

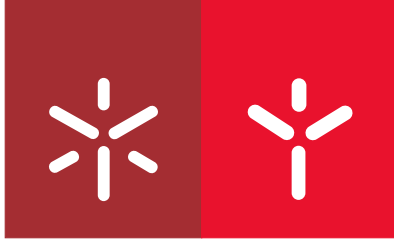


Universidade do Minho
Escola de Direito

Taíza Maria Alves da Silva **Perspectivas e desafios jurídicos da
democracia multinível num contexto de crise**

Taíza Maria Alves da Silva

**Perspectivas e desafios jurídicos da
democracia multinível num contexto de crise**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Taíza Maria Alves da Silva

**Perspectivas e desafios jurídicos da
democracia multinível num contexto de crise**

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas
Especialidade em Ciências Jurídicas Públicas

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Alessandra Aparecida Silveira

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração da presente tese. Confirmando que em todo o trabalho conducente à sua elaboração não recorri à prática de plágio ou a qualquer forma de falsificação de resultados.

Mais declaro que tomei conhecimento integral do Código de Ética da Universidade do Minho.

Universidade do Minho, 07 de julho de 2017.

Assinatura:


Taiza Maria Alves da Silva

*Ao meu filho Bento,
que me deu a luz.*

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto de muito esforço, e que foi proporcional ao suporte que recebi. Agradeço assim,

A Marcio Sá, por tudo que só nós dois sabemos;

À Fatinha, Loiola, Tibério, Tairone, Maria Helena, Bruna e Greciane, porque, em tudo de grande que eu faço, existe uma família maior ainda;

A Tarcísio Fulgêncio, o Professor, o Doutor e o irmão que me inspirou a querer ser como ele;

À minha orientadora, Professora Doutora Alessandra Silveira, pela acolhida acadêmica e por ter me dedicado tanto do seu tempo nestes anos de trabalho intenso, que foram fundamentais à realização desta tese;

Ao Centro de Estudos em Direito da União Europeia, da Escola de Direito da Universidade do Minho, e em especial, a Joana Rita Abreu e Sophie Perez, pela partilha de conhecimentos e pela amizade intercontinental;

Ao Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba, nas pessoas dos Professores Doutores Luciano da Silva, Giuseppe Tosi e Enoque Feitosa, pelas interlocuções interdisciplinares e por representarem dignamente esta “casa onde me sinto tão bem”;

Ao *Centro Studi Piero Gobetti*, na pessoa do Professor Doutor Pietro Polito, pelo acesso irrestrito ao acervo bibliográfico e por sua generosidade incomum.

Ao *Jura Gentium*, Centro de Filosofia de Direito Internacional e de Política Global, na pessoa do Professor Doutor Emilio Santoro, pela oportunidade de estágio e, em especial, ao Professor Doutor Danilo Zolo, pela vista de Florença em 360 graus.

A democracia, já foi dito, é um caminho.

Mas, para onde?

Norberto Bobbio, *In Qual Socialismo?*

*Parece que, se o despotismo viesse se estabelecer
entre as nações democráticas de nossos dias,
teria outras características:
seria mais extenso e mais doce,
e degradaria os homens sem os atormentar.*

Alexis de Tocqueville *In A democracia na América, Volume II.*

*As portas são inumeráveis. A saída é uma só.
Mas as possibilidades de saída são tão numerosas quanto as portas.*

Franz Kafka *In Parábolas e Fragmentos.*

Perspectivas e desafios jurídicos da democracia multinível num contexto de crise

Resumo: A democracia enfrenta obstáculos desde a sua origem e permanece suscitando divergências quanto à sua estabilidade e efetividade. Embora tais controvérsias permaneçam, vive-se hoje uma espécie de “era das democracias” que coexiste com o Estado de direito e com a evolução, em diferentes níveis, do sistema de proteção dos direitos humanos e fundamentais. A estrutura institucional da prática da democracia é, em larga medida, produto da experiência vivida na Europa – e para tanto contribuiu o advento da União Europeia, que afiança a democracia em Estados com um recente passado autoritário. Tal processo de integração trouxe consigo uma nova forma de organização do poder político e do ordenamento jurídico que tornou anacrônico um vasto complexo de conceitos e concepções acerca da soberania, das relações democráticas dos Estados entre si e para com os seus próprios cidadãos. Para além das tensões inerentes a um contexto tão inovador, no início deste século, diversos Estados democráticos foram impactados por um grande revés: a crise econômico-financeira mundial. Neste diapasão, o presente estudo centra-se na análise de como a democracia representativa contemporânea oscila e/ou se sustenta diante do desafio sem precedentes de uma integração jurídico-política num contexto de crise. A tese defendida é a de que, não obstante os reveses e a descrença dos próprios cidadãos, no âmbito do Estado de direito a democracia continua a sustentar-se, porém com uma intrigante particularidade: enquanto na perspectiva formal (compreendida como conjunto de regras e procedimentos) a democracia ainda avança e se adapta aos novos tempos, na perspectiva material (enquanto sistema de proteção de direitos fundamentais) os reflexos da crise apontam para perigosos retrocessos. Os limites plausíveis às retrações de direitos fundamentais tocam na reflexão sobre até que ponto a democracia material pode, então, ser afetada, sem que se descaracterize. Dois parâmetros são defendidos: a inafastabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana e a atuação dos tribunais. A tese assenta em três pressupostos: (1) os retrocessos de direitos não se dão de modo uniforme e contínuo, pois, a despeito do processo de integração, as discrepâncias regionais (nacionais) permanecem evidentes na União Europeia; (2) a situação excepcional de crise (que não é apenas a econômica) pode ter maiores ou menores efeitos, a depender do Estado-Membro em perspectiva; e (3) apesar de, hoje, o regime político democrático gozar de certa hegemonia, há certa pertinência nas críticas em

torno de sua efetividade enquanto governo popular e na descrença dos cidadãos a respeito da classe política. A crise do *Welfare State* o denuncia e é neste sentido que, como o disse Habermas, a via seguida pelos dirigentes deixou de lado aquilo que deveria ser a sua prioridade: o bem-estar dos cidadãos. Sob o prisma do referencial teórico que consubstancia a investigação, este trabalho enuncia desafios jurídicos atuais da democracia multinível e fornece proposições que sirvam de base para uma racionalidade prática naquele domínio.

Palavras-chave: Democracia. Estado do Bem-Estar. União Europeia. Crise.

Legal insights and challenges of multilevel democracy in a crisis context: The European Union's case

Abstract: Democracy faces obstacles since its origin and remains bringing into light divergences about its stability and effectiveness. Despite those controversies being maintained, nowadays it is lived some kind of “democracies’ era” that coexists with the Rule of law and with the evolution, in different levels, of human and fundamental rights’ protection system. Practical institutional structure of nowadays democracy is, in a wider range, a product of the experience lived in Europe – and for that European Union’s appearance was a strong contribution, securing a democracy in States with a recent authority past. Such integration process brought with it a new way of organising both political power and juridical legal order which made anachronic a vast complex of concepts and conceptions about sovereignty, of democratic relations between states and with their own citizens. Besides inherent tensions to such an innovative context, in the beginning of the century, several democratic States were affected by a major setback: global economical and financial crisis. In this diapason, this study focuses in the analysis on how contemporary representative democracy oscillates and / or supports itself before the unprecedented challenge of a juridical and political integration in a crisis context. The defended thesis is that, despite many reverses and its own citizens’ disbelief, in the context of the rule of law, democracy continues to sustain itself, but with an intriguing feature: as in the procedural perspective (understood as a set of rules and procedures), democracy still moves and adapts to new eras, in the material perspective (as a system of rights’ protection), crisis’ effects lead to dangerous setbacks. The plausible limits to the retractions of fundamental rights touch on the reflection on the extent to which the material democracy can then be affected, without being discharacterized. Two parameters are defended: the principle of the dignity of the human person and the performance of the courts. Thesis is based on three propositions: (1) setbacks do not happen in a uniform and continuous way since, disregarding the integration process, regional (national) discrepancies remain clear in EU; (2) exceptional crisis’ situation (and not only economic) can have wider or fewer effects, depending on the Member-State under perspective; and (3) despite, today, democratic political regime has a certain hegemony, there is some pertinence in the critics around its efficacy as popular government and in citizens’ disbelief concerning political class

that represent them. In this sense, as Habermas said, the route followed by the leaders put aside what should be their priority: citizens' well-being. Under the theoretic mindset that consubstantiates the research, this work aims to refer multilevel democracy challenges and to give propositions that act as base for a practical rationality in tat domain.

Keywords: Democracy. *Welfare State*. European Union. Crisis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	21
<i>Sobre a abordagem teórico-metodológica.....</i>	<i>27</i>
<i>Contextualização do caso da União Europeia</i>	<i>31</i>
<i>A estrutura da tese.....</i>	<i>34</i>

CAPÍTULO PRIMEIRO: A DEMOCRACIA

1. UM TEMA MILENAR E SUAS IMPLICAÇÕES CONTEMPORÂNEAS	37
<i>1.1. Controvérsias em torno da origem da democracia</i>	<i>38</i>
Teoria clássica	38
A tese do “plágio grego da democracia”	40
A democracia como filha da modernidade.....	41
<i>1.2. Um conceito em perene construção e debate</i>	<i>43</i>
<i>1.3. Algumas abordagens democráticas no pensamento jurídico-filosófico contemporâneo</i>	<i>47</i>
1.3.1. Dicotomias democráticas: O grande labirinto de Norberto Bobbio.....	48
Democracia real e ideal: um embate presente	52
Há um futuro para a democracia?	56
O argumento da (não) efetividade dos direitos sociais	59
1.3.2. A democracia contemporânea à luz do realismo de Danilo Zolo.....	61
Haverá então um futuro para democracia?	62
Sobre a cidadania e os direitos sociais	66
O “modelo Singapura” e os riscos à democracia na era da globalização	69
1.3.3. A demodiversidade proposta por Boaventura S. Santos	71
A concepção hegemônica da democracia	72
A necessidade de ampliar o cânone democrático	74
A perspectiva da relação dialética entre representação e participação.....	76
Experimentalismo democrático e emancipação social.....	78
<i>1.4. A democracia como princípio normativo e sua justificação jurídica</i>	<i>80</i>
<i>1.5. Uma possibilidade de delineamento do “estado da arte” da democracia</i>	<i>85</i>
A denominada “era das democracias”	86
Os desafios contemporâneos do crescente ceticismo democrático	93

CAPÍTULO SEGUNDO: A UNIÃO EUROPEIA

2. FORMAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DO PROJETO DE INTEGRAÇÃO E DA DEMOCRACIA DA UNIÃO EUROPEIA	105
No princípio era a ideia.....	107
O período pós-Primeira Grande Guerra	108
A democracia europeia no pós-Segunda Grande Guerra	112
2.1. <i>Dos escombros da Segunda Guerra, nasce uma União</i>	117
Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.....	118
Tratado de Roma (Comunidade Econômica Europeia).....	120
Tratados de Adesão	120
Tratado de Maastricht (Tratado da União Europeia).....	121
Tratado de Amsterdã.....	123
Tratado de Nice	123
Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.....	124
Tratado de Lisboa	126
Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.....	130
2.2. <i>Entre avanços e problemas: os processos econômico, democrático e jurídico de integração europeia</i>	131
2.3. <i>Críticas recorrentes acerca do processo de integração da União Europeia</i>	138
2.3.1. A moeda única.....	141
2.3.2. A questão do déficit democrático europeu	145
2.3.2.1. Participação efetiva dos cidadãos nas decisões europeias.....	150
2.3.2.2. A insatisfação popular vai à rua e às urnas	158
O movimento dos Indignados e as reivindicações por democracia real	161
Repercussão nas urnas	164
2.4. <i>Há uma germanização da Europa?</i>	166

CAPÍTULO TERCEIRO: O CONTEXTO DE CRISE

3. REPERCUSSÕES DA CRISE ECONÔMICA FINANCEIRA NA DEMOCRACIA MULTINÍVEL: O CASO DA UNIÃO EUROPEIA	171
3.1. <i>Aspectos gerais da crise econômica de 2008</i>	174
3.2. <i>A insuportável dureza da austeridade</i>	176
Aspecto (im)popular das medidas de austeridade	176

A reiterada questão da soberania repartida e da autonomia dos Estados	177
A crise como um acento nas discrepâncias regionais.....	179
A inviabilidade econômica da austeridade	182
<i>3.3. A crise do Welfare State como anterior à crise de 2008</i>	<i>184</i>
Caminha o Welfare para a demolição ou um ponto de não retorno?.....	187
<i>3.4. Importa (ainda) tratar da eficácia e dos custos dos direitos sociais</i>	<i>193</i>
A distinção tradicional dos direitos entre positivos e negativos	196
A reserva do possível	200
O estabelecimento do mínimo existencial	202
O princípio da vedação do retrocesso social	203
<i>3.5. O impacto da crise econômica e das medidas de austeridade nos direitos fundamentais</i>	<i>206</i>
Aspectos terminológicos relevantes.....	208
Direito à educação	212
Direito à saúde.....	215
Direito ao trabalho.....	216
Direito à pensão.....	217
Direito ao acesso à justiça	218
Outros direitos fundamentais impactados	220
3.5.1. Tendências de caráter geral.....	221
3.5.2. Tendências observadas em direitos específicos	224
3.5.3. Recomendações e perspectivas indicadas nos relatórios sobre os impactos da crise.....	234
<i>3.6. O princípio da dignidade da pessoa humana como perspectiva democrática</i>	<i>238</i>
A origem	240
A recepção da dignidade humana no direito nacional, internacional e comparado.....	241
Natureza jurídica.....	243
Definição de um conteúdo mínimo da dignidade humana	247
Dificuldades possíveis à aplicação do princípio	248
<i>3.7. A perspectiva da atuação dos tribunais no contexto de crise</i>	<i>250</i>
3.7.1. Tribunal Constitucional português e a “jurisprudência da crise”	252
Referência especial ao modelo e atuação da jurisdição constitucional portuguesa	253
Acórdão n.º 396/2011(Sobre a Lei Orçamentária de 2011)	261
Acórdão n.º 353/2012 (Sobre a Lei Orçamentária de 2012)	269
Acórdão n.º 187/2013 (Sobre a Lei Orçamentária de 2013)	273
Acórdão n.º 602/2013 (Sobre o Código do Trabalho)	278
Acórdão n.º 413/2014 (Sobre a Lei Orçamentária de 2014)	282

Acórdão n.º 574/2014(Sobre cortes salariais no período 2014-2018)	286
3.7.2. Os debates sobre a jurisdição constitucional e os limites de atuação dos tribunais	289
A origem do termo ativismo judicial.....	292
Um conjeturado déficit democrático do poder judiciário	296
O papel simbólico do juiz.....	301
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	305
5. REFERÊNCIAS.....	323
Relatórios citados no corpo da tese	345
Tratados e Convenções internacionais.....	347
Principais websites consultados	349
ANEXO I	351
Breve Cronologia da Edificação da União Europeia.....	351
ANEXO II	355
Relatórios referentes aos impactos da crise e das medidas de austeridade nos direitos humanos e fundamentais (2012-2016)	355

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS MAIS UTILIZADAS

Ac. *Acórdão*

Art. *Artigo*

BCE. *Banco Central Europeu*

CDFUE. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*

CE. *Comunidade Europeia*

CECA. *Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*

CEE. *Comunidade Económica Europeia*

DUE. *Direito da União Europeia*

EDD. *Estado de direito democrático*

EURATOM. *Comunidade Europeia da Energia Atômica*

EUROJUST – *Unidade Europeia de Cooperação Judiciária*

EUROSTAT. *Autoridade estatística da União Europeia*

FMI. *Fundo Monetário Internacional*

LOE. *Lei de Orçamento do Estado*

MoU. *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica*

ICE. *Iniciativa de Cidadania Europeia*

Op. cit. *Obra citada*

p./pp. *página/páginas*

PAEF. *Programa de Ajustamento Económico Financeiro*

PE. *Parlamento Europeu*

TCP. *Tribunal Constitucional português*

TEDH. *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*

TJUE. *Tribunal de Justiça da União Europeia*

TUE. *Tratado da União Europeia*

TFUE. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*

UE. *União Europeia*

UEM. *União Económica e Monetária*

V. *Volume*

INTRODUÇÃO

Quando se referia ao ofício da escrita, Graciliano Ramos afirmava que a palavra não tinha sido feita para enfeitar, “brilhar como ouro falso”, mas para dizer¹. Este parece ser um adequado ponto de partida para tratar de um problema que traz na sua essência termos dinâmicos e polissêmicos, que atravessam a história das ideias impregnados de ideologia, como o são a democracia e o direito.

A hipótese que se pretende defender é a de que a crise econômico-financeira do início do século XXI denunciou fragilidades da democracia representativa – que sofreu reveses naquilo que compõe o seu âmago moderno: a garantia dos direitos fundamentais. Isto se dá mesmo no paradigmático modelo de integração da União Europeia: um sistema juridicamente estruturado, arquitetado sob a égide de princípios, normas e valores democráticos, no qual é garantido o sufrágio universal e a formação da vontade das maiorias² (perspectiva formal da democracia). Observa-se que nesta dimensão a democracia resiste e, inclusivamente, avança³. Todavia, isto não a protege de retrocessos quanto à garantia efetiva dos direitos fundamentais em função dos quais ela existe (perspectiva material da democracia). Tal verificação contrasta com um dos elementos determinantes para o juízo positivo que goza na contemporaneidade, que é o reconhecimento de direitos fundamentais, a partir da ideia de igualdade⁴. Este é um dos paradoxos no plano jurídico da democracia multinível europeia no contexto de crise: a tensão em torno de uma democracia formal gradativamente estruturada, que coexiste com uma democracia material fragilizada⁵. Descrever e analisar o “como” e o “por que” isso se deu constitui o objetivo primeiro desta tese. Detectar desafios e apontar perspectivas abaliza a finalidade.

A tese propõe demonstrar que se verificou no âmbito europeu a significativa retração dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles que gozam do que

¹ RAMOS, G. (2015) *Contracapa. Linhas Tortas*. Rio de Janeiro: Editora Record.

² RANGEL, P. (2009) *O Estado do Estado: Ensaio de política constitucional sobre justiça e democracia*. Portugal: Publicações Dom Quixote.

³ RODRIGUES, J. C. (2012) Sobre a abundância de direitos em tempos de crise. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*. Ano 5. N.º 3.

⁴ SEN, A. (2012a) *A ideia de justiça*. Coimbra: Almedina.

⁵ Contextualmente, o termo multinível nesta assertiva serve também de indicativo para denotar a multiplicidade dos regimes democráticos na União Europeia.

Danilo Zolo chamou de uma “efetividade incerta”⁶, quais sejam, os direitos sociais⁷. Esta é uma questão (ainda) atual e que aponta para o problema “particularmente agudo” da influência que as instabilidades econômicas podem ter sobre os direitos⁸ e os regimes democráticos. Entretanto, um indicativo que o contexto europeu evidencia e que pode apontar para um diferencial de análise é que o retrocesso dos direitos fundamentais se deu em escalas diferenciadas nos Estados-Membros, o que o relaciona ao evento das “medidas de austeridade”⁹.

Quando na tese é mencionado o termo crise (salvo advertência expressa) se intenta referir a esta concreta e circunscrita **situação-problema**¹⁰ econômico-financeira mundial com repercussões constitucionais, que teve dentre seus efeitos a retração econômica, o impacto relevante nos direitos fundamentais e, por conseguinte acabou por refletir-se na dimensão material da democracia multinível da União Europeia. À luz de tal recorte, o “argumento da crise” parece incipiente para responder às principais questões jurídico-constitucionais proeminentes¹¹.

No contexto europeu, a crise remete o observador a questões para além do espectro econômico-financeiro: ela anda de mãos dadas com o *Welfare State*. Esta é uma face do que Habermas denominou como o futuro um tanto nebuloso da ideia de União Europeia¹², pois se “A Europa que protege” é um lema, como proceder perante os grandes orçamentos que convivem com receitas fiscais em queda, o envelhecimento da população, o aumento do déficit público e o endividamento privado?¹³

⁶ ZOLO, D. (2010) *Tramonto globale*. La fame, il patibolo, la guerra. Firenze: Firenze University Press. p. 68. E, ainda ZOLO, D. (2011a) *Sulla paura*. Milano: Feltrinelli. No mesmo sentido BOBBIO, N. (1990) *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi. Esta e demais citações de obras referenciadas em língua estrangeira foram objeto de tradução livre sob minha responsabilidade.

⁷ A classificação dos direitos em fundamentais, sociais, humanos ou fundamentais sociais encontra ampla diversidade na doutrina, nas teorias e na jurisprudência. A este respeito, “a concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico”. ALEXY, Robert. (2015) *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros. p. 39.

⁸ SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

⁹ Medidas orçamentárias aplicadas pelos governos nacionais como partes de acordos de assistência financeira consolidados sob a forma de “Memorando de entendimento” no âmbito do Programa de Assistência Econômica Financeira entre aqueles e o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, tríade que na Europa é denominada como *Troika*.

¹⁰ Nomenclatura utilizada em GALDINO, F. (2005) *Introdução à Teoria dos Custos dos direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p. 283.

¹¹ No anexo II desta tese consta uma relação com relatórios e estudos publicados entre os anos de 2012-2016 e que se referem todos aos impactos da crise econômica e/ou das medidas de austeridade no âmbito dos direitos.

¹² HABERMAS, J. (2014) No turbilhão da tecnocracia: um apelo por solidariedade europeia. Brasília: *Revista de Direito da Universidade de Brasília*. V. 01. N.º 02.

¹³ *Idem*.

Se por décadas foi sustentado que a democracia permitia o desenvolvimento do Estado Social, a crise econômica pôs uma interrogação no que parecia uma evidência. Afinal, o que sustenta o quê? É a democracia que garante a manutenção e desenvolvimento do Estado de bem-estar social ou somente se este último for mantido ela se sustentará? Tais inquietações fazem sentido a partir do reconhecimento de que as liberdades políticas e os direitos fundamentais democráticos são componentes construtivos do bem-estar social – e que o seu desenvolvimento deve ser centrado nas vidas humanas e na liberdade que é capaz de lhes trazer¹⁴.

Caminham *pari passu* o retrocesso material da democracia e o agravamento da crise do *Welfare State*¹⁵, sobretudo nos Estados-Membros nos quais foram aplicadas “medidas de austeridade”. Estas últimas – enquanto restrições orçamentárias e fiscais – impactaram nos direitos fundamentais dos cidadãos (por exemplo, nos direitos à educação, à saúde, à assistência social) e serviram de fundamento para o aumento da tributação, cortes nas remunerações dos funcionários públicos, no subsídio de desemprego e nas pensões.

Assim, aqui serão evidenciadas as questões jurídicas que implicam em **desafios** para a democracia, com ênfase na seguinte: até que ponto a democracia pode ter seu conteúdo retraído e ainda assim “continuarmos na sua presença?”¹⁶ Ou, em outros termos, é possível estabelecer um limite para a retração dos direitos que resguarde a democracia de se descaracterizar como tal?

