver DOROTHEA STAES, 2018, «*Correia de Matos v. Portugal: fragmented protection of the right to defend oneself in person*», *Strasbourg Observers*, 24 de maio de 2018.

²² TEDH, *Correia de Matos c. Portugal*, n.º 56402/12, acórdão de 4 de abril de 2018, opinião dissidente do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE à qual se junta o Juiz SAJÓ, §§ 57 e 64.

²³ *Ibid.*, § 60.

²⁴ *Ibid.*, §§ 62-64.

²⁵ *Ibid.*, §§ 65-67.

²⁶ *Ibid.*, § 70.

²⁷ *Ibid.*, § 75.

o tribunal deve amparar o máximo possível o cerne do direito. Essas razões de interesse geral estão relacionadas com a proteção de um julgamento justo, quando o réu não consegue agir em seu próprio interesse, e quando houver a necessidade de proteção de testemunhas vulneráveis²⁸.

Quanto à aplicação do artigo 6.º da CEDH ao caso, a legislação e a jurisprudência internas não permitem a representação de um arguido advogado num processo penal. Desde a entrada em vigor da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto de 2004, nenhum arguido advogado pode representar-se a si mesmo em qualquer fase do processo penal, conforme a jurisprudência unânime do Tribunal Constitucional, do Supremo Tribunal de Justiça e dos tribunais de apelação. No processo concreto, o recorrente, que era advogado, sempre foi impedido de se representar em qualquer fase do processo penal.

Assim, o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE considerou que o julgamento deste caso anunciava «um retorno aos preconceitos do passado sombrio e atormentado da Europa, aqueles preconceitos que categorizavam os réus como objetos nas mãos do Estado todo-poderoso, que sempre poderia ditar o que era dos seus interesses, mesmo contra a sua própria vontade»²⁹. A considerar os votos, por diferença de um só voto, foi considerado pelos juízes que não houve violação do artigo 6.º, § 3, alínea c), da CEDH. De um lado, o juiz observou estarem aqueles que não quiseram fazer resistência às autoridades nacionais portuguesas e, de outro lado, aqueles que defenderam o direito de autorrepresentação do arguido.

5. Considerações finais

O acórdão *Correia de Matos c. Portugal* de 2018 ilustra a profunda clivagem do TEDH na matéria dos direitos da defesa no quadro do processo penal. Como afirmado pelo Tribunal³⁰ e frisado nas opiniões dissidentes, quase todas as infrações ao abrigo do CPP implicam uma pena privativa de liberdade, o que acaba por consagrar uma interdição quase absoluta do arguido de se defender a ele próprio. Essa interdição consagrada na legislação portuguesa vale para todos os indivíduos, inclusive quando o arguido é advogado de profissão, e mesmo se for acusado de uma infração menor num caso sem qualquer complexidade factual ou jurídica.

Ora, uma vez que a maioria do TEDH adotou o raciocínio conforme o qual a regra que devia ser justificada não era tal regra de proibição geral de se defender em processo penal, mas sim a regra mais específica que impede os arguidos dotados de uma formação jurídica de assegurarem a sua própria defesa, deveria ter encontrado na legislação portuguesa justificações para impor tal assistência judiciária especialmente aos arguidos com formação jurídica, o que não fez.

Nesse aspeto, a análise cuidadosa e criteriosa da opinião dissidente do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE fundamenta a sua posição de que houve uma violação do direito de autorrepresentação do requerente, garantido pelo artigo 6.º,

²⁸ *Ibid.*, § 76.

²⁹ *Ibid.*, § 82.

³⁰ TEDH, *Correia de Matos c. Portugal*, queixa n.º 56402/12, acórdão de 4 de abril de 2018, § 49.

§ 3, alínea c), da CEDH. Mais ainda, essa violação manifesta uma discriminação em relação à categoria profissional dos advogados em particular que, como profissionais do direito, são impedidos de se defender quando estão na posição de réus em processos penais³¹. Por outras palavras, em Portugal, é negado aos advogados o direito a um julgamento equitativo.