O que parece possível é apontar perspectivas que contribuam para a equalização desta discrepância que separa as dimensões formal e material da democracia. Neste intento uma **perspectiva** possível parte da discussão acerca da proibição do retrocesso, que traz em si a ideia da “vedação à contrarrevolução social”¹⁷. Segundo o Professor Gomes Canotilho este princípio não blinda os direitos fundamentais e sociais de supressões, mas até na sua forma relativizada e agravada por crises deve assegurar minimamente, e nos limites constitucionais, os direitos sociais e econômicos¹⁸. De todo modo parece longínquo o fim da contenda teórica e

¹⁴ SEN, A. (2012a) *A ideia de justiça*. Op. cit. p. 457.

¹⁵ ZOLO, D. (2010) *Tramonto globale*. Op. cit.

¹⁶ Expressão utilizada Lênio Streck, mas no contexto das retrações do *Welfare State*, ver: STRECK, L. L. (2000) *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. G. (2008) *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 111.

¹⁸ *Idem*. Sobre o caráter relativo da não reversibilidade das prestações sociais, ver: CANOTILHO, J. J. G. (1998) *Metodología*

jurisprudencial acerca de qual seria o conteúdo “mínimo”, ou em outras palavras do estabelecimento do “limite para o limite” da retração dos direitos.

Neste debate, também importa a discussão sobre as classificações dos direitos fundamentais (tema clássico do constitucionalismo) e sua conexão com referências como a da “reserva do possível”¹⁹ e dos custos dos direitos²⁰. Estas são questões que voltam a ganhar proeminência, sobretudo ante o argumento de que a supressão dos direitos sociais²¹ se faz primordial nos contextos de crise porque estes são economicamente relevantes e excessivamente onerosos ao Estado. Assim, propor a interseção entre a democracia e o *Welfare State* (reconhecido por ter os direitos sociais como parte do seu núcleo-duro) intenta demonstrar que o argumento dos custos dos direitos sociais como impeditivo de proteção destes direitos em tempos de crise deve ser avaliado com reservas.

Neste contexto, uma **perspectiva** defendida é que o princípio da dignidade humana é um parâmetro para as retrações referidas. Ocorre que tal princípio é de delicada definição e se faz imprescindível escrutinar o seu conteúdo para lhe conferir a materialidade necessária. Há ampla divergência sobre o seu alcance, sendo este por vezes apreendido como (a) um recurso retórico²²; (b) um axioma de conteúdo moral²³; (c) um componente do núcleo essencial²⁴ ou raiz fundante dos direitos fundamentais²⁵;

"fuzzy" y "camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. In *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. p. 41. Disponível em <http://hdl.handle.net/10016/1319>.

¹⁹ Expressão de origem alemã “aplicada ao fenómeno da dependência da efetividade dos direitos fundamentais da respectiva alocação de recursos”. SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (2010) Prefácio. In _____. (Orgs.) *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 09.

²⁰ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. (1999) *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York, London: W. W. Norton & Company. Para uma análise dos direitos sociais à luz da teoria de Holmes e Sustein no Brasil, ver: GALDINO, F. (2005) *Introdução à Teoria dos Custos dos direitos*. Op. cit. Em Portugal ver: COUTINHO, L. P. P. (2014a) Os direitos sociais como compromissos. *E-pública*. Revista Eletrónica de Direito Público. V. 1 N.º 3. Disponível em <http://www.e-publica.pt/v1n3a06.html>.

²¹ Na definição de Robert Alexy “direitos a prestação em sentido estrito”. ALEXY, R. (2015) *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit. p. 499ss.

²² ADEODATO, J. M. (2002). *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva. Ver também WALDRON, J. (2013) Is Dignity the Foundation of Human Rights? New York University School of Law. *Public Law & Legal Theory Research*. Working paper N.º 12-73. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2196074.

²³ MAGALHÃES, J. L. Q. (2009) Comentários ao Art. 1.º. In BONAVIDES, P. [et al] *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense. Como um axioma da civilização ocidental ver BARCELLOS, A. P. (2011) *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar. p. 125. Sobre a dignidade da pessoa humana ter também uma dimensão moral BASTOS, C. R., GANDRA MARTINS, I. (1988) *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol I. São Paulo: Saraiva.

²⁴ AGOSTINHO, L. O. V.; HERRERA, L. H. M. (2011) Prefácio. In _____. (Orgs.) *Tutela dos direitos humanos e fundamentais*. Ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito. Birigui: Boreal Editora. Contra o

(d) um princípio suprajurídico e superior ao próprio direito positivo²⁶ e, ainda, (e) como norma-princípio, dotada de jusfundamentalidade social²⁷. Sob tantos aspectos tem sentido a afirmação de Ingo Sarlet de que a judicialização da dignidade não ocorre sem “tensões ou reações”²⁸.

Sem embargo, é cabível a defesa do princípio da dignidade humana como parâmetro, pois este se encontra na base de uma ampla gama de direitos fundamentais e sociais, com os quais guarda íntima vinculação²⁹. Seu conteúdo jurídico está relacionado aos direitos fundamentais e tal qual definida na anotação relativa ao artigo 1º Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, “a dignidade da pessoa humana não só é um direito fundamental em si mesma, mas também a base dos direitos fundamentais (...) e parte da essência dos direitos fundamentais nela consignados”³⁰. Não é sem razão sustentar que este pode ser um parâmetro na salvaguarda da dimensão substancial da democracia.

Cabe ressaltar, contudo, uma questão jusfilosófica – diretamente inspirada em Hannah Arendt e suas laborações sobre os direitos humanos: o princípio da dignidade humana deve estar vinculado a uma organização social e política na qual o indivíduo possa autodeterminar-se e a sua condição de cidadão esteja fundada num “direito a ter direitos”³¹. Aos meus olhos, a defesa deste princípio como um parâmetro possível se faz também porque este encontra na União Europeia uma das ambiências mais privilegiadas do mundo contemporâneo, tanto pelo arcabouço jurídico da União quanto por seu desenvolvimento democrático.

Em tal conjuntura, a apreensão do conceito de **democracia multinível** guarda relevância enquanto horizonte teórico³², pensado a partir do conceito de

conteúdo em dignidade humana equivalente necessariamente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, ver: SARLET, I. W. (2015) *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

²⁵ CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. p. 378.

²⁶ ROCHA, C. L. A. (2001) O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. N.º 2. V. 2. pp. 49-67. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>.

Sob outros olhares, este é um conceito presente, mas disfuncional, ver: ADEODATO, J. M. (2002). *Filosofia do direito*. Op. cit.

²⁷ SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit.

²⁸ SARLET, I. W. (2015) *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Op. cit.

²⁹ SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit.

³⁰ SILVEIRA, A. (2010b) *Tratado de Lisboa*. (Colaboração de FROUFE, P. M.). Versão consolidada. Lisboa: Quid Juris. p. 385.

³¹ ARENDT, H. (1989) *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras.

³² Segundo a Professora Alessandra Silveira, no sistema de governação multinível “os actores políticos envolvidos nos processos

Multilevel Constitutionalism (constitucionalismo a vários níveis) nos moldes desenvolvidos por Ingolf Pernice³³. Este trata da correlação progressiva entre o direito europeu e o nacional sob a lente dos Estados e dos cidadãos (nomeadamente quanto aos direitos e deveres constitucionais). Segundo o autor, os dois níveis de governo são “elementos complementares” e servem aos interesses dos seus cidadãos, enquanto nacionais e europeus³⁴. Assim, tal conceito se justifica enquanto parâmetro porque: a) pressupõe que nas democracias modernas os cidadãos compõem a base da autoridade pública e do poder de decisão, e portanto, como única fonte de legitimação; e, ainda, b) serve de aporte para compreender o modo como o aprofundamento do quadro jurídico da União Europeia e do seu sistema de governação a vários níveis pode se refletir na vida dos cidadãos.

Uma vez apresentada esta perspectiva, no decorrer da argumentação há a abertura a uma **segunda perspectiva** que se refere à atuação dos tribunais nos resguardo da democracia. Isto porque – e neste ponto a referência é o Estado português – desde 2011 o Tribunal Constitucional ganhou proeminência diferenciada da que até então gozava no cenário nacional³⁵. Isto parece ter-se dado ante a reincidência do termo “crise” como ponto central das decisões proferidas naquela corte e que repercutiram para além das searas econômica, social e política. Tal fenômeno reacendeu o debate acerca do papel do judiciário e dos limites da sua atuação.

A análise será restrita a acórdãos que se referiam a matérias de direitos fundamentais e implicaram o governo em domínios que ordinariamente seriam vinculados a políticas públicas ou orçamentárias³⁶. Serão referidos alguns dos que

decisórios não são apenas Estados-Membros e instituições europeias (como acontece nos sistemas federativos tradicionais)”. Trata-se de um sistema “policêntrico, fragmentado e interdependente”. SILVEIRA, A. (2011b) *Princípios de Direito da União Europeia*. Doutrina e Jurisprudência. Coleção Erasmus. Ensaios e Monografias. Lisboa: Quid Juris. pp. 14ss. Ver também: SILVEIRA, A. (2011a) Da interconstitucionalidade na União Europeia (ou do esbatimento de fronteiras entre ordens jurídicas). *Scientia Iuridica*. Tomo LX. N.º 326

³³ PERNICE, I. (2008) *The treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in action*. New York: Columbia Law School. p. 26. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/228228045_The_Treaty_of_Lisbon_Multilevel_Constitutionalism_in_Action.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Segundo Alexandre Pinheiro, o Tribunal Constitucional português se tornou um “actor público fundamental” e foi resgatado da discrição e do desconhecimento. PINHEIRO, A. S. (2014) A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7. N.º. 1. Brasília: IDP. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/961>.

³⁶ Neste sentido, ver: BARROSO, L. R. (2009a) *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva.

compõem a chamada “Jurisprudência da crise”, compreendida como as decisões do Tribunal Constitucional Português, que versam sobre a relação entre a Constituição e a “legislação da austeridade”.

Ver-se-á que os posicionamentos do Tribunal Constitucional nem sempre convergem para o âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais amparados sob a dignidade da pessoa humana, mas trazem possibilidades de interpretação acerca dos efeitos e proteção no âmbito das crises. Na perspectiva aqui defendida se invoca que o poder judiciário (sobretudo as cortes constitucionais) pode atuar como um instrumento democrático, que preserva os valores constitucionais³⁷ e se compromete não apenas em “afirmar direitos ou valores”, mas também em “promover o bem-estar das pessoas”³⁸. Das críticas a sua jurisprudência, que serão posteriormente analisadas, as mais consistentes apontam que “em tempos de austeridade”, os padrões normativos de controle de constitucionalidade são alterados pelo contexto político-institucional³⁹.

Sobre a abordagem teórico-metodológica

Desde o início do percurso investigativo, se sobrepôs uma dificuldade: estabelecer um significado de democracia que servisse como enunciado do que aqui se intenta informar quando feita alusão ao termo. Tal entrave pode se referir à sua acepção ambígua⁴⁰ e esvaziada⁴¹ ou ao fato das democracias reais serem apenas aproximações de um modelo ideal⁴². Persiste ainda o impasse, de governos que se definem democráticos sem o serem⁴³. Com o intuito de superar tal dificuldade, a pesquisa teórica voltou sua atenção para a origem e a discussão conceitual da democracia. Para tal, foi privilegiada a observância da democracia na sua integralidade, sem a distinção entre democracia nacional *versus* democracia supranacional, recorrente no âmbito europeu.

³⁷ BARROSO, L. R. (2009a) *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. Op. cit.

³⁸ GALDINO, F. (2005) *Introdução à Teoria dos Custos dos direitos*. Op. cit. p. 345.

³⁹ PINHEIRO, A. S. (2014) *A jurisprudência da crise*. Op. cit.

⁴⁰ BAUMAN, Z.; BORDONI, C. (2016) *Estado de Crise*. Rio de Janeiro: Zahar. p. 153; KELSEN, H. (2000) *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes; DAHL, R. A. (2012) *Poliarquia: Participação e Oposição*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo.

⁴¹ KELSEN, H. (2000) *A democracia*. Op. cit.; BAUMAN, Z.; BORDONI, C. (2016) *Estado de Crise*. Op. cit.

⁴² BOBBIO, N. (1984) *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi; SANTOS, B. S.; AVRITZER, L. (2003) *Democratizar a democracia*. Os caminhos da democracia participativa. Porto: Edições Afrontamento; SILVA, J. A. (2017b) *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit.; DAHL, R. A. (2012) *Poliarquia*. Op. cit.

⁴³ KELSEN, H. (2000) *A democracia*. Op. cit.; BAUMAN, Z.; BORDONI, C. (2016) *Estado de Crise*. Op. cit.

As principais questões da tese foram refletidas a partir das dicotomias democracia formal/material e real/ideal. O desdobramento do termo foi essencial na análise, pois não haveria como afiançar sem perder a coerência que o regime democrático na União Europeia avançou e retrocedeu ao mesmo tempo. Somente com tal recorte foi possível compreender, para em seguida argumentar, que considerando ambas as visões, a democracia avançou no plano formal, mas retrocedeu na dimensão material.

A propósito de tais categorias, estas não possuem definição unívoca. Aqui se adota uma concepção mista de democracia formal na qual se condensa a definição mínima de Norberto Bobbio, que diz respeito à forma de governo – enquanto conjunto de regras e procedimentos pré-estabelecidos que determina “como” e “quem” pode tomar decisões coletivas – com a dimensão clássica das teorias democráticas, que a concebe como a legitimidade concedida pelos cidadãos mediante voto e “a vontade das maiorias que ele permite formar”⁴⁴.

Por democracia material se compreende o sistema de proteção e garantia de direitos fundamentais, ou seja, ao conteúdo da forma de governo, numa concepção “mais estritamente ligada à afirmação de um núcleo de direitos e liberdades”⁴⁵. Segundo esta, o entendimento de democracia ganha amplitude, ao ponto de ultrapassar os limites de uma “reivindicação de votação pública”, para alcançar o que John Rawls reconhece como o “exercício da razão pública”⁴⁶.

A democracia “perfeita” deveria ser formal e material, embora historicamente o que persista são democracias formais que não conseguem manter as promessas dos programas da democracia material⁴⁷. Assim sendo, entre ambas pode haver um lapso de eficácia, do mesmo modo que entre a democracia real e ideal persiste um abissal distanciamento, embora nem sempre visível, mas que tem seus reflexos em domínios diversos. Este é um problema que persiste na contemporaneidade e uma ideia que perpassa toda a tese, mesmo quando *prima facie* não pareça ser a democracia e as suas implicações jurídicas que estão no centro da discussão.

Foram escolhidos como autores de referência Norberto Bobbio, Danilo

⁴⁴ RANGEL, P. (2009) *O Estado do Estado*. Op. cit. p. 07.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ SEN, A. (2012a) *A ideia de justiça*. Op. cit. p. 429; RAWLS, J. (2000) *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes.

⁴⁷ BOBBIO, N. (1995) *Stato, governo, società*. Frammenti di un dizionario politico. Turim: Einaudi.

Zolo e Boaventura de Sousa Santos. Acerca de tal opção teórica cabe uma justificação de ordem geral e três específicas. No âmbito geral, os autores dedicaram parte significativa das suas obras ao problema da democracia, inclusive relacionando-o ao *Welfare State* e/ou a (não) efetividade dos direitos fundamentais sociais. Esta é, pois, uma interseção que serve de fio condutor na tese. Além disso, mesmo sem abordagens necessariamente convergentes, os autores criaram e/ou desenvolveram instrumentos teórico-conceituais que servem ao arcabouço analítico, ou mais especificamente:

a) Norberto Bobbio traz uma contribuição importante naquilo que chamou de contraste entre o ideal e a rude matéria, que afasta as democracias daquilo que foi concebido pelo ideal democrático⁴⁸. Além da reflexão à luz da dicotomia real/ideal transpassar toda a tese, outra crítica de Bobbio diz respeito à efetividade dos direitos fundamentais, mormente os sociais. Isto porque, do ponto de vista teórico, ele sempre defendeu que os direitos do homem, mesmo os fundamentais, são direitos históricos que nascem gradualmente para a defesa das liberdades contra os poderes⁴⁹. Segundo sua análise, grande parte dos direitos sociais permaneceu apenas como solenes declarações de boa vontade, afirmações retóricas e aspirações ideais, que servem apenas como uma espécie de título de nobreza, pois não são efetivamente protegidos. Ocorre que, não obstante sua notória contribuição para o argumento aqui desenvolvido é preciso ponderar que Bobbio foi um pensador do seu tempo, com reflexões acerca da democracia e dos direitos ainda no século XX. Daí a importância de transpor o debate para o contexto mais próximo;

b) A decisão por abordar o pensamento teórico de Danilo Zolo serve a este intento, pois ele endossa o entendimento de Bobbio acerca da lacuna de efetividade dos direitos fundamentais sociais, mas confronta o problema diretamente com a crise das instituições do *Welfare State*. Segundo Danilo Zolo, desde a falência do “socialismo real” e o avanço da globalização, os direitos sociais e por via de consequência o Estado de bem-estar foram contraídos, principalmente o direito ao trabalho para as novas

⁴⁸ A dicotomia real/ideal não deve ser atribuída exclusivamente a Bobbio, embora este seja reconhecido por seu desenvolvimento. Hans Kelsen em 1929 afirmava acerca da democracia que “muitos dos mal-entendidos na discussão do problema têm origem no fato de haver quem fale só da ideia e quem fale só da realidade do fenômeno, enquanto seria preciso confrontar esses dois elementos, considerando a realidade à luz da ideologia que a domina, e a ideologia do ponto de vista da realidade que a sustenta”. KELSEN, H. (2000) *A democracia*. Op. cit. p. 35. Neste sentido, ver também: DAHL, R. A. (2012) *Poliarquia*. Op. cit.

⁴⁹ BOBBIO, N. (1990) *L'età dei diritti*. Op. cit.

gerações⁵⁰. A partir da sua autodenominada perspectiva realística, ele sustenta sua teoria acerca da influência dos processos de globalização sobre os direitos sociais que, em suma, denunciaria a incapacidade dos Estados mais frágeis em investirem seus recursos em serviços sociais que se dirijam ao desenvolvimento humano e não apenas ao desenvolvimento econômico⁵¹. Mas, especificamente quanto às saídas para os problemas democráticos, Danilo Zolo se afasta de Bobbio e insurge como um contraponto inclusive na crítica às chamadas promessas não cumpridas da democracia;

c) Quanto a Boaventura S. Santos este é um crítico do que chama de modelo hegemônico de democracia, que resume todas as alternativas possíveis ao modelo representativo, liberal e elitista. Para ele, assim como a biodiversidade, se está perdendo a demodiversidade entendida como a coexistência de diferentes modelos e práticas democráticas⁵². Um conceito seu que será bastante utilizado é o de democracia de baixa intensidade, ou seja, uma forma de democracia mais aparente que efetiva. Também Boaventura S. Santos já se referia, em meados de 2006, à crise do *Welfare State*, atribuindo ser aquela reflexo da teoria política liberal. Ele mencionava a passagem do “*welfare state* para o *workfare state*”, de modo que seria preciso que a Europa regressasse às origens e verificasse que o modelo de regulação social da modernidade não se assenta nos dois pilares como hoje se crê – Estado e mercado – mas sim em três: Estado, mercado e comunidade⁵³.

O quadro analítico se baseou na revisão de literatura e na pesquisa documental (relatórios, estudos). As remissões à jurisprudência serão perpetradas quando essenciais à compreensão da argumentação. A base empírica é constituída, principalmente, por meio da análise dos dados da série de relatórios intitulados *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*⁵⁴, resultantes de estudos sistematizados e organizados pela Comissão das Liberdades Cíveis, Justiça e Assuntos Internos do Parlamento Europeu entre os anos de 2012 e 2015. Estes apoiam a tese central e ratificam, por meio de pesquisas quantitativas e qualitativas, os efeitos negativos da crise financeira e econômica, bem como das medidas de austeridade, nos

⁵⁰ ZOLO, D. (2007) *Da cittadini a sudditi*. La cittadinanza policita vanificata. Milano: Edizioni Punto Rosso. p. 06.

⁵¹ ZOLO, D. (2007) *Da cittadini a sudditi*. Op. cit. p. 49.

⁵² SANTOS, B. S. (2007) *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo Editorial. p.87.

⁵³ SANTOS, B. S. (2006a) *A gramática do tempo. Para uma nova cultura política*. Porto: Edições Afrontamento. p. 270.

⁵⁴ Tal relatório foi elaborado e publicado pelo *Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs* do Parlamento Europeu, publicado em inglês em fevereiro de 2015. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

direitos fundamentais e sociais dos cidadãos dos referidos Estados-Membros. Cabe ressaltar que, dentre tantos outros que tratam de temática similar, os mencionados relatórios foram destacados nesta tese em face da qualidade técnica e da metodologia utilizada nos mesmos se coadunarem com os objetivos aqui pretendidos.

Tais estudos apresentam-se em dois formatos: um primeiro, com relatórios referentes a cada Estado-Membro⁵⁵ em particular, e um segundo, no qual é elaborado um exame comparativo entre sete Estados-Membros. A escolha dos mesmos não se deu de forma aleatória, mas tendo por critério uma seleção que, ante a situação geral da União Europeia, contemplasse um panorama representativo. Do relatório, desde as suas razões iniciais, depreende-se que os impactos da crise sobre os direitos não afetou a todos os Estados do mesmo modo e com a mesma intensidade. A seleção, então, contemplou Estados-Membros de sistemas jurídicos diferentes (*common law* e continentais), e embora tenha privilegiado aqueles que celebraram acordos de empréstimo com a *Troika* (Chipre, Grécia, Irlanda, Portugal e Espanha) também foram analisados dois Estados que não recorreram aos programas de assistência financeira internacional (Bélgica e Itália⁵⁶).

Contextualização do caso da União Europeia

Numa obra intitulada *Brançosos e a interconstitucionalidade*, Gomes Canotilho teoriza acerca de normas constitucionais, de ordens jurídicas distintas, que convivem no mesmo espaço político – aquele da União Europeia⁵⁷. Para explicitar seu pensamento, o autor usa a metáfora das redes e desenvolve a teoria da interconstitucionalidade, que estuda “a concorrência, convergência, justaposição e

⁵⁵ Neste trabalho adota-se a grafia com primeiras letras maiúsculas em observância ao convencionado na linguagem corrente dos documentos oficiais e dos acordos da União Europeia.

⁵⁶ A Bélgica não recorreu a empréstimos, mas após o advento da crise passou a existir um rigoroso controle do orçamento belga pela União Europeia. Embora tenha se destacado dos demais Estados da zona do euro após a primeira fase da crise em 2008-2009, em 2011 a Bélgica registrou crescimento econômico negativo e aumento do desemprego. Quanto a Itália a escolha se deu porque no período entre 2008-2013 o governo introduziu medidas em resposta à crise. Além disso, a Itália é um dos maiores devedores da Eurozona. TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Comparative analysis. Milieu Ltd: Belgium.

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. G. (2006) *“Brançosos” e a interconstitucionalidade*. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Lisboa: Almedina. A organização da sua teoria se dá de modo sistemático, não hermético, de acordo com certos princípios e tem por característica a consolidação de um traço peculiar na obra de Canotilho: a criação de neologismos e respectivos conceitos, acerca de circunstâncias inovadoras na ordem jurídica.

conflito” de várias constituições e poderes constituintes⁵⁸. As constituições “desceram do castelo para a rede”⁵⁹, ele afirma, e as ordens jurídicas interagem reflexivamente, no âmbito de Estados formalmente soberanos. Não há, portanto, um Estado europeu. O que existe é uma “Comunidade Jurídica de Estados democráticos de direito”⁶⁰.

Este arquétipo singular reflete o modelo de organização da sociedade globalizada, em que as relações não se dão apenas no plano nacional ou internacional⁶¹. Destarte, é crescente o consenso de que a União Europeia é sujeito jurídico suscetível de ser titular de direitos, obrigações e relações jurídicas, bem como de gerar direitos e deveres para os Estados-Membros e seus cidadãos⁶². Esta é constituída por vinte e oito Estados soberanos, democráticos, com tradições jurídicas diferenciadas, numa relação não hierárquica entre as suas respectivas ordens jurídicas, e na qual as arenas de discussão são internas, mas em grande número ultrapassam as fronteiras dos Estados nacionais. Afirma-se que suas instituições deliberam e exprimem a vontade “transcendente e distinta” da União, “e não a do mero somatório dos seus Estados membros”⁶³. Noutros termos é definida como uma forma multinível de governança⁶⁴.

A sua natureza inspira controvérsias, a ponto de ser considerada um OPNI (objeto político não identificado)⁶⁵. Contudo, se trata de uma organização política *sui generis*, que não se amolda às categorias clássicas⁶⁶ e se sobressai das então existentes, ante sua maior sofisticação e complexidade.

Surgiram, então, algumas inquietações: que tipo de conexões teria o direito e a democracia em Estados integrados num sistema jurídico tão particular? E,

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Op. cit. p. 1425. Segundo Marcelo Neves a perspectiva de abordar os novos desafios do direito constitucional (que ultrapassam as fronteiras dos respectivos Estados) restringindo-a a relação da ordem jurídica da União Europeia com as ordens constitucionais dos seus Estados-Membros demarca uma diferença entre a interconstitucionalidade (Canotilho) e o transconstitucionalismo por ele proposto. NEVES, M. (2009) *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes. pp. 12-13.

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. G. (2006) “*Brançosos*” e a interconstitucionalidade. Op. cit. p. 269.

⁶⁰ CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit. p. 235.

⁶¹ MATIAS, E. F. P. (2005) *A humanidade e suas fronteiras*: do Estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra.

⁶² GORJÃO-HENRIQUES, M. (2008) *Direito Comunitário*. Coimbra: Almedina.

⁶³ GORJÃO-HENRIQUES, M. (2008) *Direito Comunitário*. Op. cit. p. 17. Destaco, desde então, em respeito às terminologias adotadas, que estas quando em citação direta, serão escritas literalmente conforme o seu autor.

⁶⁴ PERNICE, I. (2008) *The treaty of Lisbon*. Op. cit.

⁶⁵ Neste sentido ver: AMORIM, M. C. (2000) Direito Comunitário e jurisdição supranacional. In LEWANDOWSKI, E. R. *Direito Comunitário e jurisdição supranacional*: o papel do juiz no processo de integração regional. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. p. 02. E, ainda, ver: RANGEL, P. (2009) *O Estado do Estado*. Op. cit. p. 06.

⁶⁶ PERNICE, I. (2008) *The treaty of Lisbon*. Op. cit.

considerando as especificidades dos Estados-Membros integrados, como estas democracias se mantêm num contexto disfuncional, como o de uma crise econômico-financeira? Na perspectiva formal, as questões parecem bem resolvidas, pois o direito europeu oferece um organograma refinado, no qual é garantido o direito ao sufrágio direto e universal. Todavia, sob a perspectiva material é possível apontar para avanços bem como para retrocessos, não obstante a coexistência de ordens jurídicas e tribunais europeus e nacionais. Este parece ser um indicativo do por que, no auge da crise econômica, a qualidade da democracia fora um dos elementos mais questionados.

O caso da União Europeia é emblemático. Se por um lado esta interação entre Estados avança para êxitos, sendo o paradigma de uma integração regional bem sucedida, por outro lado, as tensões se evidenciam nesta “ordem política autônoma, que funciona sem uma base social única, nem uma constituição formal escrita”⁶⁷. Noutros termos, em se tratando da União Europeia, parece que a democracia tem vestes distintas, que a afastam do protótipo clássico grego e dos modelos dos Estados soberanos. Em tal contexto, o direito deve resguardar algumas e superar outras tradições. Entenda-se o direito não apenas como mero pensamento, mas como força viva, nos termos mencionados por R. von Ihering⁶⁸.

Assim – desde o advento da União Europeia – há avanços jurídicos evidentes, como aqueles na seara da concessão de direitos e garantias fundamentais. A democracia é um princípio explícito e um dos seus alicerces. No artigo 2.º do Tratado da União Europeia (adiante TUE), a democracia aparece como um valor comum a todos os Estados-Membros, um pressuposto integrador, no qual se funda a União. Há ainda o artigo 10.º no qual se determina que o funcionamento da União baseia-se na democracia representativa, no qual os cidadãos têm direito de participar da vida democrática. Também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (adiante CDFUE) desde o seu preâmbulo enuncia que assenta no princípio da democracia. Assim, embora seja possível na morfologia política dos Estados-Membros a diversidade das formas de governo (parlamentar, presidencialista, repúblicas e monarquias), todos tem uma característica comum que os perpassa nas suas diversidades: a determinação das “bases democráticas de exercício de poder político”⁶⁹.

⁶⁷ TOSTES, A. P. B. (2004) *União Europeia: o poder político do direito*. Rio de Janeiro: Renovar. p. 01.

⁶⁸ IHERING, R. (2010) *A luta pelo direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

⁶⁹ Esta última é uma ideia desenvolvida em BORGES, J. S. M. (2009) *Curso de Direito Comunitário: instituições de direito*

Quanto ao âmbito internacional, dispõe o art. 21.º do TUE que a União Europeia se apoia nos princípios que nortearam sua criação, desenvolvimento e alargamento, tendo por objetivos, dentre outros, a democracia e o Estado de Direito. Portanto, a democracia se apresenta como um valor, um regime político⁷⁰, um fundamento da cultura jurídica europeia, um princípio e uma ordenação normativa⁷¹. Contudo, este organograma jurídico alinhado não parece resolver todas as disfunções da democracia quanto à efetividade dos direitos. E isto se tornou manifesto com o advento da crise econômica mundial e seus efeitos em Estados-Membros como Portugal, Espanha e Grécia. Considerando que, como o disse Habermas, o processo democrático tem por tarefa “programar o Estado no interesse da sociedade”⁷², não me parece que, para além do plano formal, os Estados tenham, de modo geral, caminhado neste sentido.

A estrutura da tese

A tese se encontra dividida em três partes correspondentes a cada um dos seus capítulos, sendo o **capítulo primeiro** dedicado a uma reflexão *latu sensu* da **democracia**. Para tal parte da sua origem controversa, das disputas teóricas em torno dos seus conceitos e se dirige à abordagem de três das principais influências teóricas das quais me sirvo neste domínio, quais sejam: Norberto Bobbio, Danilo Zolo e Boaventura de Sousa Santos. De posse de tais referências⁷³ será possível versar sobre a democracia também enquanto princípio jurídico (1.4), delinear o seu “estado da arte” alçando a discussão para alguns dos desafios jurídicos e políticos que emergiram no início deste século XXI.

O **capítulo segundo** tem por desígnio compreender a trajetória da

comunitário comparado: União Europeia e Mercosul. São Paulo: Saraiva. pp. 365-367.

⁷⁰ Sem ignorar o debate terminológico sobre se a democracia é uma forma, sistema ou regime, na tese, as denominações de sistema, forma e regime de governo também surgirão, seja em citações de outros autores, seja quando o contexto assim recomendar.

⁷¹ Segundo Robert Alexy, a norma é o significado de um enunciado normativo, de modo que a primeira pode ser expressa por meio de distintos enunciados normativos ou mesmo sem uso de nenhum enunciado, como, por exemplo, o são os sinais de trânsito. ALEXY, R. (2015) *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit. p. 54.

⁷² HABERMAS, J. (1995) Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova*. São Paulo N.º 36. pp. 39-53. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000200003&lng=en&nrm=iso.

⁷³ A menção a este tipo de abordagem metodológica, que apresenta na primeira parte a perspectiva teórica das questões, para em seguida, “com domínio dos pressupostos necessários” se encaminhar a uma plena compreensão da problemática ali enfrentada, tive por referência a tese de doutorado em ciências jurídicas do Professor Enoque Feitosa. FEITOSA, E. (2009) *O discurso jurídico como justificação*: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação. Recife: Ed. UFPE.

democracia, especificamente no âmbito da **União Europeia**. O capítulo inicia com a descrição de projetos antecessores até a formação da União. A democracia não compunha os seus fundamentos e tratados⁷⁴ primeiros. Com o avanço do processo de integração, todavia, a democracia passa a integrar este contexto e evoluir, tanto na dimensão formal quanto material. Isso não se dá sem críticas que recaem principalmente sob os processos de integração monetária e política. Esta parte se encerra com a discussão contemporânea de duas temáticas que tem incidido com frequência nas pautas sobre a democracia na União Europeia: os seus supostos déficit democrático e processo de “germanização”.

No **capítulo terceiro** a reflexão se centra na dimensão material da democracia e nos retrocessos que esta sofreu no contexto da **crise**. Após evidenciar aspectos gerais da crise econômica mundial logo em seguida seus efeitos serão circunscritos ao âmbito dos Estados-Membros que implantaram as medidas de austeridade. Neste capítulo as análises são elaboradas principalmente sob o prisma da interseção entre a democracia e o *Welfare State*. A análise dos dados estatísticos apresentados a seguir demonstra o impacto da crise e da austeridade sobre os direitos fundamentais e sociais dos cidadãos europeus. Tal impacto é o ponto de partida para que sejam apontadas perspectivas para a salvaguarda da democracia no contexto de crise. A primeira se consubstancia no plano teórico e defende o princípio da dignidade da pessoa humana como um limite plausível à retração dos direitos, e a segunda, no plano concreto, se volta para o papel dos tribunais, quando agem enquanto garantes da democracia, apesar (ou principalmente) no contexto de crise. Ver-se-á que a crise tem um inegável impacto no pensamento constitucional, em particular, e no direito como um todo. Mas o contexto de crise da União Europeia não me parece anunciar o ocaso dos regimes democráticos ou a degradação sucessiva dos seus pilares. Indicam-me, na verdade, o prenúncio de um novo modelo de democracia que, conseqüentemente, demanda por mudanças jurídicas e políticas, que precisam ser pensadas e elaboradas.

⁷⁴ Nesta tese, a grafia do termo “Tratado” sofre variações que, salvo quando se referir à citação direta de outros autores(as), em geral se harmonizam do seguinte modo: quando se referir a um tratado específico (por exemplo, o Tratado de Lisboa), o termo é escrito com letra maiúscula. Quando se referir aos tratados em sentido amplo (como, os tratados constitutivos) será redigido com letra minúscula.

CAPÍTULO PRIMEIRO: A DEMOCRACIA

1. UM TEMA MILENAR E SUAS IMPLICAÇÕES CONTEMPORÂNEAS

Dizia Hobsbawm que não se poderia escrever sobre o seu tempo do modo como deveria fazê-lo em relação a outras épocas porque somos contaminados por preconceitos e opiniões. Mesmo assim ele afirmava ser um “observador participante” atento a como as coisas se relacionam entre si⁷⁵.

Pactuo com o historiador britânico o desígnio de entender as questões do meu século e as questões propostas na tese emergiram de fenômenos contemporâneos que deram maior visibilidade a tensões de um sistema jurídico-político sujeito a erosões. O agravante adveio na primeira década do século XXI com a ocorrência de uma crise econômica mundial, que expôs lacunas e fragilidades do regime democrático. Mas é possível afirmar que os *core problems* não remetem apenas às reflexões da ciência política ou das ciências econômicas, pois são também problemas jurídicos.

No entanto, antes de adentrar neste campo específico recomenda-se um retorno à tradição do regime democrático, um sistema não estático nem enquanto conceito tampouco como processo político⁷⁶. O objetivo deste movimento é clarificar alguns dos sentidos e valorações que o termo recebeu ao longo da história, estabelecer alguns conceitos norteadores e afastar as possibilidades de confusões terminológicas. A primeira parte deste capítulo é dedicada a esboçar um panorama do regime jurídico democrático, para em seguida contrastá-lo com a democracia multinível na União Europeia.

⁷⁵ HOBBSAWM, E. (2009) *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras. A perspectiva do observador participante é uma prática presente no pensamento metodológico norte-americano e uma técnica de coleta de dados. TEIXEIRA, E. (2005) *As três metodologias: acadêmica, da ciência e da pesquisa*. Petrópolis: Vozes. Sendo o método da observação o ponto de partida e instrumento básico da pesquisa científica. FACHIN, O. (2006) *Fundamentos de Metodologia*. São Paulo: Saraiva.

⁷⁶ Sobre a democracia enquanto processo dinâmico, inerente às sociedades abertas ver CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit. E, ainda, ver BOBBIO, N. (1990) *L'età dei diritti*. Op. cit.

1.1. Controvérsias em torno da origem da democracia

Iniciar a discussão sobre a democracia a partir da sua genealogia é um caminho recorrente. A estratégia de retomar a trajetória da ideia de democracia tem inspiração direta em Norberto Bobbio, um autor que raramente analisa um tema sem uma alusão, mesmo que discreta, a história⁷⁷. Tal incursão consente a abertura para uma perspectiva segundo a qual ao menos parte das questões controvertidas na teoria democrática tem raízes milenares. É possível identificar ao menos três teses acerca da origem do regime democrático.

Teoria clássica

Segundo esta a democracia surgiu na mais importante cidade-estado grega (Atenas), por volta do século 5 a. C. e se expandiu até os anos de 430 a. C. As primeiras iniciativas de leis com tal inspiração surgiram com Sólon (594 a. C.), mas historicamente é atribuído a Clístenes o título de pai fundador e a Péricles o seu apogeu.

Na antiguidade os gregos organizavam o direito mediante leis e direcionamentos para a administração da justiça e publicavam suas disposições em madeira, bronze ou pedra⁷⁸. A democracia tinha a forma direta e os cidadãos o direito de deliberar sobre os rumos da *polis*, bem como a votar e a decidir acerca das questões públicas reunindo-se em assembleia (*ekklêsia*)⁷⁹.

Naquele contexto os órgãos que hoje corresponderiam ao poder executivo eram fracos, bem como o que seria o atual poder judiciário, pois, embora os processos fossem realizados perante juízes oficiais, as partes podiam recorrer da sentença diante do tribunal popular⁸⁰. Era valorizado e por vezes decisivo o poder do voto. Ocorre que – assim como até meados do século passado – o *status* de cidadão não

⁷⁷ Neste sentido ver MEAGLIA, P. (1994) *Bobbio e la democrazia*. Le regole del gioco. Fiesole: Edizioni Cultura della Pace. p. 213.

⁷⁸ SOUZA, R. (2008) O direito grego antigo. In WOLKMER, A. C. (Org.) *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey.

⁷⁹ Os cidadãos participavam de decisões variadas, fossem declarações de guerra ou de paz, a adoção de novas leis ou até mesmo sobre as festividades religiosas. Quanto aos cargos públicos, o método de escolha era o sorteio, de modo que somente os cargos militares (que exigiam uma maior e mais específica competência) eram preenchidos mediante voto. RIBEIRO, R. (2010) J. Democracia (verbetes). In BARRETO, V. P. (Org.) *Dicionário De Filosofia Política*. São Leopoldo: Unisinos.

⁸⁰ COMPARATO, F. K. (2010) Introdução à edição brasileira. In MÜLLER, F. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia – Elementos para uma teoria constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

era uma prerrogativa de todos os indivíduos, mas de um grupo distinto e minoritário⁸¹, configurando uma das distinções clássicas que afastam a democracia antiga da atual.

Na sua maioria os escritores legitimavam o discurso da desigualdade⁸² e criticava o regime democrático, o que guarda coerência ante o fato de que estes ou faziam parte da aristocracia escravocrata ou pelo menos a viam sem grandes contestações⁸³. Assim, o ideal do governo da lei “que está na raiz do *rule of law*” foi introduzido por Aristóteles no contexto da crítica “às formas radicais e ‘demagógicas’ de democracia, nas quais quem governa é a massa dos pobres em vez das leis”⁸⁴.

Naquela conjuntura o *demos* tinha sentido pejorativo e aos pobres era negado o direito de governar porque não possuíam nada e nem saberiam administrar. Esta crítica pode ser considerada uma expressão da ideia aristotélica de uma “antropologia da desigualdade” que considerava os homens como seres desiguais por natureza, e somente os “poucos, os melhores e os optimates, pertencem à cidadania e são capazes de deliberação política; ao contrário, os ‘muitos’ revelam-se aptos apenas para escolher entre alternativas já elaboradas”⁸⁵. A desconfiança do povo permanece em escritos do liberalismo (Tocqueville, Stuart Mill), que temiam que a democracia se tornasse uma tirania da maioria⁸⁶, e a “crítica republicana” que se prolonga até Kant⁸⁷. A construção teórica que assente no argumento da capacidade de deliberação política como direito de poucos ou dos capazes parece ter inspirado parte das teorias democráticas modernas, inclusive as elitistas que, com contornos próprios, mantém inegável influência no pensamento dos séculos XX e XXI, mas não sem críticas no sentido de que também se assenta na desigualdade entre o povo e as elites dirigentes⁸⁸.

⁸¹ De uma população de cerca de trezentos mil cidadãos apenas cerca de quarenta mil tinha posse de direitos políticos e gozavam do status de cidadão ateniense. SOUZA, R. (2008). *O direito grego antigo*. Op. cit.

⁸² Em Aristóteles ela é definida como “governo dos pobres” ou “governo dos muitos”. Tal fato se dava porque o *demos* ateniense era composto, em sua maioria, por artesãos e pequenos camponeses, ou seja, por grupos de baixo poder econômico. BOBBIO, N. (1995) *Stato, governo, società*. Op. cit.

⁸³ TOCQUEVILLE, A. (2000) *A democracia na América: Sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos*. V. II. São Paulo: Martins Fontes. p. 18.

⁸⁴ BACELLI, L. (2006) Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito. In COSTA, P.; ZOLO, D. (Orgs.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes. p. 515.

⁸⁵ BACELLI, L. (2006) *Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito*. Op. cit. p. 516

⁸⁶ BOBBIO, N. (2000) *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier.

⁸⁷ BACELLI, L. (2006) *Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito*. Op. cit. p. 516.

⁸⁸ SILVA, J. A. (2017b) *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit.

A tese do “plágio grego da democracia”

John Keane⁸⁹ afirma que a democracia soube guardar os seus segredos, pois a palavra tem origem cerca de sete a dez séculos antes da versão clássica grega. Segundo o autor, a democracia nasceu no Oriente nas regiões que hoje correspondem à Síria, ao Iraque e ao Irã e, mesmo quando transportada para o Ocidente, as cidades fenícias de Biblos e Sidon a adotaram antes de Atenas, que já era uma das cidades-estado mais reconhecidas da antiguidade. Todavia, ele defende que ao contrário das coisas cujos nomes imortalizaram seus inventores (como *newtons*, *hoovers*, *ohms*) não há um inventor ou um gênio por trás da democracia, o que para o autor demonstra o quanto o tema em si é repleto de enigmas, confusões e elementos apenas supostamente verdadeiros. Quando o autor afirma que nem mesmo há como se saber quando a palavra foi usada pela primeira vez, ele reforça a sua ideia de que democracia habita “uma casa de contingência” e sua prova de domicílio é ilustrada pela cadeia de eventos que compõe a história e por uma série inesperada de invenções que investiram a palavra de significados novos ao longo do tempo. Entretanto, o próprio Keane admite que o fato de ser a democracia um valor ocidental universal, “um presente da Europa para o mundo” esta se tornou uma crença persistente que vai demorar a desaparecer.

Amartya Sen também se insurge contra a origem grega da democracia e se refere as suas “raízes globais”⁹⁰. Segundo o autor, a versão clássica se fundamenta principalmente no costume dos gregos antigos de realizar votação popular e eleições. Contudo, estes não eram fenômenos exclusivos de Atenas e muitos outros governos seguiram tal caminho e incorporaram elementos da democracia em regiões distintas, que hoje correspondem à Ásia (Irã e Índia). Na cidade iraniana de Susa, por exemplo, existiam – em época muito próxima – conselhos eleitos em assembleias populares que inclusivamente elegiam os magistrados, num modelo próximo da experiência grega. Ademais, a democracia mesmo naquela época não era apenas composta por sufrágio e voto, mas marcadamente caracterizada pela deliberação pública, ou de um “governo pelo debate” em que importava a opinião dos cidadãos. Esta última que se desenvolveu em diversas civilizações antigas com registros históricos que remontam aos primeiros séculos da era cristã.

⁸⁹ KEANE, J. (2010) *Vida e morte da democracia*. São Paulo: Edições 70. p. 12.

⁹⁰ SEN, A. (2015a) *Identidade e violência: a ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural.

Amartya Sen traz dois exemplos que ilustram suas convicções a respeito. Segundo o autor, os primeiros eventos gerais que reuniram partidários destinados a resolver controvérsias entre seus pontos de vistas distintos se deram na Índia, nos chamados “Conselhos Budistas”. O primeiro destes debates ocorreu em Rajagriha há 2500 anos. E o terceiro e maior destes teve lugar em Patna (antes Palipruta) no século III quando o Imperador Ashoka “tentou codificar e propagar algumas das primeiras regras para o debate público”⁹¹. O segundo exemplo da tradição do debate fora da Europa se situa no Japão, no início do século VII (640 d. C.). Neste contexto, cerca de 600 anos antes da promulgação da Magna Carta do século XIII, o príncipe budista Shotoku “insistiu na Constituição de dezessete artigos”, que dentre estes previa que “as decisões sobre assuntos importantes não devem ser tomadas apenas por uma pessoa. Devem ser debatidas por muitas”. Não por acaso se atribui a esta sua insistência o desenvolvimento da democracia naquele país.

Divergir sobre a origem da democracia como puramente ocidental (ou europeia) poderia ser apenas um dado histórico sem consequências na contemporaneidade. Porém na lição de Amartya Sen trata-se de grande equívoco que compromete o entendimento das possibilidades contemporâneas da democracia. Creditar ao ocidente os “direitos de propriedade sobre as ideias democráticas” é desconsiderar que a democracia não é um modelo a ser imposto, um *ethos* ocidental a ser importado. Às suas considerações é admissível acrescentar que as trajetórias descritas apontam para a possibilidade de ser a democracia ela mesma uma tendência histórica.