6. Referências bibliográficas

- COMITÉ DOS DIREITOS HUMANOS, *Correia de Matos c. Portugal*, comunicação n.º 1123/2002, 28 de março de 2006.
- COMITÉ DOS DIREITOS HUMANOS, Comentário Geral n.º 32, «Artigo 14.º Direito à igualdade perante os tribunais de justiça e a um julgamento justo», CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.
- COMITÉ DOS DIREITOS HUMANOS, *Observações finais sobre o quarto relatório periódico de Portugal, adotadas pelo Comité dos Direitos Humanos na sua 106.ª sessão (15 de outubro-2 de novembro de 2012)*, CCPR/C/PRT/CO/4, 23 de novembro de 2012.
- CONSELHO DA EUROPA/TEDH. (2002). *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme: droit à un procès équitable (volet pénal)*.
- DIAZ, HUGUES. (2018). «Droit ou obligation d'être défendu par un avocat?», *Dalloz*, 30 de abril de 2018.
- GRAY, CHRISTOPHER. (2018). «The right to defend oneself in person in criminal proceedings: *Correia de Matos v. Portugal*», *European Human Rights Law Review*, vol. 4, pp. 393-396.
- KLEINLEIN, THOMAS. (2019). «The procedural approach of the European Court of Human Rights: between subsidiarity and dynamic evolution», *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 68, pp. 91-110.
- MAIA, CATHERINE e GARDOUNIS, EMMANUEL. (2021). «Subsidiary Jurisdiction», *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 1-25.
- MAIA, CATHERINE e GBÉNOU, ANDRÉ-MARIE. (18 de março de 2022). «Exclusão da Rússia do Conselho da Europa: um enfraquecimento da organização pan-europeia?», *Observador. Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: sumários*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2020.
- STAES, DOROTHEA. (2018). «*Correia de Matos v. Portugal*: fragmented protection of the right to defend oneself in person», *Strasbourg Observers*, 24 de maio de 2018.
- TEDH, *Correia de Matos c. Portugal*, n.º 48188/99, decisão final sobre a admissibilidade, 15 de novembro de 2001.
- TEDH, *Correia de Matos c. Portugal*, n.º 56402/12, 4 de abril de 2018.

³¹ Sabemos que o Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE sempre foi particularmente sensível às situações de discriminação – como o demonstra a presente obra coletiva, sendo o nosso comentário apenas uma ilustração –, nomeadamente entre mulheres e homens (*Alexandru Enache c. Roménia*, queixa n.º 16986/12, acórdão de 3 de outubro de 2017), em relação às minorias religiosas (*Paróquia católica grega de Lupeni e Outros c. Roménia*, queixa n.º 76943/11, acórdão de 29 de novembro de 2016), ou ainda em relação aos filhos nascidos fora do casamento (*Fabris c. França*, queixa n.º 16574/08, acórdão de 7 de fevereiro de 2013).

AUTORES

Carla Osmo | Flavia Portella Püschel | Alberto Pereira Lima Filho | Rute Teixeira Pedro | Miguel Simões Correia | Ana Sofia Carvalho | Sofia B. Nunes | Teresa Pizarro Beleza | Helena Pereira de Melo | Camilla Rosso | Anabela Costa Leão | Diógenes Ivo Fernandes de Sousa Silva | Jeovet Baca Virgínia | J. Silva Lopes | Maria Manuela Magalhães Silva | Catarina Filipa Ribeiro Serra | Fernando Rey Martínez | Ana Cansado | Sofia Pereira | João Zenha Martins | Eduardo A. S. Figueiredo | Luísa Neto | Sílvia da Graça Amaral Gomes Ricardo Pinto | Tayrone Marquesini Chiavone | Maria de Assunção do Vale Pereira | Catherine Maia | Rafaela Mendel

«Esta obra tem como objetivo analisar o impacto da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), com especial atenção às contribuições do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, no desenvolvimento do Direito Antidiscriminatório.

A partir de uma perspetiva transdisciplinar, examina-se como as opiniões do notável jurista, frequentemente dissidentes, contribuíram de maneira significativa para a consolidação e o avanço desse campo jurídico.

[...] Dessa forma, esta obra examina alguns dos casos mais emblemáticos julgados pelo juiz Paulo Pinto de Albuquerque no TEDH, oferecendo uma análise abrangente das várias manifestações de discriminação e suas repercussões jurídicas e sociais. Estruturada para explorar múltiplas vertentes do tema, a obra desdobra-se em capítulos que discutem, por meio de casos específicos, as complexidades e os desafios associados a cada tipo de discriminação.»

in Introdução **Soraya Nour Sckell**

APOIO