A democracia como filha da modernidade

De acordo com Robert Dahl⁹², embora seja apazível pensar que a democracia nasceu na Grécia e que foi progredindo até alcançar o estágio atual não há como se afirmar com segurança que foi deste modo que se deram os fatos. Ele entende que assim “como o fogo, a pintura ou a escrita, a democracia parece ter sido inventada

⁹¹ SEN, A.; KLIKSBURG, B. (2010) *As pessoas em primeiro lugar*. A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras.

⁹² DAHL, R. A. (2001) *Sobre a democracia*. Brasília: Editora UnB.

mais de uma vez, em mais de um local”⁹³ e assim ele se aproxima da desconfiança sobre a origem grega da democracia. De acordo com o autor para muitos pensadores a democracia é norte-americana e teve seu advento com a Declaração de Independência, escrita em 1787 na Filadélfia⁹⁴. De fato, não causa estranheza caso se afirme que a Constituição Americana foi a primeira verdadeiramente democrática da nossa história. Deste modo, a democracia não teria sequer 300 anos sendo filha da modernidade.

Ainda na discussão quanto à origem, Robert Dahl apresenta outra possibilidade. Ao comparar os governos populares que surgiram na Grécia e em Roma ele conjectura a hipótese de os termos democracia e república indicarem o mesmo tipo de regime de governo, que se diferenciavam apenas quanto às particularidades do idioma latino. Ou seja, os gregos chamavam de democracia o que os romanos denominavam de república. E esta confusão terminológica persistiu na modernidade quando, mesmo se referindo a sistemas diferentes, os termos democracia e república eram usados como sinônimos nos Estados Unidos durante o século XVIII⁹⁵.

Uma variante nas divergências sobre a origem da democracia que não se refere à localização geográfica ou ao tempo, mas ao seu modo de formação e uma hipótese defendida por Ellen Wood⁹⁶ segundo a qual, com exceção da denominação entre a democracia dos antigos e dos modernos, destacava uma diferença quanto à experiência histórica. Na perspectiva da autora enquanto para os antigos (com as reformas de Sólon e Clístenes) foi conferido um *status* civil às classes subordinadas, elevando o *demos* à condição de cidadania, em relação aos segundos à origem remonta ao feudalismo europeu e marca a ascensão dos senhores, ou seja, da classe proprietária em relação às monarquias. A esta trajetória histórica – que vai ter seu ápice no capitalismo liberal – ela atribui a origem dos princípios constitucionais modernos, das ideias de governo limitado e da separação de poderes, que acabaram por deslocar os critérios centrais da democracia. Sob este olhar da história, a tradição moderna da “soberania popular” advém da “afirmação do privilégio aristocrático contra a invasão das monarquias”, de modo que, “o povo em questão não era o *demos*, mas um estrato

⁹³ *Ibidem*. p. 19.

⁹⁴ Nesta passagem resta claro que “estes muitos” a que Dahl se refere estariam aludindo ao nascimento da democracia representativa moderna, o que não coincide, com a origem do fenômeno primeiro.

⁹⁵ DAHL, R. A. (2001) *Sobre a democracia*. Op. cit.

⁹⁶ WOOD, E. M. (2010) *Democracia contra capitalismo*. A renovação do materialismo histórico. São Paulo: Boitempo Editorial. pp. 177-178.

privilegiado que constituiu uma nação política exclusiva situada no espaço público entre a monarquia e a multidão”⁹⁷. No mesmo sentido o afirma Fábio Konder Comparato

O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do pobre contra a maioria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável [...] As instituições da democracia liberal – limitação vertical de poderes, com os direitos individuais, e limitação horizontal, com a separação das funções legislativa, executiva e judiciária – adaptaram-se perfeitamente ao espírito de origem do movimento democrático. (COMPARATO, 2010, p. 63)

Sem preterir as questões levantadas sobre a sua origem, a tese de que a democracia europeia contemporânea é moderna e herdeira da tradição norte-americana do século XVIII parece a perspectiva mais adequada para a reflexão atual, de modo que a partir de então esta se afasta das cidades-estados gregas e se situa nas complexas sociedades contemporâneas. Contudo, desta breve digressão sobre a origem da democracia três elementos conservam-se relacionados às análises vindouras: a importância do voto enquanto manifestação do povo – que caminha *pari passu* com a distinção daqueles que são considerados aptos para tal – da lei como princípio de organização política⁹⁸, e a concepção de que a democracia (ou a ideia que se tem dela) é influenciada por fatores como as visões do mundo, as convicções políticas e a perspectiva histórica daquele que se propõe refletir sobre a mesma.

1.2. Um conceito em perene construção e debate

É manifesto que toda definição traz em si uma simplificação que pode conduzir a equívocos. Assim, aqui não se ambiciona delimitar um conceito (e vários serão os contemplados), mas apontar o que se pretende comunicar ao referir o termo democracia, um vocábulo polissêmico, por vezes, vago e presente em inúmeras teorias nem sempre precisas e estruturadas⁹⁹. Este é um problema recorrente nas teorias democráticas com implicações no direito contemporâneo.

Neste desígnio, um desacerto recursivo é definir a democracia mediante reducionismos, como o do regime que garante o sufrágio universal, sinônimo de

⁹⁷ WOOD, E. M. (2010) *Democracia contra capitalismo*. Op. cit. p. 178.

⁹⁸ CHÂTELET, F. (2009) *História das ideias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.

⁹⁹ CHALMERS, A. F. (1993) *O que é ciência afinal?* São Paulo: Brasiliense.

governo do povo, a conformidade entre governantes e governados ou das vontades da maioria. Esta definição última, a propósito, aproxima o fenômeno democrático mais de uma definição quantitativa do que política¹⁰⁰. E assim, se verifica em tais posicionamentos o problema de que estes, em geral, se furtam da reflexão sobre a relação da democracia com outros regimes políticos, das suas possibilidades de sentido ou dos seus vínculos com domínios do saber diversos¹⁰¹, numa ideia que remete às considerações de Richard Posner acerca da teoria jurídica enquanto sistema que pode “e de fato recebe” contribuições de fora da área do direito e que não deveriam ser ignoradas¹⁰².

Sob a perspectiva aqui trabalhada o processo democrático também é mais que pluralismo partidário ou as responsabilidades de um governo para com o seu eleitorado, pois busca afastar o risco de reduzir o cidadão ao eleitor¹⁰³. Ademais o voto é uma ação que pode se esgotar com o ato consumado e, “apesar de ser uma das maiores conquistas operárias do século XIX” pode significar não muito além de um ritual que mantém intactas as estruturas políticas e sociais¹⁰⁴.

É pertinente, portanto, a indagação de Robert Dahl de que: “se democracia significou diferentes coisas em épocas diferentes, como poderemos nós concordar sobre o que significa hoje?”¹⁰⁵. Ou, nos termos propostos por Zygmunt Bauman “se a democracia ainda significa alguma coisa e, caso signifique, o que é?”¹⁰⁶. Isto porque, de fato, o transcurso dos séculos não teve dentre os seus efeitos a pacificação das questões acerca do tema¹⁰⁷, mas ao contrário, a tendência é que o sentido do termo fosse sendo reapropriado a cada época “por um mundo que transforma a própria representação que cada um tem de si e do mundo”¹⁰⁸. O termo continuamente

¹⁰⁰ ROSENFELD, D. L. (1994) *O que é democracia*. São Paulo: Brasiliense.

¹⁰¹ Este é um desenvolvimento proposto em MARTORANO, L. C. (2011) *Conselhos e democracia: em busca da socialização e da participação*. São Paulo: Expressão Popular.

¹⁰² POSNER, R. A. (2009) *Para além do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. p. 07.

¹⁰³ Este é o risco por Danilo Zolo já detectado e escrutinado em ZOLO, D. (2007) *Da cittadini a sudditi*. Op. cit.

¹⁰⁴ ROSENFELD, D. L. (1994) *O que é democracia*. Op. cit. p. 21.

¹⁰⁵ DAHL, R. A. (2001) *Sobre a democracia*. Op. cit. p. 13-14.

¹⁰⁶ BAUMAN, Z. (2011) Prefácio. In MACEDO, D. *A democracia Imposta*. Diálogos com Noam Chomsky e Paulo Freire. Ramada: Edições Pedagogo. p. 07.

¹⁰⁷ Foram (e são) muitos os pensadores que, mesmo na densidade das suas obras concluem pela dificuldade de chegar a um acordo sobre o que expressa e o que implica o *demos kratos* para além do seu significado etimológico, dentre estes, Platão, Aristóteles, Maquiavel, Locke, Montesquieu, Rousseau, Tocqueville, Kelsen e Habermas.

¹⁰⁸ ROSENFELD, D. L. (1994) *O que é democracia*. Op. cit. p. 62.

ressurge imbuído nos princípios e valores dos contextos históricos, e ao que parece mantendo sempre uma distância do modelo clássico¹⁰⁹.

Segundo Norberto Bobbio, o significado descritivo da democracia se modificou inúmeras vezes, constatação que, de acordo com o autor, aponta para a necessidade de compreendê-lo a partir da sua relação com outros conceitos, como elemento de um sistema que deve perspectivar o tratamento dado a democracia seguindo os usos que a teoria das formas de governo a destinou ao longo do tempo. Este desenvolvimento formulado por Bobbio, a propósito, remete à distinção de Michelangelo Bovero que entende que a democracia é uma palavra e um conceito, sendo o conceito o significado da palavra, e esta última indica “um mundo possível”¹¹⁰.

Este olhar para a democracia enquanto sistema está presente também no conceito formulado por Luciano Martorano, que a perspectiva na sua relação com o socialismo¹¹¹. Nesta análise, o autor se afasta do juízo que caracteriza um sistema como democrático apenas associado ao critério da realização de eleições por sufrágio universal, bem como do que classifica como ditatorial um regime no qual não estejam previstas eleições periódicas e universais. Estas são linhas de raciocínio extremamente simplistas, nas quais “a democracia é reduzida à vigência do sufrágio – garantia única da igualdade política entre todos os cidadãos –, e a ditadura é caracterizada como a supressão desse direito político”¹¹². A partir do reconhecimento de que a realização de eleições não basta para indicar a democraticidade de um sistema político, não se intenta atribuir ao sufrágio um caráter secundário, nem desconsiderá-lo ou desacreditá-lo¹¹³. Neste sentido, a síntese dos “quatro verbos da democracia” propostos por Michelangelo Bovero é válida e pertinente, sendo estes: eleger, representar, decidir e deliberar¹¹⁴.

¹⁰⁹ Numa alegoria descrita por Bauman se fosse possível convidar o filósofo Aristóteles a visitar uma das instituições da democracia moderna, como os parlamentos, ele iria apreciar os debates, os pontos de vista diversos, as votações, os acordos. Mas, se alguém o contasse que aquilo se tratava de democracia, ele iria sorrir, porque a democracia que ele descreveu era aquela em que as pessoas apenas iam aos mercados, discutiam, brigavam e chegavam, por fim, a alguma resolução. BAUMAN, Z. (2011). Entrevista concedida a Fernando Schüler e Mário Mazzilli. Programa Fronteiras do Pensamento. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A>).

¹¹⁰ BOVERO, M. (2002) Democracia y derechos fundamentales. *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N.º 16. p. 22. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/democracia-y-derechos-fundamentales-0>.

¹¹¹ MARTORANO, L. C. (2011) *Conselhos e democracia*. Op. cit. p. 21.

¹¹² *Ibidem*. p. 201.

¹¹³ BOVERO, M. (2008) Isto é democracia? In SCHÜLER, F.; AXT, G. SILVA, J. M. (Orgs.) *Fronteiras do pensamento: retratos de um mundo complexo*. São Leopoldo: Ed. Unisinos.

¹¹⁴ *Ibidem*. p. 312.

Esta infinidade de possibilidades teóricas implica também em dificuldades de ordem prática, comumente referidas nos relatórios e sondagens de opinião: é preciso estabelecer um parâmetro que se aproxime de um conceito de democracia para a análise concreta. Assim se procede, por exemplo, no Relatório SEDES que ao analisar a qualidade da democracia em Portugal sob a perspectiva dos cidadãos, desde as suas considerações iniciais afirma qual a definição de democracia adotada naquela pesquisa¹¹⁵.

E, seja em análises de ordem prática ou teórica, é recorrente entre os autores a tentativa (com posterior desistência) de delinear uma definição única de democracia. Em geral adota-se uma ou outra, mais por conveniência ao argumento defendido do que por asseverar ser aquele o conceito para uma ideia relativamente à qual há séculos persiste a disputa sobre a sua aceção.

A perspectiva etimológica – do grego antigo δημοκρατία (*dēmokratía*), criado a partir de δῆμος (*demos*, povo, as massas) e κράτος (*kratos*, poder), ou seja, o governo do povo – é um clássico ponto de partida. Nesta aceção se trata de um regime no qual o poder é outorgado pelo povo aos seus representantes por um período pré-estabelecido e mediante sufrágio universal. O povo é o executor, mesmo que indiretamente, das decisões e atos de governo. Na concepção moderna, este governo do povo este se dá através “de uma série de arranjos constitucionais que determinam o modo de tornar efetiva a participação popular no exercício do poder político”¹¹⁶ e mediante representação. Esta perspectiva é a recorrente nas Constituições, sobretudo depois do hiato de mais de mil anos entre os textos antigos e a concepção moderna.

¹¹⁵ MAGALHÃES, P. (redator) (2009) *A qualidade da democracia em Portugal: A Perspectiva dos Cidadãos*. Relatório de estudo promovido pela SEDES. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. p. 08. A definição adotada é a que segue: “não se restringe à ideia de que este tipo de regime serve exclusivamente para proteger as ‘liberdades negativas’ individuais contra abusos de poder por parte do Estado ou como um simples método (entre outros possíveis) através dos quais os cidadãos selecionam representantes seus em eleições regulares”.

¹¹⁶ BARZOTTO, L. F. (2003) *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos. p. 26.

1.3. Algumas abordagens democráticas no pensamento jurídico-filosófico contemporâneo

Três pensadores podem contribuir ao intento de elaborar uma abordagem conceitual possível da democracia – e de antemão é imperioso registrar que cada um destes aqui referidos tem uma produção (temática) acadêmica intensa e que está muito além do aqui exposto. O propósito do presente tópico é o de identificar algumas das linhas mestras do tratamento teórico que cada um dos autores deu ao tema da democracia, e a partir disto se utilizar de instrumentos teóricos desenvolvidos pelos mesmos para pensar as questões que incidem diretamente nas questões e nos objetivos pretendidos na tese.

O primeiro (Norberto Bobbio) que apesar de ter reservas acerca da democracia e se mostrar como um crítico severo da mesma face seus paradoxos, aporias e limitações, a considerava como o melhor dentre os sistemas de governo e confiava na sua expansão. Este é um ponto marcante no conjunto da sua obra e da sua análise a partir da perspectiva que confronta a democracia real com a ideal.

O segundo (Danilo Zolo) faz um contraponto crítico a teoria democrática de Bobbio e reforça a necessidade de repensá-la de forma menos moderada e a partir das imponentes transformações sociais deste terceiro milênio. A suas ideias-força mais referenciadas serão a do desmoronamento do *Welfare State* (que inter-relaciona com a democracia) e da fragilidade dos direitos sociais, sobretudo com a sua flexibilização no âmbito laboral. São ideias bem desenvolvidas e marcadas por um traço particular: a maior parte das suas análises não está “contaminada” pelo contexto de crise. Foram anteriores, o que permite desvincular da crise alguns dos “efeitos” que lhe tem sido comumente atribuídos.

E, em seguida, Boaventura S. Santos, também um teórico e crítico dos sistemas democráticos, mas que se diferencia dos dois primeiros no que concerne à concepção de democracia. O modelo proposto por Bobbio se aproxima de uma das maiores críticas do autor, ao qual denomina como “hegemônico” e se refere ao padrões representativo e liberal da democracia. Apesar de ser esta a concepção dita consolidada, segundo Boaventura ela gera aquilo a que chama de “democracia de baixa intensidade”, uma categoria sua que também serve de referência à análise levada a efeito nesta tese.

1.3.1. Dicotomias democráticas: O grande labirinto de Norberto Bobbio¹¹⁷

Apesar da precisão das análises referentes à democracia apontarem para a formulação de uma teoria, há questionamentos sobre se existe uma teoria democrática *bobbiana*. Nesta tese se optou por tratar o conjunto das suas ideias como sua concepção que é mais complexa do que *a priori* se pode supor. Num tentativa de sintetizar os elementos que formam o seu núcleo-duro é possível afirmar que a concepção de Bobbio é moderna, representativa, liberal e procedimental¹¹⁸. Quanto aos três primeiros elementos, estes podem ser pensados em conjunto, pois em geral a democracia liberal é, por sua natureza, também moderna e representativa. Quanto ao elemento liberal, este não se refere àquele que finca suas raízes no mercado livre ou em questões econômicas: trata-se do liberalismo político, comprometido com o Estado constitucional¹¹⁹.

Quanto ao elemento procedimental, este merece uma análise mais densa. Isto porque a concepção Bobbio tem duas possibilidades teóricas: uma ética e outra procedimental. A primeira carrega o viés da dimensão participativa e se evidencia nos seus escritos da década de 1940. Como o afirma Assis Brandão, era um Bobbio “mais jovem, mais otimista, que dava mais relevância à participação da cidadania e acreditava na democracia como uma forma de governo capaz de educar os cidadãos para a liberdade”¹²⁰. Sob este prisma a democracia é uma forma de governo portadora de um fim, que deverá ser alcançado através dela.

¹¹⁷ Neste tópico recupero livremente a argumentação e trechos literais da minha dissertação do mestrado, devidamente referenciada ao final, por ter sido esta um dos aportes que impulsionaram a investigação original que me propus realizar no Doutorado. Cf. SILVA, T. M. A. (2011) *Norberto Bobbio e a questão democrática: encruzilhadas e perspectivas*. (Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal da Paraíba). João Pessoa: UFPB. Bobbio é o autor ao qual comumente recorro quando trato do tema da democracia. É um ponto de partida no pensamento democrático, daí a importância de explicitar o seu pensamento para quem se propor a ler o que escrevo.

¹¹⁸ Segundo Tosi, Bobbio tem uma concepção a que chama de “mista” da democracia composta por três elementos: a democracia representativa, a participativa e a da competição entre elites. TOSI, G. (2011) *As três formas de democracia em Norberto Bobbio*. In _____. (Org.) *Norberto Bobbio: Democracia, direitos humanos, paz e guerra*. João Pessoa: Editora UFPB. Yturbe por sua vez entende que a concepção *bobbiana* é processual e deve ser compreendida como um método, um sistema de regras para tomar decisões coletivas. É uma concepção política, formal e, ainda, representativa, posto que as decisões são tomadas por representantes dos cidadãos, eleitos através do voto. YTURBE, C. (2011) *Norberto Bobbio: Democracia y derechos*. In TOSI, G. (Org.) *Norberto Bobbio: Democracia, direitos humanos, paz e guerra*. Op. cit.

¹¹⁹ PORTINARO, P. P. (2008) *Introduzione a Bobbio*. Roma-Bari: SEDIT.

¹²⁰ BRANDÃO, A. (2011) *As duas concepções de democracia de Bobbio: a ética e a procedimental*. In TOSI, G. (Org.) *Norberto Bobbio: Democracia, direitos humanos, paz e guerra*. Op. cit.

A segunda possibilidade evidencia-se a partir da década de 1950 e traz a democracia enquanto procedimento¹²¹. Esta foi desenvolvida por um Bobbio “mais maduro, mais realista, ora mais ora menos desencantado com as possibilidades da democracia, ora mais ora menos normativo, ora mais ora menos participativo”¹²². Nesta perspectiva procedimental é nítida a influência de Schumpeter, que tinha abandonado muito da natureza ética da democracia e a conceituava como um procedimento, ou um “mero método para a tomada das decisões políticas, desprovida de qualquer finalidade”¹²³.

Conhecer tais elementos da concepção de Bobbio importa na medida em que foi a partir deste olhar que ele elaborou a “definição mínima” que será um dos parâmetros para medir os retrocessos possíveis a um sistema democrático. Segundo o autor a democracia é “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos”¹²⁴. Tal definição conduz as conhecidas “regras do jogo”, os elementos que, aos seus olhos, caso não presentes, desvirtuam o caráter democrático de um Estado.

As decisões para serem aceitas como coletivas devem ser tomadas com base em procedimentos, de modo que as liberdades são precondições para o desenvolvimento das regras do jogo¹²⁵. É o regime jurídico-político que organiza e preestabelece as regras (normas) do jogo democrático, definindo quem, onde e como irá se “jogar”¹²⁶. O conteúdo mínimo será um referencial importante no escrutínio da possibilidade de estabelecimento de um limite às retrações democráticas nos Estados contemporâneos. As “regras” são:

- a) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, religião, condições econômicas, sexo etc., devem gozar dos direitos políticos, isto é, do direito de exprimir com o voto a própria opinião e/ou eleger quem a exprima por ele;
- b) o voto de todos os cidadãos deve ter peso idêntico, isto é, deve valer por um;
- c) todos os cidadãos que gozam dos direitos políticos devem ser livres de votar segundo a própria opinião, formando o mais livremente possível, isto é, em uma livre concorrência entre grupos políticos organizados, que competem entre si para reunir reivindicações e transformá-

¹²¹ Esta visão procedimentalista é adotada no século XX pela maioria dos teóricos da política, como Schumpeter, Kelsen, Popper e Hayek mesmo que tenham seguido tendências diferentes e com notório destaque para o primeiro.

¹²² BRANDÃO, A. (2011) *As duas concepções de democracia de Bobbio*. Op. cit.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ BOBBIO, N. (2009) *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra. p. 30.

¹²⁵ BOBBIO, N. (1983) *Qual Socialismo?* Debate sobre uma alternativa. Rio de Janeiro: Paz e Terra. p. 55.

¹²⁶ Neste sentido ver: STRECK, L. L. (2003) *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

las em deliberações coletivas;

d) devem ser livres ainda no sentido em que devem ser colocados em condição de terem reais alternativas, isto é, de escolher entre soluções diversas;

e) para as deliberações coletivas como para as eleições dos representantes deve valer o princípio da maioria numérica, ainda que se possa estabelecer diversas formas de maioria (relativa, absoluta, qualificada), em determinadas circunstâncias previamente estabelecidas;

f) nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, em modo particular o direito de tornar-se, em condições de igualdade, maioria. (BOBBIO, 1983, p. 55)

É possível perceber da definição mínima de Bobbio uma aproximação do que teóricos democráticos¹²⁷ chamaram de critérios ou elementos da democracia. Contudo, Bobbio mantém um traço diferencial quando interpretado a partir do método dicotômico de que o próprio se utilizou para refletir sobre os problemas do seu tempo. Quando divide a democracia entre formal e substancial ele usa por traço distintivo que a primeira diz respeito à forma de governo e o conjunto de instituições (uma concepção em função da qual é reconhecido como procedimentalista), mas quando se refere à democracia substancial esta diz respeito ao conteúdo desta forma, ou aos fins e valores em direção aos quais um determinado grupo político tende a operar¹²⁸. Sob este aspecto último é também um valor, o que o reaproxima o autor da sua concepção ética.

A definição minimalista de Bobbio também encontrou resistências entre os teóricos da democracia. Dentre eles Jürgen Habermas¹²⁹ para o qual Bobbio acabou por adotar uma estratégia deflacionária, pois dentre suas constatações céticas, ele apresenta as regras do jogo democrático com demasiada precaução. Apesar disso, ele reconhece que esta definição tem o mérito do seu caráter descritivo que abrange o conteúdo normativo dos sistemas políticos atuais¹³⁰. E no mesmo sentido Danilo Zolo, como será elaborado no tópico seguinte.

Há também críticas de que as teorias elitistas são antidemocráticas – e no Brasil José Afonso da Silva assim se posiciona, embora não se dirija diretamente a Norberto Bobbio. Segundo o referido autor, as teorias elitistas quando elencam dentre os pressupostos da democracia e educação do povo, certo nível de cultura, ou

¹²⁷ Robert Dahl aponta como elementos da democracia: a) direito ao voto; b) direito a ser eleito; c) direito de competição entre líderes políticos; d) eleições livres e honestas; e) liberdade de reunião; f) liberdade de expressão; g) fontes alternativas de informação; h) instituições capazes de submeter as medidas do governo as manifestações da vontade popular. DAHL, R. A. (2012) *Poliarquia*. Op. cit.

¹²⁸ BOBBIO, N. (1995) *Stato, governo, società*. Op. cit.

¹²⁹ HABERMAS, J. (1997) *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

¹³⁰ *Idem*.

amadurecimento social, estas reafirmam sua essência antidemocrática, que assenta “em sua inerente desconfiança do povo, que reputa intrinsecamente incompetente”¹³¹. No mesmo sentido, o Professor Rogério G. Leal (ao referir-se ao tema da administração pública) afirma a necessidade de se romper com este argumento de que o grau de complexidade e especificidade deixa à margem “os incautos cidadãos comuns do povo”, aos quais restaria apenas “avaliar os resultados das ações e políticas públicas”¹³².

De todo modo, no desenvolvimento da sua concepção, Bobbio defende que Schumpeter estava correto quando sustentou que um governo democrático não é marcado pela ausência de elites, mas pela presença de muitas elites em condições reais de concorrer entre si para a conquista do voto popular¹³³. O que a distingue de outras formas de governo é que, na democracia, há vários grupos em concorrência entre si para obter numa disputa livre o consenso popular.

O que tal análise parece deixar à deriva é o fato de que as elites nem sempre são as melhores garantidoras dos valores democráticos ou estão voltadas ao espírito do bem comum¹³⁴. E mais: tantas vezes a disputa gira em torno apenas de qual elite se sente no direito de ocupar o poder em determinado momento e lugar. Ele fez esta análise em casos diversos, mas reconheceu que a teoria das elites nasce como hostil à democracia ou até mesmo como antidemocrática.

Não obstante a formulação do conteúdo mínimo a democracia permanece nos seus contrastes e a existência das regras do jogo e do sufrágio universal não garantem a sua efetivação. Nos países democráticos é comum a lacuna entre a democracia real e a ideal, de modo que é possível se inquirir até que ponto este *gap democrático* deve ser atribuível aos Estados e à construção de instituições democráticas ou é inerente à própria democracia.

Uma análise elaborada por Bobbio pode auxiliar nesta questão, sendo

¹³¹ SILVA, J. A. (2017b) *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit. p. 127.

¹³² LEAL, R. G. (2008) Densificações democráticas do serviço público no Brasil: alguns pressupostos. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Ano 8. N.º 33. pp. 91-113. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/325/117>.

¹³³ Bobbio radicaliza o argumento weberiano ao afirmar que o cidadão, ao fazer a opção pela sociedade de consumo de massas e pelo bem-estar social, sabe que está a abrir mão do controlo sobre as atividades políticas e económicas por ele exercidas em favor de burocracias privadas e pública. SANTOS, B. S. S.; AVRITZER, L. (2003) *Democratizar a democracia*. Op. cit. p. 42.

¹³⁴ Estas são ideias desenvolvidas em PORTINARO, P. P. (2008) *Introduzione a Bobbio*. Op. cit. Ver também: AVRITZER, L. (2003) Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In SANTOS, B. S. (Org.) *Democratizar a democracia*. Os caminhos da democracia participativa. Porto: Edições Afrontamento, e no domínio especificamente constitucional ver: SILVA, J. A. (2017) *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit.

talvez a mais notória de toda a sua obra. Trata-se do contraste entre os ideais democráticos e a democracia real, ou do ideal e a rude matéria¹³⁵. Em outras palavras, para ele torna-se imprescindível examinar a democracia sob o ponto de vista da tensão entre o que foi prometido, idealizado e o que foi realizado efetivamente. Entre o conceito (as regras do jogo) e a efetivação há um caminho a ser percorrido. Não cabe apenas conhecer o que é (definição), pois importa, sobretudo, distinguir qual a democracia que temos hoje.

Democracia real e ideal: um embate presente

A discussão sobre a democracia real e a ideal pode servir como ponto de reflexão para as democracias atuais. Não que a ideia do pensador italiano seja inédita. Outros juristas identificaram e discutem esta lacuna que distancia a democracia real e a ideal¹³⁶. O ineditismo de Bobbio na questão entre o que foi concebido e o que fora realizado emerge quando ele indica uma espécie de mapa para a compreensão do tema. Ele elenca as “promessas não cumpridas da democracia” que, mesmo que não as tenha assim pronunciado, percebe-se que se trata de promessas da democracia representativa na forma postulada pelo modelo liberal clássico. Estas são seis: 1) o nascimento da sociedade pluralista, 2) a revanche dos interesses, 3) a persistência das oligarquias, 4) a expansão dos espaços democráticos, 5) eliminação do poder invisível e, por fim, 6) a educação para a cidadania.

Apesar do rol taxativo, ele ressalta que algumas não poderiam ter sido realizadas, sendo apenas ilusões. Outras seriam esperanças mal respondidas. E outras não se cumpriram porque se chocaram com obstáculos imprevistos, ou que surgiram depois, impedindo a efetivação. Além destes é preciso ter em mente as situações em que as promessas da democracia são apenas uma espécie de verniz que, embora brilhante, é superficial, e será típico das democracias aparentes. Atualmente, muitas nações que em

¹³⁵ Nesta análise, conforme reitera Portinaro, Bobbio se inspira em *Capitalismo, socialismo e democracia* de Schumpeter quando este contrapõe a teoria realista a teoria clássica da democracia. PORTINARO, P. P. (2008) *Introduzione a Bobbio*. Op. cit.

¹³⁶ Dahl, por exemplo, o faz com propriedade, acrescentando que “esta lacuna oferece uma dificuldade: poderíamos encontrar maneiras de tornar os países ‘democráticos’ mais democráticos? Se até mesmo os países ‘democráticos’ não são totalmente democráticos, o que poderemos dizer de países que não dispõem das grandes instituições políticas da democracia moderna - os países não-democráticos? Como seria possível torná-los mais democráticos, se é que isto seria possível?” DAHL, R. A. (2001) *Sobre a democracia*. Op. cit. p. 42.

nada se aproximam da democracia como modelo se arvoram em se declararem como tal.

A primeira promessa refere-se à distribuição do poder. Na democracia moderna, ao invés de indivíduos singularmente considerados (afinal, o individualismo fora um dos grandes legados das revoluções liberais), é cada vez maior a presença de intercessores entre os sujeitos e o Estado. Deste modo, o que se percebe é a presença dos grandes grupos, das organizações, e, ainda, dos partidos políticos que assumem um lugar que seria destinado aos indivíduos no papel de “protagonistas” da vida política. Os indivíduos autônomos e soberanos permaneceram no campo da democracia ideal¹³⁷. Neste aspecto, Revel alerta para um esfacelamento das democracias, que estão hoje divididas em grupos isolados, que disputam vantagens entre si, sem preocuparem-se com os demais¹³⁸.

Sendo a existência de grupos que funcionam como intermediários entre os indivíduos e o Estado incontestado, tratando-se de uma opção de organização no âmbito político, esses mesmos grupos por vezes têm interesses contrapostos refletindo o descumprimento de, pelo menos, mais uma das promessas: o vício da representação de interesses. A democracia deveria ser comprometida com a representação política, segundo a qual o representante persegue os anseios da nação ao invés dos interesses particulares dos representados¹³⁹. Em outras palavras, os eleitos não devem ser representantes de grupos específicos de eleitores (um representante de interesses), mas dos interesses gerais do administrado (um representante político).

Neste ponto é interessante destacar o papel e a influência dos *lobbies* nos sistemas políticos, posto ser este um retrato da representação de interesses legitimada, efetiva e socialmente aceita mesmo nos Estados democráticos. Quando mencionada a questão da “representação dos interesses” é preciso se indagar se em algum momento existiu a representação política sem qualquer contaminação dos interesses de grupos ou indivíduos particularmente considerados. E ainda, se em casos como os da União Europeia, em que estes *lobbies* são não apenas lícitos, como transparentes e desejáveis,

¹³⁷ Constant identificava como um dos perigos da liberdade moderna o de estarmos tão absorvidos “no gozo da nossa independência privada e na perseguição dos nossos interesses particulares, acabemos por renunciar demasiado facilmente ao nosso direito de partilhar o poder político”. Um segundo, também tratado por Bobbio, mas em termos um pouco distintos por se referir expressamente à democracia era o do primado da esfera econômica sobre a pública. CONSTANT, B. (1985) Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Filosofia Política 2*. Porto Alegre: UNICAMP/UFRGS.

¹³⁸ REVEL, J. F. (1984) *Como terminam as democracias*. São Paulo: DIFEL. p. 19.

¹³⁹ CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit.

essa representação de interesses seria, realmente, sempre algo negativo para o desenvolvimento da democracia.

Na União Europeia a ação dos *lobbies* já suscitou críticas, o que acabou por acarretar a criação pelo Parlamento, em conjunto com a Comissão, do Registro de Transparência Europeu comum (RT), um sistema em que constam as entidades que procuram influenciar, direta ou indiretamente, o processo decisório da União Europeia. Tal registro é voluntário e contém mais de 7.000 organizações, conforme dados do próprio Parlamento. Embora haja variações nas legislações dos Estados-Membros no que diz respeito à regulamentação da atividade lobista, os registros são obrigatórios na Lituânia, na Polónia, na Eslovênia, na Áustria e no Reino Unido¹⁴⁰.

Lóbis e transparência no direito primário da União Europeia. A transparência dos lóbis não está regulamentada nos Tratados. Contudo, é referida a importância de fazer consultas nos termos do artigo 11.º, n.º 1, do TUE, que obriga as instituições da União Europeia a dar “aos cidadãos e às associações representativas a possibilidade de expressarem e partilharem publicamente os seus pontos de vista sobre todos os domínios de ação da União”. Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, «as instituições estabelecem um diálogo aberto, transparente e regular com as associações representativas e com a sociedade civil». (REGISTRO DE TRANSPARÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA, 2014)

A terceira promessa não cumprida da democracia refere-se à derrota do poder oligárquico. Embora seja frequente entre os defensores da democracia a crítica às oligarquias, estas prosseguem ditando as regras do poder. A quarta promessa refere-se à expansão dos espaços democráticos.

Neste ponto a análise de Bobbio vai além do regime de governo e contempla uma democracia que garante direitos em esferas da vida social. A extensão do processo de democratização de uma sociedade não se revela apenas no aumento do número de votantes nas eleições parlamentares. É preciso a difusão da democracia no âmbito social, com o desenvolvimento do alcance do direito de participar das decisões em todos os espaços nos quais este possa ser exercido, seja ele político ou não. Assim, a democratização do Estado não implica na democratização da sociedade, de forma que

¹⁴⁰ *Registro de Transparência da União Europeia. Ano 2014. Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2014/542170/EPRS_BRI\(2014\)542170_PT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2014/542170/EPRS_BRI(2014)542170_PT.pdf) Ainda neste documento consta a definição do termo lobista, como “um átrio onde os deputados podem ser abordados antes ou depois dos debates. É essencialmente entendido como um esforço concertado para influenciar a elaboração de políticas e o processo de decisão, com vista a obter um determinado resultado por parte das autoridades governamentais e representantes eleitos. Os lóbis inserem-se, portanto, numa perspetiva mais alargada da ‘representação de interesses’, mas estão limitados aos seus aspetos legislativos e executivos”.*

pode haver um Estado governado democraticamente, mas que a maior parte das suas instituições sociais (fábrica, escola, família, empresa) não o seja. Um parâmetro para medir o grau de democratização de um país é a análise do aumento não do número dos votantes, mas sim dos espaços nos quais este direito pode ser exercido. Portanto, segundo Bobbio, “atingida a meta do sufrágio universal (além do voto aos 18 anos é difícil que, nesta estrada, existam outras etapas), o problema atual do desenvolvimento democrático não pode se limitar ao “quem” vota, mas também o “onde” se vota”¹⁴¹.

A quinta promessa trata-se da eliminação do poder invisível, onde ele se refere à *Microfísica do Poder* de Foucault¹⁴²: “O poder não está apenas difuso e repartido. Ele está disposto em estratos que se distinguem um do outro por diferentes graus de visibilidade”. A democracia idealizada era a do governo no qual o poder era visível¹⁴³, exercido “como se se tratasse de um espetáculo a que são chamados para assistir, para aclamar ou para silenciar, todos os cidadãos¹⁴⁴”. Daí que muitas vezes as críticas negativas dirigidas à democracia comparavam as assembleias populares a espetáculos cênicos, no quais os cidadãos não passavam de meros espectadores.

A aposta da democracia fundava-se na convicção de que o governo democrático poderia dar vida à transparência do poder, a um poder sem máscaras. Neste ponto, Bobbio parece seguir o posicionamento de Hans Kelsen, que afirmava ser esta disposição a revelar os fatos uma tendência essencialmente democrática¹⁴⁵. A promessa do Estado democrático, em contraposição aos Estados absolutos, residia na transparência do poder, enunciada no princípio *kantiano* da “fórmula transcendental do Direito Público”¹⁴⁶.

E, por fim, a promessa não cumprida que diz respeito ao desenvolvimento da educação para a cidadania. Para Bobbio, as eleições livres e periódicas não são o único parâmetro para medir o grau de democraticidade de um

¹⁴¹ BOBBIO, N. (1995) *Stato, governo, società*. Op. cit. p. 103.

¹⁴² Segundo Foucault, o poder é mais complicado, muito mais denso e difuso que um conjunto de leis ou um aparelho de Estado. FOUCAULT, M. (1979) *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal. p. 221.

¹⁴³ De acordo com Hannah Arendt, o poder totalitário caracteriza-se pelo segredo e pela invisibilidade: “a única regra segura num Estado totalitário é que, quanto mais visível é uma agência governamental, menos poder detém; e quanto menos se sabe da existência de uma organização, mais poderosa ela é [...] o verdadeiro poder começa onde o segredo começa”. ARENDT, H. (1989) *Origens do totalitarismo*. Op. cit. p. 453.

¹⁴⁴ BOBBIO, N. (1999) *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: Editora Universidade de Brasília. p. 204.

¹⁴⁵ KELSEN, H. (2000) *A democracia*. Op. cit.

¹⁴⁶ KANT, I. (2009) *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70.

Estado. Este é o ato simbólico mais perceptível, mas é preciso assegurar a educação e serem dadas condições para que o cidadão seja ativo, compreenda, opine sobre os temas propostos. Assim poderá eleger seus representantes investido de reais condições de escolher. A passividade dos cidadãos é cômoda, sobretudo aos maus governantes ou aqueles que excluem os cidadãos da vida política. Percebe-se que Bobbio não se referia apenas à importância da educação formal, pedagógica, mas também a uma vertente de capacitação cívica alcançável pela educação.

Há um futuro para a democracia?

Quando Bobbio formula suas elaborações teóricas um traço que se distingue é a referência (mesmo que indireta) à história e na sua reflexão sobre a democracia não é propriamente difícil perceber esta inquieta ponderação, a qual Piero Meaglia denominou de reflexão sobre a “democracia na história”¹⁴⁷. É neste ponto que parece estar situada a sua inquietação sobre o futuro da democracia.

Após a análise de todas estas promessas descumpridas e dos obstáculos encontrados, percebe-se que o projeto democrático não se realizou na sua totalidade. Todavia Bobbio demonstra que estas dificuldades não retraíram os conteúdos mínimos do Estado democrático, quais sejam: a garantia dos principais direitos de liberdade, a “existência de vários partidos em concorrência entre si, eleições periódicas a sufrágio universal, decisões coletivas ou concordadas [...] ou tomadas com base no princípio da maioria”.

O que se evidencia em Bobbio são ideais, que aparecem em forma de promessas, sugerindo a reformulação e a reflexão sobre a democracia, sendo que, desta vez, em termos mais realistas. Na verdade, entendo que tais promessas não cumpridas podem servir como um importante ponto de partida que Bobbio indicou para que se possa discutir as questões mais prementes das democracias na contemporaneidade. Quando intitula um dos capítulos finais de *O futuro da democracia* como “*Apesar disto*”, Bobbio demonstra o quanto aumentou o espaço dos regimes democráticos no século XX, bem como após a Segunda Guerra a democracia não foi derrubada nos países em que foi restaurada. Ele afirma, ainda, que pelo menos até então, nenhuma

¹⁴⁷ MEAGLIA, P. (1994) *Bobbio e la democrazia*. Op. cit. p. 213.

guerra eclodiu entre Estados democráticos, pois embora possam ter declarado guerras, não o fizeram entre si. Neste ponto é importante pontuar duas questões. A primeira, de caráter mais geral, instiga a refletir sobre quais democracias Bobbio se referia no seu ensaio. Seguindo a literalidade do texto ele se refere aos países europeus.

A segunda questão a considerar é que, embora os países democráticos não tenham deflagrado guerras entre si no período do pós-guerra, financiaram, foram coniventes e auxiliaram a implantação de regimes ditatoriais que sobreviveram por décadas. E o que dizer sobre as nefastas “guerras humanitárias”, um termo que vai ser complexo de ser explicado pelos historiadores do futuro aos estudiosos sobre o século XX? Há, ainda, o argumento trazido por Dahl segundo o qual o fato de as democracias modernas não guerrearem umas decorre provavelmente face do grande comércio internacional entre elas, que levaria a certa predisposição à paz ao invés de a guerra. Mas, ressaltando, ainda, que essa predisposição entre parceiros comerciais é comum mesmo entre países não democráticos¹⁴⁸. A crítica de Habermas é também cabível neste contexto porque este afirma que o fato de ser um Estado democrático, não implica que ele terá relações democráticas com outros Estados. Esta pode ser uma aspiração, mas não uma condição. Na verdade, o que as exigências histórico-estatais demonstram é que “Estados de constituição democrática não travam menos guerras que os regimes autoritários [...] demonstram, porém, que esses Estados se comportam de maneira menos belicista nas relações entre si¹⁴⁹”.

Ao que parece esta aparente incongruência da reflexão de Bobbio pode ser explicada porque este refletia sobre a democracia enquanto ideia¹⁵⁰ – no sentido kantiano do termo – ou seja, como um conceito (racional e correto) de uma perfeição que, apesar de todos os obstáculos que atrapalhem a sua realização, é possível, embora não tenha, ainda, sido efetivado na experiência¹⁵¹. O termo ideia no pensamento de

¹⁴⁸ DAHL, R. A. (2001) *Sobre a democracia*. Op. cit..

¹⁴⁹ HABERMAS, J. (2007) *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Editora Loyola. p. 201.

¹⁵⁰ Quando tenta compreender a definição de direito kantiana contrapondo os critérios de distinção entre o direito e a moral, Bobbio se indaga sobre qual o valor daquela definição? “ela se refere a *que o direito é* ou a *o que o direito deve ser*?” Então Bobbio recorre a terminologia moderna para se perguntar se Kant define o *conceito* de direito ou se na verdade ele se refere a *ideia* de direito. Parece-nos claro que a resposta caminha no sentido da segunda alternativa, preocupando-se em refletir sobre como o direito deve ser ao invés de meramente compreender o direito é enquanto conceito, de forma que “o problema de Kant é, numa só palavra, o problema da *justiça*, ou seja, do critério com base no qual seja possível distinguir o que é justo do que é injusto”. BOBBIO, N. (1995) *Stato, governo, società*. Op. cit. p. 71.

¹⁵¹ TERRA, R. R. (1995) *A Política Tensa: Ideia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras. p. 25.

Kant, portanto, se refere a um objeto que não tem correspondência na experiência¹⁵². Embora partindo de Kant, ele rejeita a ideia da república perfeita, mas acredita que a espécie humana caminha para uma constituição civil perfeita, só que esta é democrática. Assim, ele confia na humanidade sob a égide da democracia. O adjetivo “perfeita”, neste contexto, é de suma importância porque indica a condição de uma ideia da razão pura.

Apesar de tantos conceitos e discussões sobre a ideia de democracia, Bobbio traz uma novidade quando mostra que ela não deve ser descartada mesmo diante dos próprios tropeços. Não faz qualquer aposta no futuro, mas afirma não ser temerário denominar nossa época como a era das democracias. “A democracia converteu-se nestes anos como denominador comum de todas as questões politicamente relevantes, teóricas e práticas¹⁵³”. No ensaio *Os vínculos da democracia* ele diz que pertencia a uma geração que havia perdido as grandes esperanças há tempos, não as tendo reencontrado senão em eventos isolados. Fora educado na “era das tiranias”, mas a democracia, mais do que sua esperança, era a sua causa¹⁵⁴.

Da leitura dos seus textos é possível compreender (e trazer para a análise) alguns dos paradoxos e das perspectivas da democracia contemporânea. As promessas não cumpridas continuam evidentes. Os obstáculos agora ganham mais força, com o discurso de que a democracia precisa se adaptar às sociedades complexas. As regras do jogo estão ainda em vigor, e a democracia é um regime capaz de se adaptar a situações adversas, a crises e até esvaziamento do seu conteúdo. Suas análises são pessimistas, mas não fatalistas.

Não há como prever o fim da era das democracias. Apesar de se apresentar de formas diferentes em lugares distintos, a democracia pode ainda ser vista em âmbito universal (quase) como sonhou Kant (na modernidade) e Bobbio (na contemporaneidade). Mas outro autor (Danilo Zolo) traz algumas ponderações que

¹⁵² CAYGILL, H. (2000) *Dicionário Kant*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores.

¹⁵³ BOBBIO, N. (2009) *O futuro da democracia*. Op. cit. p. 09.

¹⁵⁴ No ensaio “*Os vínculos da democracia*”, publicado em 1983, Bobbio assegura que pertencia a uma geração que havia perdido as grandes esperanças há mais de trinta anos, não as tendo reencontrado senão em poucos eventos isolados. Ele afirmava que pertencia a esta geração que fora educada (filosófica, literária e politicamente) na chamada “era das tiranias”, embora fosse a democracia, mais do que sua esperança, a sua causa. Embora considerando tantas esperanças deixadas para trás, ele não se resigna diante da própria impotência, mas reafirma sua convicção de que, tendo vivido grande parte da sua formação sob o domínio do fascismo, mais vale uma má democracia (e cita, como exemplo, a italiana) que uma boa ditadura SILVA, T. M. A. (2011) *Norberto Bobbio e a questão democrática: encruzilhadas e perspectivas*. Op. cit.

divergem das até então apresentadas, e que acrescentam muito à discussão nos moldes atuais. A concepção democrática de Bobbio (Schumpeter, Przeworski) sobre democracia, a propósito, se coaduna com perfeição aquela que Boaventura chama de hegemônica e este é um dos pontos mais áridos das suas análises. Sim, a democracia não está no fim, mas do modo como tem se apresentado lembra somente a caricatura do que deveria ser. De todo modo, o desafio à reflexão proposto por Bobbio é claro e lúcido, como o são seus textos. Em *Il problema della guerra e le vie della pace* o referido autor redige as linhas magistrais do que me parece uma síntese do seu ideal democrático:

Uma vez aconteceu de um grãozinho de areia levado pelo vento parar uma máquina. Mesmo que houvesse apenas um milésimo de milésimos de probabilidade de o grãozinho, levado pelo vento, terminar na mais delicada das engrenagens, detendo o seu movimento, a máquina que estamos construindo é demasiado monstruosa para que não valha a pena desafiar o destino. (BOBBIO, 1979, p. 94-95)

O argumento da (não) efetividade dos direitos sociais

Bobbio sempre defendeu a historicidade dos direitos humanos e fundamentais. Na sua análise os dividia em gerações, sendo os da primeira os direitos de liberdade que impõem um não-agir do Estado, e os da segunda os direitos sociais que se relacionam também com a liberdade expressa através ou por meio do Estado, do qual demandam uma ação positiva. Ambos permanecem em movimento e manifestam novas exigências, como no caso dos direitos sociais que trazem consigo valores como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal.

Sob este ponto de vista teórico os direitos nascem e se desenvolvem de modo gradual o que não impede que o próprio uso do termo “direito” permaceça ambíguo e muitas vezes apenas retórico¹⁵⁵. Neste aspecto o autor se refere a maior parte dos direitos sociais e da sua permanência “no papel” apesar de restarem cada vez mais previstos nas declarações nacionais e internacionais. Esta parece ser mais uma face da

¹⁵⁵ Em outro momento ele questiona: “já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito”? A diferença entre esses auto-intitulados direitos e os direitos propriamente ditos não será tão grande que torna impróprio ou, pelo menos, pouco útil o uso da mesma palavra para designar uns e outros?” BOBBIO, N. (1990) *L’età dei diritti*. Op. cit.

sua análise da perspectiva do real e do ideal que, no âmbito específico dos direitos sociais, quando a reflexão se volta para o real se manifesta na distância que persiste entre a proclamação de direitos e a sua efetividade. A isto ele denomina como a “defasagem” entre as normas que declaram, reconhecem, definem e atribuem direitos, mas sem sua efetiva aplicação.

Assim o argumento mais forte contra os direitos sociais não se refere a falta de fundamento e quando se trata de enunciá-los “o acordo é obtido com relativa facilidade”. O problema é passar da previsão para a ação. Segundo Bobbio, portanto, o problema fundamental em relação aos direitos do homem, no qual inclui os direitos sociais, não é filosófico (fundamentalidade), mas político (exequibilidade).

A partir desta constatação o autor não faz recair necessariamente sobre o Estado o estigma de “culpado” pela não efetividade dos direitos sociais. O grande desafio é encontrar condições econômicas para as situações em que “os programas ideais” não bastam para desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais, pois a realização dos direitos pressupõe frequentemente necessárias condições objetivas, que não “dependem da boa vontade dos que os proclamam, nem das boas disposições dos que possuem os meios para protegê-los”¹⁵⁶. Segundo o autor, portanto, mesmo os Estados mais liberais podem se deparar com contextos em que precisem suspender alguns direitos de liberdade (como em tempos de guerra)¹⁵⁷.

No movimento contínuo dos direitos sociais Bobbio traz uma contribuição que adiante será importante: “à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil”¹⁵⁸. Considerando que as demandas de proteção social nasceram com a revolução industrial ele apontava como provável que o desenvolvimento técnico e econômico, cada vez mais rápido, trouxesse consigo novas demandas, que à época não haveria como prever.

¹⁵⁶ BOBBIO, N. (1990) *L'età dei diritti*. Op. cit.

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ *Idem*.

1.3.2. A democracia contemporânea à luz do realismo de Danilo Zolo

As perspectivas de Danilo Zolo e de Norberto Bobbio sobre a democracia têm pontos de atrito, não obstante o primeiro ter encontrado no segundo um dos seus principais interlocutores. Ambos dedicaram parte significativa das suas investigações à reflexão do tema¹⁵⁹.

No campo de discussão desta tese a divergência que se destaca é a crítica de Zolo ao conteúdo nuclear de *O futuro da democracia*, a obra que o próprio considera uma das principais contribuições de Bobbio a teoria democrática¹⁶⁰ e aqui já referenciada. Segundo Zolo a teoria revisionista da democracia (não clássica) de Bobbio é marcada pelo o catálogo das “promessas não cumpridas”, uma posição a que considerou “politicamente desoladora” que não se voltou para a notável perda de capacidade evolutiva e expansiva das instituições democráticas.

se a “democracia real” não é isso que temos diante de nossos olhos, e se o que temos sob os nossos olhos é realmente sem nenhuma alternativa, então a política não merece motivar um empenho intelectual e civil [...] talvez a raiz da apatia política que é cada vez mais difundida nas sociedades ocidentais está mesmo aqui: em considerar não cumpridas as promessas não cumpridas da democracia. (ZOLO, 1989, p. 90)

Ademais o elenco traçado por Bobbio deixou em aberto questões como, por exemplo, “o que significava exatamente na leitura de Bobbio a expressão ‘promessas não mantidas’? Quem havia feito aquelas promessas? Elas poderiam ser mantidas ou se tratavam de promessas de marinheiro?”¹⁶¹ Segundo Danilo Zolo a postura teórica de Bobbio neste aspecto parece sugerir que não se deve exigir tanto da democracia, afinal esta era o mal menor¹⁶². Contudo os autores se reencontram nas lentes em comum: a importância da cidadania democrática para o exercício dos direitos fundamentais, a análise destes à luz do *Welfare State* e, ainda, que ambos consideravam

¹⁵⁹Este diálogo foi concretizado em uma obra reúne os quase 25 anos de correspondência epistolar entre ambos, no qual o tema da democracia ocupou um lugar central. Refiro-me a ZOLO, D. (2008) *L'alito della libertà*. Su Bobbio. Con venticinque lettere inedite di Norberto Bobbio a Danilo Zolo. Milano: Feltrinelli. Para Zolo Bobbio foi um ponto de referência intelectual e moral conforme afirmado em ZOLO, D. (2011c) *Un granello di sabbia sollevato dal vento*. Una biografia intellettuale. Entrevista concedida a Maria Luiza Alencar Feitosa e Giuseppe Tosi. (mimeo).

¹⁶⁰No âmbito da sua teoria democrática as demais são Política e Cultura (1995) e Qual Socialismo? (1976).

¹⁶¹ZOLO, D. (2008) *L'alito della libertà*. Op. cit. p. 18.

¹⁶²ZOLO, D. (1989) *La democrazia difficile*. Op. cit.

crucial refletir sobre o futuro da democracia no terceiro milênio¹⁶³.

Quanto às perspectivas políticas distintas (Bobbio neopositivista e Zolo um neocomunista) este foi mais um ponto de aproximação do que de distância entre os autores. Segundo o próprio Zolo, principalmente nos últimos anos de vida, “Bobbio, com liberal que era, sustentava a defesa pela liberdade sem renunciar as lições do marxismo”, sobretudo “do ponto de vista dos oprimidos”¹⁶⁴. Ele não propôs “uma síntese ideológica” entre ambos, mas foi o intelectual liberal democrático que, ao menos na Europa, “mais praticou o diálogo com o marxismo”¹⁶⁵.

Zolo também discorda dos comentadores segundo os quais a concepção democrática de Bobbio é de natureza procedimental, no sentido de que ao se empenhar em definir as regras do jogo democrático ele tenha se limitado a precisar “as condições formais para que um processo de decisão coletiva possa ser considerado democrático”¹⁶⁶. Inclusive afirma que o próprio Bobbio lhe daria razão. Aos seus olhos a definição “mínima” não é nem processual nem ideologicamente neutra, ou seja, sem referência a valores de interesses sociais. E defender que se trata de uma noção puramente procedimentalista é esquecer que para Bobbio não há democracia sem a proteção dos direitos fundamentais de liberdade¹⁶⁷ e que para ele a democracia se desenvolveu no fluxo da tradição garantista de direito. E completa afirmando que “as liberdades fundamentais foram para Bobbio os valores que davam sentido ao Estado de direito e a democracia, bem além das doutrinas formalistas e vida política sem valor”¹⁶⁸.

Haverá então um futuro para democracia?

As reflexões de Zolo – sejam no âmbito do direito, da filosofia ou da teoria da democracia – desenvolvem-se sob o prisma do realismo político. Para alcançar tal constatação não são necessárias “acrobacias hermenêuticas especiais”, pois o próprio com frequência emprega o termo realismo (e suas derivações) nas suas análises, o

¹⁶³ ZOLO, D. (1989) *La democrazia difficile*. Op. cit. p. 92.

¹⁶⁴ ZOLO, D. (2008) *L'alito della libertà*. Op. cit.

¹⁶⁵ *Idem*.

¹⁶⁶ ZOLO, D. (2008) *L'alito della libertà*. Op. cit. E, ainda, ZOLO, D. (1989) *La democrazia difficile*. Op. cit. p. 16.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ *Idem*.

reafirma enquanto referencial teórico e se autodefine como tal¹⁶⁹.

Pietro Costa enfatiza duas obras que refletem o realismo de Zolo: *Il principato democrático*, no qual o subtítulo delinea uma teoria realística da democracia, e *Cosmopolis* no qual declarada a sua pertença à tradição do realismo. Além destas cabe acrescentar ainda *Sulla paura*, que o autor destaca uma abordagem antropológica a que chama de realística e serve de pano de fundo na sua análise sobre temas como o governo, o *Welfare State* e a globalização. Marcado por intensa reflexividade¹⁷⁰ suas análises flertam com um pessimismo crônico, embora ele o tenha definido como um pessimismo da realidade¹⁷¹. Como será possível constatar, tais traços tornam suas teorias por vezes complexas.

Acerca da democracia, uma metáfora empregada por Zolo em *La democrazia difficile* sinaliza qual a sua perspectiva. Trata-se da “metáfora náutica” escrita por Otto Neurath na era pós-einsteiniana, que comparava o contexto em que viviam a situação de marinheiros que deveriam reconstruir o seu navio em mar aberto: eles usavam a madeira da estrutura para modificar o barco, mas não poderiam trazê-lo de volta ao porto para reconstruí-lo do zero¹⁷². Afirmando-se como alguém que tem uma “visão realística da democracia” ele segue na contramão dos modelos clássicos, seja o participativo dos gregos antigos (a qual considera fascinante, mas inutilizável) seja o representativo, “que o domínio dos partidos apagou há muito tempo”. Em *Complessità e democrazia*¹⁷³, o autor já asseverava que, desde o último pós-guerra, nunca havia sido tão evidente no âmbito das democracias ocidentais e do capitalismo desenvolvido, a situação de crise ser tão invocada para motivar os processos de decisão política. Trata-se de uma crise de governabilidade.

Por entender que a doutrina clássica está em crise, bem como a existência de uma crise sem precedentes das instituições políticas ocidentais, ele propõe que é

¹⁶⁹ COSTA, P. (2016) Il realismo di Danilo Zolo. In *Jura Gentium*. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. Disponível em <http://www.juragentium.org/topics/thil/costazolo.html>. Cabe salientar, todavia, em uma resenha sobre *Il principio democratico*, Zolo afirma que sua tese sobre o realismo político fundado numa antropologia filosófica envelheceu e merece outros desenvolvimentos e aprofundamentos. ZOLO, D. (1994) Autorecensione “Il principato democratico. Per una teoria realistica della democrazia”. *Scienza & Politica*. Per una storia delle dottrine. V. 6 N.º 11. Disponível em <https://scienzaepolitica.unibo.it/article/view/2981>.

¹⁷⁰ Na qual ele parte da construção do objeto mediante estratégias linguístico-conceituais, bem como de premissas “metateóricas”, que têm raízes no terreno da epistemologia das ciências humanas. COSTA, P. (2016) *Il realismo di Danilo Zolo*. Op. cit.

¹⁷¹ ZOLO, D. (1994) *Autorecensione* “Il principato democratico”. Op. cit.

¹⁷² ZOLO, D. (1992b) *Il principato democratico*. Per una teoria realistica della democrazia. Milano: Feltrinelli.

¹⁷³ ZOLO, D. (1987) *Complessità e democrazia*. Per una ricostruzione della teoria democratica. Turim: Giappichelli.

preciso “reconstruir uma teoria democrática” e para tal parte da visão “pós-clássica” que considera “a complexidade funcional das sociedades ocidentais contemporâneas e o alto nível de competência especialista que a decisão política requer um nível que os cidadãos normais não possuem e não podem possuir”. Assim, nesta sua perspectiva conceitual, percebe-se que ele compartilha da ideia de Schumpeter¹⁷⁴ (tal qual Bobbio) segundo a qual

hoje ‘democracia’ pode somente significar o pluralismo das elites que se candidatam ao exercício do poder, além de algum tipo de alternativa entre os programas oferecidos à escolha dos eleitores, e, como condição absoluta, a liberdade dos cidadãos que vão às urnas para expressar a própria preferência política. (ZOLO, 2011, p. 74)

O que Zolo propõe é – tendo por pano de fundo a crítica lançada por Schumpeter à doutrina clássica da democracia – que não obstante a crise da teoria democrática e a evidente perda de capacidade expansiva das instituições representativas em evidência na Europa, ante os impasses da evolução do *Welfare State*, não há como se conceber que a esquerda continue a fazer uso de velhos slogans¹⁷⁵. A enciclopédia política de termos como soberania popular, representação, divisão de poderes e participação deve ser repensada. Se para Schumpeter a democracia não era um ideal ou um valor em si, mas um método a favor do qual não milita princípios ou argumentos de valor geral e absoluto¹⁷⁶, o método democrático pode ser compreendido como uma tentativa de regular a competição política, em forma análoga àquela que regula o mercado econômico em um regime de livre concorrência¹⁷⁷.

Segundo Zolo, portanto, para gerir as “sociedades do risco”¹⁷⁸ se precisa além das máximas morais da competência, de especialistas. Em relação à capacidade dos eleitorados democráticos de escolher a elite (partidária) digna de realizar funções de governo, a ele parece como algo difícil de admitir sem reservas significativas. Do mesmo modo, a ideia de representação parece fraca e prejudicada e as ideias de

¹⁷⁴ ZOLO, D. (1989) *La democracia difficile*. Op. cit. p. 74, sendo esta de que a democracia trata-se de um arranjo institucional “para se chegar a certas decisões políticas que realizam o bem comum, cabendo ao próprio povo decidir, através da eleição de indivíduos que se reúnem para cumprir-lhe a vontade”. SCHUMPETER, J. (1984) *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores. p. 300.

¹⁷⁵ ZOLO, D. (1989) *La democracia difficile*. Op. cit. p. 72.

¹⁷⁶ *Idem*.

¹⁷⁷ *Idem*.

¹⁷⁸ Numa alusão direta aos moldes definidos, ver: BECK, U. (1992) *Risk Society: Towards a New Modernity*. Londres: Sage.

consenso e participação tomaram conotações problemáticas na democracia pós-industrial, a ponto de o autor confessar que parece árduo distinguir uma democracia de um regime totalitário ou despótico com base apenas nestas categorias clássicas¹⁷⁹. E mais: não é somente a teoria democrática que está em crise. Em entrevista recente¹⁸⁰, Danilo Zolo trata de outras duas crises que interessam para os objetivos da presente tese. Uma diz respeito ao Estado de Direito, a outra, à crise econômica de 2008.

No que diz respeito à primeira, Zolo defende que se vive agora uma grave crise, com o desmoronamento do poder parlamentar e a prevalência crescente do poder judiciário e, ainda mais, do poder executivo. Estamos vivendo o crepúsculo da democracia e o que nos resta são os fragmentos de uma *postdemocrazia* em dissolução, pois “não estamos em condições para um mundo melhor”¹⁸¹. E ainda que as noções de “representação”, “soberania popular” e de “interesse coletivo” são dogmas iluministas sem nenhum relevo político e distantes da cultura popular.

Sobre o significado desta *postdemocrazia* a qual o Professor Zolo se refere, se trata de um conceito desenvolvido por Colin Crouch. Segundo este último, é uma analogia ao conceito de “pós-industrial”, e, de modo mais complexo, ao de pós-moderno. De acordo com Crouch, dizer que uma sociedade é pós-industrial, não significa que a mesma é “não-industrial”, e sim que aquela sociedade continua a fabricar e a utilizar os produtos da indústria, mas que o “impulso inovador do sistema” é diferente. O mesmo raciocínio se aplicaria, embora de forma mais complexa, ao significado de pós-moderno, que implica em uma cultura que se utiliza ainda do modernismo, mas afasta-se deste na busca de novas possibilidades. Segundo Colin Crouch, portanto, uma sociedade pós-democrática é aquela que continua a manter as instituições da democracia, mas isso se dá cada vez mais numa dimensão formal, na qual o impulso inovador não está nas arenas democráticas e, sim, em pequenos círculos de uma elite político-econômica. De todo modo, a partir da sua análise, é possível afirmar que, não obstante a crise, o período atual não se trata de uma pós-democracia, mas sim de uma fase de transição, que pode levar até este “pós-modelo”¹⁸².

¹⁷⁹ ZOLO, D. (1989) *La democrazia difficile*. Op. cit.

¹⁸⁰ ZOLO, D. (2011c) *Un granello di sabbia sollevato dal vento*. Op. cit.

¹⁸¹ ZOLO, D. (2010) *Tramonto globale. La fame, il patibolo, la guerra*. Firenze: Firenze University Press.

¹⁸² CROUCH, C. (2003) *Postdemocrazia*. Roma: Editori Laterza. p. 26. Em esclarecimentos posteriores, sobre o sentido do conceito de pós-democracia, ver: CROUCH, C. (2013) *A post-democratic society is one that continues to have and to use all the institutions of democracy, but in which they increasingly become a formal shell*. Entrevista concedida a Carrigan, M. In *British Politics and*

De acordo com Zolo, este conceito de *postdemocrazia* pode ajudar a descrever e compreender as situações em que “um estado de tédio, frustração e desilusão segue uma fase democrática; quando os interesses de uma minoria poderosa tornaram-se muito mais ativo na massa comum na flexão do sistema político às suas finalidades¹⁸³”. Um dos seus sintomas percebe-se no fenômeno eleitoral o que se vê é “uma massa de cidadãos desempenhando um papel passivo, aquiescente, mesmo apático, simplesmente reagindo aos sinais que recebe”.

Além do espetáculo da luta eleitoral, a política é decidida em particular pela integração entre os governos eleitos e elites que representam quase exclusivamente os interesses econômicos¹⁸⁴. Ou quando é visível que os eleitores precisam ser convencidos a votar, mediante elaboradas e campanhas publicitárias, por exemplo, não se está diante de uma situação de não-democracia, mas daquela que descreve como sendo a fase atual, ou seja, uma trajetória descendente da democracia¹⁸⁵.

Sobre a cidadania e os direitos sociais

O termo globalização é recorrente no percurso investigativo de Danilo Zolo. A respeito deste incide uma preocupação que é um traço comum do autor: a análise conceitual que o afaste do mero discurso retórico ou ideológico¹⁸⁶. Ele reconhece que a simples menção do termo pode encetar juízos positivos ou negativos dos rumos que a humanidade vem tomando neste terceiro milênio.

A discussão conceitual parte da compreensão de que a globalização não se limita à vertente econômica (em direção à qual o autor elabora as suas principais críticas), mas também a globalização de comunicação de massa, de ecologia, dos direitos. Dentre as incursões teóricas que elabora sobre os possíveis significados do termo (Anthony Giddens, Zygmunt Bauman, Ulrich Beck e Amartya Sen dentre outros) o autor enfatiza uma definição a que chama de “concisa e seletiva”, proposta pelo sociólogo italiano Luciano Gallino segundo o qual, por globalização se deve entender o

Policy blog. L. S. E. The London School of Economics and Political Science. Disponível em <http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/five-minutes-with-colin-crouch/>

¹⁸³ CROUCH, C. (2003) *Postdemocrazia*. Roma: Editori Laterza. p. 26.

¹⁸⁴ *Ibidem*. p. 06.

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ ZOLO, D. (2004) *Globalizzazione*. Una mapa dei problemi. Roma: Editori Laterza.

processo de aceleração e intensificação da formação de uma economia mundial, que tem se configurado como um sistema único, que funciona em tempo real¹⁸⁷. Contudo, Zolo reconhece que esta proposta de definição acentua demasiadamente o aspecto econômico, pois reflete a ideia do próprio Luciano Gallino, segundo o qual a globalização é, essencialmente, um processo econômico. Em geral, como o Zolo assinala, a tese da globalização enquanto ideologia capitalista é a tônica dos autores que se inspiram, em maior ou menor medida, no marxismo. O que ele não afirma, mas parece uma tendência evidente, é que o próprio também o faz.

Para ele o grande mérito desta definição é destacar que a globalização não foi processo natural, não se originou de forças involuntárias, difusas, mas é o resultado de um “desenho” projetado por sujeitos coletivos das maiores potências do planeta e das grandes instituições internacionais sob a sua influência. Suas políticas são inspiradas na liberação dos movimentos do capital, na desregulamentação do mercado de trabalho e na redefinição e supressão das intervenções públicas dos Estados nacionais em áreas como saúde, previdência, educação¹⁸⁸. Contudo, o autor não contempla no horizonte alternativas, sejam de ordem prática ou teórica à globalização. Ao que parece o desenvolvimento da tecnologia e o aumento da produtividade das grandes empresas multinacionais vai continuar a tornar cada vez mais supérflua a força de trabalho, de modo que a tendência é este capitalismo pós-fordista reduzir notavelmente o custo do trabalho¹⁸⁹. Para o autor, do ponto de vista do empreendedor o mercado de trabalho é um mercado como qualquer outro, de modo que as consequências humanas da precariedade do trabalho não são questões que lhe diriam respeito pois se trata de uma “externalidade”, cuja resolução caberia ao sistema político.

Uma das teses mais fortes que Danilo Zolo sustenta no seu *Globalizzazione* é que esta frequente e progressiva flexibilização do trabalho está provocando nos países europeus que adotam o modelo do *Welfare State* o enfraquecimento de um inteiro aparato de tutelas sociais garantidas aos trabalhadores e as suas famílias, porque incidem sobre a remuneração, mas também sobre as pensões, os auxílios doença e assim por diante. Como o que chama de “técnicas de flexibilização

¹⁸⁷ GALLINO, L. (2009) *Con i soldi degli altri*. Turim: Einaudi.

¹⁸⁸ ZOLO, D. (2004) *Globalizzazione*. Op. cit. O autor retoma esta discussão da flexibilização do trabalho em ZOLO, D. (2007) *Da cittadini a sudditi*. Op. cit.

¹⁸⁹ *Idem*.

do trabalho” são cada vez mais sofisticadas, estas tendem a desprender o trabalhador da sua dimensão coletiva (como a ideia de cidadão trabalhador supõe) e o desloca a uma completa individualidade social e jurídica. Assim sendo, não é somente o trabalho em si que se fragiliza, mas todo um sistema de recursos públicos, o que leva a uma geral ineficácia dos direitos sociais e ao papel do cidadão trabalhador.

Também a cidadania tem sido suprimida. Para ele esta designa “um *status* normativo, que é a inscrição de um sujeito – por ligação territorial, laços familiares, por opção livre, etc. – ao ordenamento jurídico de um Estado”. Contudo, a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos exige mais do que esta noção formalística. Hoje a cidadania voltou a ser um dado formal¹⁹⁰ e mesmo na cultura europeia este conceito tem denotado a inscrição puramente jurídica de um sujeito a um Estado nacional.

Para uma concepção não formalística, o sistema político deveria favorecer a titularidade e o gozo efetivo dos direitos civis, políticos e sociais. Entretanto, alguns direitos sociais permanecem como meras oportunidades condicionais e não direitos reais. Daí alguns autores considerarem que estes deveriam ser chamados mais corretamente de serviços sociais. O autor não nega que os direitos sociais implicam em uma quantidade elevada de recursos nem mesmo que isso se dá em nível mais elevado do que os direitos civis e políticos. Mas o que ele ressalta é que além de certo limite os direitos sociais, e de uma maneira especial o direito ao trabalho, entram em conflito com as necessidades estruturais do mercado, mais do que os direitos civis e direitos políticos. Ele conclui, portanto, que após a “vitória planetária da economia de mercado e da globalização” hoje se há boas razões para pensar que esta tensão se tornou mais forte, em especial nos países mais fracos e, conseqüentemente, mais expostos às pressões dos mercados globais¹⁹¹. Assim, mesmo a tendência dos Estados atuais em integrar unidades regionais cada vez maiores não assegura os efeitos da globalização que passa a ter real influência sobre os direitos sociais de cidadania no interior dos sistemas políticos nacionais.

Para Danilo Zolo “o crepúsculo é global”¹⁹² e a democracia está se esvaindo entre as nuvens do fenômeno da globalização, e esta última enfraquece a

¹⁹⁰ ZOLO, D. (2007) *Da cittadini a sudditi*. Op. cit. p. 05.

¹⁹¹ ZOLO, D. (2010) *Tramonto globale*. Op. cit. p. 52.

¹⁹² *Idem*.

capacidade dos Estados nacionais de proteger os seus próprios cidadãos¹⁹³. Quando o autor se pergunta se existe alguma alternativa à democracia representativa, Zolo não é otimista e afirma que a democracia não cumpriu muitas das suas promessas, sendo uma forma política evolutivamente tão improvável e frágil que não tem futuro na sociedade. Ao que parece das suas análises, a própria democracia foi uma promessa de marinheiro, que a evolução social não pode manter¹⁹⁴. Enfim, para Zolo resta-nos o pessimismo como a sabedoria dos corajosos, pois somos mesmo cristãos sem Deus¹⁹⁵.

O “modelo Singapura” e os riscos à democracia na era da globalização

Uma vertente instigante que perpassa as reflexões da democracia sob as lentes de Danilo Zolo é o medo¹⁹⁶. Segundo o autor hoje, como nunca, o medo e a insegurança são parte do cotidiano dos cidadãos¹⁹⁷ e a globalização tem difundido no mundo ocidental uma nova forma de medo¹⁹⁸. Este atinge não somente os que vivem em áreas de risco iminente, como zonas de guerra ou áreas muito pobres, mas também aos que vivem nas democracias de bem-estar, em que as políticas de reforma do Estado Social estão ruindo as estruturas de proteção social. Não é, portanto, apenas o medo associado à insegurança física, mas o medo que se refere ao sistema político que deveria reduzi-lo através da proteção social, da qual se ocupa também a democracia e o *Welfare State*.

Foi para proteger a segurança social que o Reino Unido (*Beveridge Report*) introduziu em 1942 os conceitos de saúde pública e pensões sociais. Bem como a ideia de “cidadania social” reelaborado por Marshall em 1950 buscava identificar o direito de todos os cidadãos a um idêntico nível de educação, bem-estar e segurança. Ao identificar estes dois momentos como prenúncios do *Welfare State* Zolo busca demonstrar que este modelo de Estado é uma tentativa de regular e reduzir o medo.

O autor se utiliza de uma distopia (*à la* George Orwell e Aldous Huxley) para tratar de um grande risco à democracia. Ele o chama do “modelo Singapura”, uma

¹⁹³ ZOLO, D. (2007) *Da cittadini a sudditi*. Op. cit.

¹⁹⁴ ZOLO, D. (1989) *La democrazia difficile*. Op. cit. p. 92.

¹⁹⁵ ZOLO, D. (2010) *Tramonto globale*. Op. cit..

¹⁹⁶ Dentre as obras em que a temática é tratada mais detidamente, ver: *Sulla paura* (2011), *Globalizzazione* (2004), *Tramonto globale* (2010).

¹⁹⁷ ZOLO, D. (2004) *Globalizzazione*. Op. cit.

¹⁹⁸ ZOLO, D. (2010) *Tramonto globale*. Op. cit. p. 70.

síntese extrema de todas as suas teses e aspirações filosófico-políticas e um verdadeiro pesadelo do pensamento democrático ocidental¹⁹⁹. Ele faz alusão a um dos mais desenvolvidos dos quatro “tigres asiáticos” que, governada mais de 30 anos por Lee Kuan Yew alçou um avanço tecnológico e econômico sem precedentes, excelência na prestação de serviços públicos (principalmente escolas e hospitais), baixos índices de poluição do ar, desemprego praticamente inexistente. Uma sociedade altamente disciplinada, disposta a trabalhar duramente, na qual a população tem alto nível de escolarização e a maioria dispõe de casa própria. Enfim, neste Estado o bem-estar é “difuso e em constante evolução”²⁰⁰.

Ao mesmo tempo, consiste num sistema de total vigilância, no qual os cidadãos não podem comercializar ou mascar chicletes sem autorização, cuspir em público ou fumar fora das áreas autorizadas²⁰¹. Quanto ao regime ou ideologia política Singapura é o que se pode vislumbrar como uma “*antipolis*”, em que a sociedade é mantida coesa, mas não através da prática dos direitos ou da liberdade política, e sim por uma rigososa disciplina da vida em sociedade, do trabalho e mesmo das escolhas privadas. Em primeiro lugar não estão identidades políticas ou valores, mas as regras da economia de mercado.

Aos seus olhos o “modelo Singapura” é uma forma da possível evolução (ou involução) dos regimes ocidentais e o “sucesso” do seu modelo pode levar “a uma neutralização das instituições democráticas sem provocar traumas” porque compatível com a economia de mercado vigente e com as liberdades econômicas. E, quando ultrapassa a análise do modelo naquele Estado perspectivando a União Europeia (principalmente após os Tratados de Schengen e Maastricht) Danilo Zolo conclui que o que tem poder de unir (ou de desunir) a Europa “é muito mais a dimensão econômica e financeira do que a não partilha de valores políticos ou um senso de pertença a uma sociedade civil europeia, isto é, a uma história, uma cultura ou um destino comum”²⁰². E neste caso ele oferece o exemplo por excelência da possibilidade de integração da Turquia, um Estado reconhecidamente estranho à cultura europeia e no qual são reitadamente desrespeitadas as minorias internas e os direitos individuais.

¹⁹⁹ ZOLO, D. (2007) *Da cittadini a sudditi*. Op. cit.

²⁰⁰ *Idem*. p. 60.

²⁰¹ Danilo Zolo se refere ao “modelo Singapura” em *Il principato democratico* (1992b) e, retoma o tema anos depois em *Da cittadini a sudditi* (2007).

²⁰² ZOLO, D. (2007) *Da cittadini a sudditi*. Op. cit. p. 64.

A reflexão que Danilo Zolo provoca ao tratar do “modelo Singapura” não me parece uma distopia deslocada da realidade, assim como não o eram, guardadas as licenças literárias, as descritas por Orwell e Huxley. E quando Zolo faz menção aos dois escritores reconhecidos pelo brilhantismo dos seus livros “distópicos” esta parece uma constatação mais evidente. A proposta de Danilo Zolo é perspicaz e, conforme o próprio, “um convite à reflexão” dos riscos evolutivos das democracias ocidentais, que em tempos de direitos sociais de efetividade decrescente, assinalam a exigência “de uma luta pelos direitos, que sem negar as liberdades políticas tradicionais, vão muito além da ‘fisiológica’ tutela dos direitos civis”²⁰³.

1.3.3. A demodiversidade proposta por Boaventura S. Santos

Se Bobbio deposita suas apostas na democracia e Zolo parece descrever que a democracia tenha futuro, Boaventura, conquanto crítico do modelo democrático, aponta para alternativas democráticas no século XXI. Um recurso importante para compreender o autor é partir de alguns termos recorrentes na sua obra e que podem ser considerados como chaves de leitura. Destes o embate Norte e Sul é um dos mais significativos. Trata-se de uma metáfora no campo do pensamento, que não necessariamente corresponde aos espaços dispostos num mapa. A luz de tal embate ele reflete sobre a democracia (tensão entre o modelo representativo e participativo) e ainda sobre os conflitos entre os Estados-Membros da União Europeia no contexto de crise.

Segundo o autor, num tempo marcado por grandes paradoxos, a democracia é um dos instrumentos que pode ser usado para enfrentar os complexos problemas contemporâneos. Mas não somente no modelo perpetrado pela corrente hegemônica que já mostrou ter seus limites, dentre estes o que chama de “crise da dupla patologia” que a acometeu mesmo nos Estados em que se mostrava mais consolidada: “a patologia da participação, sobretudo em vista do aumento dramático do abstencionismo; e a patologia da representação, com os cidadãos a sentirem-se cada vez menos representados por aqueles que elegeram”²⁰⁴.

²⁰³ *Ibidem*, p. 84.

²⁰⁴ SANTOS, B. S. (2016) Para uma nova visão da Europa: aprender com o Sul. *Revista Sociologias* [on line], Porto Alegre. Ano 18. N°. 43. p. 44. Disponível em <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/sociologias/article/view/65699>.

Ao refletir sobre o tema ele volta seu olhar especialmente para sua dimensão participativa na qual defende que o futuro da democracia está nas mãos dos movimentos sociais, não como os executores diretos, mas como motor das mudanças necessárias para refundar a própria democracia.

A concepção hegemônica da democracia

O autor situa sua análise a partir da primeira metade do século XX quando uma das grandes questões era a desejabilidade (ou não) da democracia. Tal embate foi resolvido a favor da democracia que assim fora elevada a (quase) unanimidade que tem na atualidade. Deu-se então a construção da ideia a qual chama de “hegemônica”, que desencadeou o consenso em torno do modelo a ser adotado e o procedimento eleitoral como via mais desejável para a formação dos governos democráticos. A partir de então se configura a democracia como forma de governo por excelência, e o sufrágio universal, para a formação dos governos, o seu expoente máximo.

Da observação dos elementos da corrente hegemônica Boaventura aponta aqueles que são frequentes: 1) A valorização da apatia política, notória quando a participação do cidadão na vida política se limita ao voto periódico; 2) a concentração excessiva apenas nos desenhos eleitorais; 3) a inevitabilidade da representação nas democracias de grande escala (Dahl); 4) o pluralismo enquanto disputa entre grupos (concepção elitista de Bobbio e Schumpeter); 5) a discussão minimalista sobre o problema da participação e por fim, 6) a descrença crescente nos partidos políticos.

Segundo o autor o modelo a hegemônico não se basta e por isso ele reforça a necessidade da discussão de formas de democracia que estejam além desta concepção, que apareceu como único remédio contra as ditaduras do século passado, mas não resolve as complexas questões contemporâneas, como a da dificuldade de representar agendas e identidades específicas. Assim, como alternativas ele defende os posicionamentos teóricos que apontam para a possibilidade de complementariedade entre a democracia representativa e a democracia participativa, desenvolvimentista e a popular.

O modelo atual de representação tem afastado os cidadãos e a classe política num claro problema de escala, com as pessoas cada vez mais distantes dos

centros de decisão. Ademais a representação (fundada na regra da maioria) não garante que identidades minoritárias tenham “expressão adequada no parlamento”²⁰⁵. No contexto europeu isso se torna claro ante a diversidade cultural e política, sobretudo após os sucessivos alargamentos da União Europeia.

Neste século sequer persiste a “tensão criativa” entre democracia e capitalismo, porque “a democracia começou a ser um regime que, em vez de produzir redistribuição social a destrói. É o modelo neoliberal de democracia imposto pelo consenso de Washington”²⁰⁶. Assim sendo, a democracia que não se ocupa da redistribuição social não oferece qualquer risco ao modelo de capitalismo liberal. Ao contrário, é o outro lado do capitalismo, é a forma mais legítima de um Estado fraco.

Enquanto em meados do século passado parecia que o modelo da democracia liberal (hegemônico) ficaria confinado a alguns países do mundo (Europa Ocidental e EUA), as práticas políticas em outros lugares do mundo, e que reivindicavam o estatuto democrático, foram perdendo força e credibilidade. Em seguida, a consagração do modelo democrático liberal como modelo único e universal adveio quando o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional transformaram tal condição política em critério para concessão de empréstimos ou ajuda financeira.

Neste aspecto, embora suas críticas sejam contundentes, quando aponta alternativas Boaventura traz algumas soluções ou respostas institucionais que nem sempre parecem plausíveis. Lembram tantas vezes os mesmos programas governamentais que o autor critica, ou pelo menos como esses programas se apresentam na teoria. Todavia, quando traz algumas “soluções do sul” para a coexistência da democracia representativa com a participativa o faz com bastante clareza. Ele traz assim as concepções não hegemônicas, como o exercício coletivo do poder político, com o processo de ampliação dessa dimensão para além do espaço público governamental, a representação das diferenças (valorizando a representatividade de diferentes identidades) e algumas tentativas de novos modelos institucionais.

²⁰⁵ SANTOS; AVRITZER: (2003) *Democratizar a democracia*. Op. cit. p. 39.

²⁰⁶ *Idem*.

A necessidade de ampliar o cânone democrático

Boaventura S. Santos esboçou uma expressão que sintetiza uma circunstância de difícil definição. Ele se refere à “democracia de baixa intensidade”, um tipo *viciado* de democracia, no qual não são reconhecidas outras formas de participação popular, senão aquelas estabelecidas na lógica da homogeneidade democrática (e consequentemente, representativa). Ou seja, a cidadania é bloqueada por meio de uma exclusão política e social disfarçada, e a participação efetiva se dá em assuntos cada vez mais triviais. Isto gera, dentre outros efeitos, a degradação das práticas democráticas e o aumento da distância entre representantes e representados, indicando uma inclusão política abstrata, e em certa medida capaz de disfarçar uma real exclusão social.

Trata-se de uma “cidadania bloqueada”, em que são previstas as condições de participação, mas não se garantem as suas condições materiais²⁰⁷. Tal circunstância lembra a evocação de Beck²⁰⁸: “*Put society back in!*”. Mas o que se vê, ao contrário, é uma total banalização da participação. Uma ideia central da teoria de Boaventura é a de “democratizar a democracia” como uma forma de buscar uma “democracia de alta intensidade”, combinando formas de democracia participativa e deliberativa com a democracia representativa²⁰⁹.

Em nível mundial as sociedades são em sua maioria politicamente democráticas, mas socialmente fascistas. Esta é uma afirmação frequente nos textos do autor, embora ele ressalte que este fascismo não deve remeter ao regime que assombrou o mundo nas décadas de 1930 e 1940, mas sim a um regime que sacrifica a democracia para promover o capitalismo²¹⁰. Assim, se no mercado econômico se intercambiam valores com preços, no mercado político²¹¹ se intercambiam “valores sem preço”. Isso é fundamental para manter a “democracia de baixa intensidade” que naturaliza a distância dos cidadãos em relação à política e se fundamenta em ideias como “os políticos são todos iguais”, o que é “funcional ao sistema para manter os cidadãos afastados”²¹².

²⁰⁷ SANTOS, B. S.; AVRITZER, L. (2003) *Democratizar a democracia*. Op. cit..

²⁰⁸ BECK, U. (2013) *A Europa Alemã. De Maquiavel a “Merkievel”*. Op. cit. p. 13

²⁰⁹ SANTOS, B. S. (2016) Para uma nova visão da Europa: aprender com o Sul. Op. cit.

²¹⁰ SANTOS, B. S.; AVRITZER, L. (Orgs.) (2003) *Democratizar a democracia*. Op. cit..

²¹¹ Esta ideia do mercado político (neste caso como uma característica da democracia) foi também mencionada por Bobbio, tratando-se da “relação generalizada de troca entre governantes e governados”. Cf. (2009) *O futuro da democracia*. Op. cit. p. 155.

²¹² SANTOS, B. S. (2007) *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Op. cit. p. 91.

Para o autor a democracia não é vítima, mas parte do problema e como alternativa ele propõe a diversidade democrática, de modo que mesmo dentro do modelo hegemônico seja possível criar mecanismos para uma democracia de alta intensidade. É preciso ampliar o cânone democrático. Sua ideia central é que se deve reinventar a demodiversidade e reconstruir alternativas ao modelo hegemônico que critica. Hoje o que se vê é um eclipse das categorias democráticas, onde tudo se resume a democracia representativa liberal²¹³.

Até meados do século passado o uso do termo democracia em geral exigia a presença de um qualificativo e se mencionava, por exemplo, a democracia liberal, burguesa ou então a socialista ou popular²¹⁴. Mas atualmente democracia é sinônimo de democracia representativa liberal. Para o autor este é um indicativo de que assim como se tem perdido biodiversidade, nas últimas décadas perdeu-se também a “demodiversidade”, entendida como a coexistência entre diferentes “modelos e práticas democráticas”²¹⁵. Este é um desequilíbrio que fomenta a distância da democracia como ideal e como prática, pois a “imposição universal do modelo liberal leva ao extremo esta distinção e nela a democracia existente está frequentemente tão distinta do ideal democrático que não parece ser mais que uma caricatura dele”²¹⁶.

Ao destacar a reinvenção da democracia participativa e popular, Boaventura reconhece que estas em geral são alternativas desacreditadas, entretanto, é possível continuar a dar-lhes crédito quando observado que a democracia participativa tem ganhado novos ares através de iniciativas locais, em diferentes partes do mundo²¹⁷. Ampliando o cânone hegemônico e abdicando-se da sua pretensão de universalidade é possível abrir-se espaço para outras concepções e práticas democráticas. Sob este aspecto específico ele considera a recusa em aceitar a legitimidade da democracia participativa, uma “rejeição” que só poderá ser ultrapassada quando for substituída pelo “delineamento de formas de complementaridade” e a coexistência entre ambas.

²¹³ Que se trata na verdade de “uma forma histórica contingente, não é um conceito normativo estabelecido uma vez por todas”. CROUCH, C. (2003) *Posdemocracia*. Op. cit. p. 05. Crítica similar é desenvolvida em DAHL, R. A. (1989) *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale UP.

²¹⁴ MANENT, P. (2008) *A Razão das Nações*. Reflexões sobre a democracia na Europa. Lisboa: Edições 70.

²¹⁵ (2007) *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo Editorial. p. 87.

²¹⁶ SANTOS; AVRITZER: (2003) *Democratizar a democracia*. Op. cit. 66.

²¹⁷ (2003) *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa*. Porto: Edições Afrontamento. p. 27.

Coexistência implica uma convivência, em níveis diversos, das diferentes formas de procedimentalismo, organização administrativa e variação de desenho institucional [...] Complementaridade implica uma articulação mais profunda entre democracia representativa e democracia participativa. Pressupõe o reconhecimento pelo governo de que o procedimentalismo participativo, as formas públicas de monitoramento dos governos e os processos de deliberação pública podem substituir parte do processo de representação e deliberação tais como concebidos no modelo hegemônico de democracia. (SANTOS, 2006a, p. 64-65).

Estas seriam indicações de um caminho para a democracia de alta intensidade²¹⁸ que entendia que a democracia poderia ser inventada e reinventada desde que existissem as condições adequadas.

A perspectiva da relação dialética entre representação e participação

Para uma democracia de alta intensidade Boaventura S. Santos defende a necessidade de reinvenção da emancipação social, sendo um dos caminhos para tal o fortalecimento da democracia participativa. O autor propõe uma forma ampliada de democracia, que se daria no delineamento de mecanismos de complementaridade entre as duas formas existentes.

Esta relação de complementaridade entre a democracia representativa e a participativa pode ser encontrada, ainda, em Gomes Canotilho que, ao tratar do princípio democrático e sua justificação jurídica, afirma que este tem diversas dimensões e um destes vieses é precisamente a relação dialética e integradora das suas componentes representativa e participativa²¹⁹. Também Giuseppe Tosi argumenta a favor da democracia participativa como um instrumento de complemento dos regimes democráticos atuais. Segundo o autor, isto se daria com o incentivo à participação na vida pública e no controle dos aparatos estatais²²⁰. Este elemento participativo, portanto, é um importante complemento à representatividade e insere a sociedade civil organizada na condução da coisa pública (e não apenas do povo, como uma entidade jurídica

²¹⁸ De certo modo, este reinventar da democracia fez parte do pensamento de outros teóricos da democracia, como Robert Dahl DAHL, R. A. (2001) *Sobre a democracia*. Op. cit. p. 19. Existem, portanto, algumas percepções não hegemônicas, como por exemplo, a concepção de Jürgen Habermas que enquanto teórico “abriu espaço para que o procedimentalismo passasse a ser pensado como prática societária e não como método de constituição de governos”. Habermas ampliou o procedimentalismo e o reintroduziu na dimensão societária. SANTOS; AVRITZER: (2003) *Democratizar a democracia*. Op. cit. p. 45.

²¹⁹ CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. p. 291.

²²⁰ TOSI, G. (2011) As três formas de democracia em Norberto Bobbio. In TOSI, G. (Org.). *Norberto Bobbio: Democracia, direitos humanos, paz e guerra*. Op. cit.

abstrata). Não se trata do ideário de retorno à democracia direta dos antigos, mas de uma democracia representativa que não seja hostil a mecanismos que garantam a participação ativa dos cidadãos na conjuntura política.

Um passo importante neste sentido é subtrair o caráter abstrato do conceito de povo e acrescentar a este o de sociedade civil organizada²²¹, com a abertura de espaços democráticos em que os cidadãos tenham acesso e ingerência nos negócios públicos que decidam questões coletivas. O exemplo do Orçamento Participativo, não por acaso, fundamenta com primor as três proposições (teses) de Boaventura Santos para o fortalecimento da democracia participativa²²². São estas, em síntese: 1.º) Fortalecimento da demodiversidade, na qual defende a não necessidade de restringir a democracia a apenas um modelo; 2.º) Fortalecimento da articulação contra-hegemônica entre o local e o global. Isto seria possível com a expansão de experiências alternativas que foram bem sucedidas a nível local e que podem ser alternativas ao modelo hegemônico; e, enfim, 3.º) Ampliação do experimentalismo democrático, segundo a qual “novas experiências bem sucedidas se originaram de novas gramáticas sociais nas quais o formato da participação foi sendo adquirido experimentalmente”.

É possível concluir que não são propostas excludentes. Há entre as três um vínculo que permite compreendê-las com maior precisão quando analisadas como um conjunto coerente de assertivas, que de modo propositivo, apresentam possibilidades para o reforço da dimensão participativa nas democracias contemporâneas, em contextos mais diversos do globo. Não se trata de democracia direta clássica, mas de alternativas para um incremento da democracia participativa, bem como de reforço de instrumentos democráticos já existentes.

Numa obra organizada pelo autor há o registro notável de uma experiência portuguesa que reforça a possibilidade de ampliação do experimentalismo democrático nos moldes propostos. Neste a sociedade civil organizada demarcou um espaço e ocupou o seu lugar como atuante na gestão dos negócios públicos. Um evento que, embora breve tem potencial de ser um referencial da experiência democrática participativa.

²²¹ Neste sentido ver ROSENFELD, D. L. (1994) *O que é democracia*. Op. cit. A propósito, foi à existência de um povo politicamente organizado e embasado num ideal democrático, que Hannah Arendt atribuiu o sucesso da Revolução Americana. ARENDT, H. (1988) *Da Revolução*. São Paulo: Ática/UnB.

²²² SANTOS; AVRITZER: (2003) *Democratizar a democracia*. Op. cit. p. 76ss. Conforme os autores, o orçamento participativo de Porto Alegre/Brasil talvez seja a experiência de democracia participativa que goze hoje de maior reconhecimento mundial.

Experimentalismo democrático e emancipação social

O texto *Casas decentes para o povo*²²³ relata o estudo de caso de uma experiência de participação popular democrática que emergiu no contexto ainda turbulento, logo após a derrubada da mais antiga ditadura da Europa que durou 48 anos. Trata-se da Operação SAAL (Serviço Ambulatório de Apoio Local), uma iniciativa de intervenção popular nas políticas urbanas e de habitação que perdurou entre os anos de 1974-1976.

Formalmente criada mediante despacho do Ministério de Administração Interna e da Secretaria e Estado da Habitação e Urbanismo (SEHU), esta iniciativa foi produto de reuniões e representações de bairros das cidades de Lisboa e do Porto, tendo sua forma mais “consistente e teorizada” nesta última cidade. Tais reuniões eram promovidas “por técnicos de organismos oficiais ligados ao problema da habitação” e tencionavam “pressionar as estruturas fechadas, burocráticas e tecnicistas em que funcionavam as instituições do Estado”, de modo a “proporcionar uma participação efetiva por parte da população, órgãos e entidades locais na sua decisão e realização”²²⁴.

O SAAL não nasceu, portanto, nos corredores dos órgãos do Estado, mas da iniciativa e pressão de setores organizados da população portuguesa. Assim o indica o depoimento de Nuno Portas, então Secretário de Estado. Segundo ele, as representações dos bairros foram até lá dizer que “iriam construir eles mesmos, se lhes fossem dados recursos financeiros e apoio técnico”²²⁵. As construções que menciona se referem a “definição de objetivos setoriais precisos – habitação decente e direito ao lugar – no âmbito do objetivo mais geral, de construção de uma sociedade mais justa”²²⁶, pois, embora as articulações fossem bastante específicas, estas projetavam

²²³ Registro que todo o relato do estudo de caso, inclusive dos dados empíricos, tem por fonte NUNES, J. A.; SERRA, N. (2003) “Casas decentes para o povo”: movimentos urbanos e emancipação em Portugal. In SANTOS, B. S. ; AVRITZER, L. (Orgs.) (2003) *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa*. Porto: Edições Afrontamento. pp. 257-293. Assim, sem excesso de preciosismo, retomo a referência em nota apenas quando a citação direta do texto dos autores exigirem o apontamento da paginação respectiva.

²²⁴ NUNES, J. A.; SERRA, N. (2003) “Casas decentes para o povo”: movimentos urbanos e emancipação em Portugal. Op. cit. p. 276.

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ NUNES, J. A.; SERRA, N. (2003) “Casas decentes para o povo”: movimentos urbanos e emancipação em Portugal. Op. cit. p. 265. De acordo com os autores, “os especialistas em habitação e urbanismo (arquitetos e engenheiros, geralmente) assumiram um papel crucial na articulação do técnico, do social e do político no campo dos problemas ligados à habitação e à cidade. Inspirados intelectualmente pelas, então novas, correntes do Marxismo, especialmente em autores como Henri Lefèbvre e Manuel Castells [...]

transformações sociais mais amplas. Centrava-se em proposições de uma “habitação decente”, ou o de que alguns autores centrais chamaram de “direito ao lugar”, que consistia no “direito à melhoria das condições de habitação”, incluindo aspectos relativos à dimensão e qualidade do espaço residencial, ao acesso a água corrente, a energia elétrica e ao saneamento básico. E englobava, também, numa dimensão mais ampla, o direito de acesso a “diferentes tipos de equipamentos urbanos e sociais”, para que assim os residentes pudessem “criar raízes” no espaço local.

Ao argumento de que os cidadãos são excluídos dos processos de decisão política por carência de conhecimento científico e técnico responderam com a forma que deram à organização. Dentre os atores sociais envolvidos estavam técnicos e cientistas, ligados às áreas de urbanização e planejamento, além de juristas e estudantes, que orientavam acerca do âmbito que lhes cabiam. Uma característica interessante era a participação das mulheres, que com muita frequência tinham um papel de direção, afinal, o governo da casa era um problema da seara feminina. Foi a estes atores sociais que, *a posteriori*, agregaram-se os partidos e organizações políticas e o Estado. Ao descrever quem eram esses atores, Nunes e Serra descrevem como “arquitetos, engenheiros, juristas e estudantes, mas, sobretudo, moradores de bairros urbanos, especialmente de bairros pobres ou degradados, que se organizariam em comissões locais e integrariam um esforço conjunto de definição e aplicação de novos direitos e de novas condições de vida”²²⁷.

Todo esse processo não se deu sem tensões. Dentre os avanços positivos se tem a conversão de terrenos que seriam destinados a estacionamentos para a construção de habitações e um maior investimento do setor público nas políticas habitacionais. Quanto às causas de sua extinção, os autores atribuem mais a “razões conjunturais de natureza política, social e histórica ligadas ao momento que se vivia”, do que a “razões inerentes a uma eventual efemeridade intrínseca do programa”²²⁸.

De todo modo, o retorno a tal experiência não pressupõe que esta poderia ser replicada, na sua integralidade, num conjuntura social e temporal tão diversa. Mas

procuravam pôr a arquitetura, o planejamento urbano e outras formas de conhecimento técnico, legitimado científica e academicamente, a serviço das populações urbanas, da sua luta pela transformação das relações sociais e pelo bem-estar individual e coletivo”. p. 261.

²²⁷ NUNES, J. A.; SERRA, N. (2003) “Casas decentes para o povo”: movimentos urbanos e emancipação em Portugal. Op. cit. p. 264.

²²⁸ *Ibidem*. p. 283.

retomar esta experiência objetiva demonstrar e inspirar a possibilidade da criação de mecanismos de participação efetiva dos cidadãos no âmbito dos negócios públicos, através de uma oriunda do experimentalismo, que se originou de novas gramáticas sociais, segundo os termos de Boaventura Santos. No caso europeu, o próprio sistema da democracia multinível endossa esta perspectiva, enquanto nível de governação que envolve negociações entre atores de setores tanto públicos quanto privados, e permite estabelecer formas de parceria entre as instituições, sejam estas comunitárias, governamentais ou sociedade civil²²⁹.

1.4. A democracia como princípio normativo e sua justificação jurídica

Não é sem sentido o questionamento sobre se há um conteúdo normativo na democracia, sobretudo quando se considera o *lugar* que, em geral, esta ocupa nas constituições: o preâmbulo, o de fundamento do Estado e/ou de princípio fundamental. Sobre este último, embora as correntes dogmáticas jurídicas modernas pareçam ter superado a distinção entre normas e princípios (marcada por uma radical diferenciação qualitativa entre ambos), esta não é uma afirmação unânime²³⁰.

Os argumentos que reforçam a distinção entre normas e princípios se prendem a critérios, sendo os mais comuns: o grau de abstração mais elevado dos princípios em relação às normas, o grau de aplicabilidade, pois somente as normas gozariam da possibilidade de aplicação direta, e por fim, a distinção mais radical de natureza qualitativa²³¹. Cabe então demarcar que nesta tese se parte da vertente jurídica que “não obstante as singularidades que os cercam” os princípios, assim como as normas, quando integram o ordenamento jurídico constitucional estão em grau

²²⁹ Conceito de governação multinível em IVAN, A.; CUGLESAN, N. (2009) *Multi-Level governance and decentralization In the Unitary States of the European Union*. Case Study: France And Romania. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 14, n. 1, p. 47-60. ISSN 2175-0491. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1620>.

²³⁰ BARROSO, L. R. (2009b) *Interpretação Constitucional e aplicação da Consituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva. p. 155ss. No sentido de que em matéria de teoria dos direitos fundamentais a distinção entre regras e princípios tem relevância ver ALEXY, R. (2015) *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros. pp. 85 ss.

²³¹ Conforme exemplificam BASTOS, C. R., GANDRA MARTINS, I. (1988) *Comentários à Constituição do Brasil*. Op. cit. p. 339.

equânime com as normas constitucionais²³².

A favor da normatividade dos *princípios* constitucionais (categoria jurídica na qual se estabelece, por excelência, o princípio democrático), Luis Roberto Barroso assevera que aqueles são *normas* que sintetizam os valores do ordenamento jurídico e a ideologia da Constituição²³³. Percebe-se, assim, que o autor não faz distinção absoluta entre normas e princípios, sendo este um posicionamento difundido entre muitos dos expoentes da dogmática constitucional brasileira e que expressamente consideram como maiores referências as lições do Professor Gomes Canotilho²³⁴.

O que se defende nesta perspectiva é que tanto são normas os princípios quanto o são os preceitos²³⁵, de modo que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em especial, podem ser divididas, conforme afirma Luis R. Barroso, em duas categorias: normas-princípio e normas-disposição, pois, segundo o autor: “as normas disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema”²³⁶.

Analisar o conteúdo do princípio democrático à luz do prisma jurídico-constitucional²³⁷ é, pois, mantê-lo no mesmo nível hierárquico das normas constitucionais, sem embargo das dificuldades impostas pelo problema de construir uma

²³² BASTOS, C. R., GANDRA MARTINS, I. (1988) *Comentários à Constituição do Brasil*. Op. cit. p. 339.

²³³ BARROSO, L. R. (2009b) *Interpretação Constitucional e aplicação da Constituição*. Op. cit. p. 155ss.

²³⁴ Neste sentido ver: BONAVIDES, P. (2009) *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros; BASTOS, C. R., GANDRA MARTINS, I. (1988) *Comentários à Constituição do Brasil*. Op. cit.; BARROSO, L. R. (2009) *Interpretação Constitucional e aplicação da Constituição*. Op. cit. Ver, ainda, SILVA, J. A. (2017a) *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros. Cabe asseverar dois aspectos importantes: primeiro, a notória influência que a Constituição portuguesa de 1976 teve sob a Constituição brasileira de 1988; e segundo, que conforme alerta José Afonso da Silva in (2017b) *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, os próprios J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira elaboraram, no mesmo ano, também uma distinção entre normas e princípios, na qual “a norma se distingue do princípio porque contém uma regra, instrução ou imposição imediatamente vinculante para certo tipo de questões”.

²³⁵ BASTOS, C. R., GANDRA MARTINS, I. (1988) *Comentários à Constituição do Brasil*. Op. cit. Digno de nota é a distinção entre norma e preceito segundo a Constituição portuguesa. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira o “preceito” é o simples enunciado de um texto ou documento normativo, ao passo que por “norma” designa-se “o significado jurídico-normativo do enunciado linguístico”. Assim sendo, segundo os autores, o preceito é o objeto e a norma o produto da interpretação. CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. (1991) *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editores.

²³⁶ BARROSO, L. R. (2009b) *Interpretação Constitucional e aplicação da Constituição*. Op. cit. p. 155ss.

²³⁷ A compreensão jurídico-constitucional é um parâmetro de que o Professor Gomes Canotilho parte para análise da “organização do poder político” em CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. (1985) *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora. Ainda sobre o princípio democrático, ver: CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit. p. 287ss.

definição semântica precisa quanto ao seu conteúdo²³⁸.

Em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, o professor Gomes Canotilho caracteriza o princípio democrático por sua justificação positiva (a que chama de fórmula Lincoln) e negativa (a que denomina fórmula Popper), analisando-o, basicamente, segundo a forma e os contornos que deste pode ser apreendido da Constituição Portuguesa de 1976. O objetivo do autor é sopesar “o princípio democrático como norma jurídica constitucionalmente positivada”²³⁹. Trata-se de uma análise teórica, aproximando-se da ideia de democracia enquanto forma e, na crítica posterior, a sua justificação jurídica enquanto procedimento.

No caso da União Europeia, não há que se falar no princípio democrático contido em uma constituição escrita, pois a sua organização se dá de modo distinto do que tradicionalmente se concebe como a organização de um Estado. O que se pode cotejar da análise de Gomes Canotilho para o caso em apreço é a importância e o lugar que o princípio democrático ocupa na ordenação normativa da União Europeia, para assim compreender suas implicações no contexto proposto.

Quanto à justificação negativa do princípio democrático, esta é sintetizada na “a fórmula de Popper” que parte do pressuposto da democracia como “forma ou técnica processual de seleção e destituição de dirigentes”, ou seja, em termos procedimentais²⁴⁰. De acordo com tal fórmula, “a democracia nunca foi a soberania do povo, não o pode ser, não o deve ser”²⁴¹, porquanto o princípio democrático se preza a estruturar a forma de selecionar os governantes, limitar o seus poderes, para que estes não recaiam na tirania, circunstância fatal à organização da ordem democrática. É um princípio de controle, pois “tão ou mais importantes que os *procedimentos eleitorais legitimadores* são os *procedimentos constitucionais deslegitimadores* tendentes a possibilitar o afastamento dos titulares de cargos políticos”²⁴².

Seguindo seu intento, o Professor Gomes Canotilho menciona que, “da mesma forma que o princípio do estado de direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional” e cita a conhecida “fórmula Lincoln”, que apresenta uma justificação positiva quanto indica a essência da democracia como

²³⁸ Cf. Título 1.....

²³⁹ CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. p. 287.

²⁴⁰ *Ibidem*. p. 291.

²⁴¹ *Idem*.

²⁴² CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. p. 292.

“governo do povo, pelo povo e para o povo”. Tal assertiva traz em si os postulados clássicos do princípio da representação formal, com o exercício jurídico do domínio, feito em nome e segundo os interesses do próprio povo²⁴³.

O princípio democrático pode ser admitido não apenas como um método ou uma técnica – uma concepção que se aproximaria mais da ideia de democracia procedimental – pois ele “aspira tornar-se *impulso dirigente* de uma sociedade”. Uma vez normatizado “sugere a existência de um *objectivo* a realizar através da democracia”²⁴⁴. No caso específico da União Europeia, esta acepção é translúcida no TUE no qual a democracia emerge como uma inspiração (preâmbulo), um valor (artigo 2.º), um pressuposto integrador (artigo 10.º), um objetivo (artigo 21.º). Em nenhum destes artigos, percebe-se, a democracia me parece um mero procedimento, ou conjunto de regras. Há uma dimensão diversa, que paira o plano ético, um compromisso não apenas para os europeus, mas para a própria humanidade.

Cabe assinalar, ainda, que o princípio democrático tem várias dimensões, acolhendo componentes da democracia representativa (eleições periódicas, separação dos poderes, por exemplo) e da participativa (participação direta e ativa dos cidadãos). E – assim como é perceptível na Constituição portuguesa – no âmbito da União Europeia se dá o que o professor Gomes Canotilho chamou de “relação dialética, mas também integradora” dos elementos participativo e representativo. Há ainda os mecanismos que o autor chama de “democracia semidireta” – embora na doutrina apareçam como elementos resistentes da democracia direta, como o são o referendo, a iniciativa popular, o plebiscito e o instrumento político do veto²⁴⁵. Segundo o autor, ainda que “o sufrágio é um instrumento fundamental da realização do princípio democrático”, sendo através do voto que se legitima democraticamente a “conversão da vontade política em posição de poder e domínio [...] marca-se o ritmo da vida política de um país”. É, portanto, um direito estruturante do próprio princípio democrático²⁴⁶.

²⁴³ CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. p. 293-294. Ainda segundo o autor, a representação formal supramencionada é “a autorização e legitimação jurídico-formal concedida e um órgão governante (delegação da vontade) para exercer o poder político”. Já a sua vertente material diz respeito também ao conteúdo destes mesmos atos, “pois só quando os cidadãos (povo), para além das suas diferenças e concepções políticas, se podem reencontrar nos actos dos representantes em virtude do conteúdo justo destes actos, é possível afirmar a existência e a realização de uma representação democrática material”. (*com grifos no original*).

²⁴⁴ CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. p. 287-288.

²⁴⁵ *Idem*.

²⁴⁶ *Ibidem*.. p. 301.

Quanto à institucionalização jurídica da autonomia política esta é incompleta e não pode se estabilizar por si mesma, necessitando de um processo de juridificação que não se limite à concessão de liberdades subjetivas, mas que se estenda ao poder político. Este é um argumento defendido por Habermas, segundo o qual deste poder político (designado como *medium* do direito) “depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação do direito”²⁴⁷. E acrescenta, ainda, que este nexo interno do poder político com o direito é que garante que o primeiro possa se desenvolver, pois, “o poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais”²⁴⁸.

Em síntese: O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, implicações jurídicas objetivas, contidas in nuce nos direitos subjetivos. (HABERMAS, 2003, p. 171)

O princípio democrático é, portanto, um princípio (a) democrático-normativo, (b) complexo (antes suas dimensões diversas), (c) dinâmico (por não conceber a democracia como um processo estático), (d) informador do Estado e da sociedade (no sentido de democratização da democracia, com ampliação desta a aspectos da vida econômica, mas também social e cultural), e, ainda, (e) de organização da titularidade e exercício do poder²⁴⁹. Contudo, dentre todos estes elementos, uma verificação é capital: os direitos fundamentais, nas suas mais diversas vertentes, são essenciais para a concretização do princípio democrático. Coexiste entre ambos uma “dinâmica dialética”²⁵⁰, na qual estes se entrelaçam. Tal panorama aponta para a constatação assente na doutrina contemporânea de que a garantia dos direitos fundamentais é um pressuposto do Estado democrático e vice-versa. Ocorre que nem sempre as doutrinas democráticas delineiam suas concepções de poder tendo o povo por destinatário. Esta é uma constatação que encontra aporte em outra contribuição salutar de Gomes Canotilho para as investigações acerca do tema: sua síntese sobre as principais teorias da democracia.

²⁴⁷ HABERMAS, J. (2003) *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. p. 169.

²⁴⁸ *Ibidem*. p. 171.

²⁴⁹ CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.

²⁵⁰ *Ibidem*. p. 290.

A primeira é a teoria do ordo-liberalismo que finca suas bases na ordem econômica e social-liberal, enfim, na “economia de livre mercado”. De acordo com o Professor Gomes Canotilho, suas regras e leis baseiam-se “na afirmação da pessoa humana e nos seus direitos de liberdade”, mas caso levada ao extremo as alternativas postas são claras: poder ou mercado. E a segunda trata-se da mencionada teoria elitista (proposta por Schumpeter, defendida por Bobbio e hostilizada por Boaventura), que considera a democracia uma forma de domínio, e parte do seu conceito apenas como *método* “de obter o apoio do povo pela concorrência”. Este é o lugar destinado ao povo: o de escolher os seus representantes oriundos, por conseguinte, das elites.

A distinção da democracia das demais formas de domínio se dá pela existência deste elemento concorrencial, que permite aos governados, em períodos determinados, decidir mediante voto qual a elite que deve exercer o poder²⁵¹. Não há uma confiança na participação popular ativa, pois a democracia “não é o poder do povo, mas poder das elites para o povo que se limita a escolher as elites”²⁵². O autor menciona, ainda, as Teorias Normativas da Democracia, que apesar de não romperem em todos os termos com as anteriormente descritas mantêm uma coerência nos seus desenvolvimentos quanto aos elementos essenciais dos regimes democráticos sob os quais se fundamentam. A síntese do autor sobre estas merece destaque. São “*representação* (Mill), *participação* (Rousseau), *freios e contrapesos* (Madison), *concorrência das elites* (Schumpeter), *descentralização* (Tocqueville), *igualdade* (Marx), *liberdade* (Hayek), *discussão* (Habermas), *justiça* (Rawls)²⁵³.

1.5. Uma possibilidade de delineamento do “estado da arte” da democracia

É com certo desencanto que se pode observar que, ao contrário da lógica do Estado moderno, hoje os Estados nacionais são por vezes mencionados como se empresas fossem: com metas focadas em lucros, em déficits, em contas, em orçamentos, enfim, ao invés de reguladores são regulados, quase convertidos em mercado.

²⁵¹ *Ibidem*. p. 1411.

²⁵² *Idem*. p. 1412.

²⁵³ *Ibidem*.

Não obstante a reiterada supremacia dos mercados, passada a era dos impérios e do capital vive-se hoje a “era das democracias”²⁵⁴. Desde as revoluções burguesas (1789 e 1848) o ideal democrático apresenta uma curva crescente, e mesmo dentre aqueles que a ele se oponham o fazem “com uma reverência cortês ao princípio fundamentalmente reconhecido, ou por trás de uma máscara prudente de terminologia democrática”²⁵⁵. Isto pode se dá, por exemplo, em governos que se revestem sob o manto da democracia, com legislações e denominações que ostentam postulados democráticos, embora não os efetive²⁵⁶. Assim, uma constatação que emerge ao se tratar do “estado da arte” da democracia é a de que o regime democrático se como a melhor (ou única) alternativa de governo.

A denominada “era das democracias”

Nesta perspectiva, a democracia foi envolta numa conotação positiva, sendo tratada pela teoria das formas de governo como o modelo que melhor se adapta às sociedades econômica, civil e politicamente evoluídas²⁵⁷. Esta é uma ideia que persiste e a democracia se apresenta como um signo distintivo de Estados que pretendem se mostrar como civilizados e o ser democrático adjetiva de forma positiva uma Nação. Se, por volta dos anos de 1900 eram raros os Estados que pudessem ser classificados como democráticos, sobretudo a partir da segunda metade do século XX as democracias sobressaem e continuam a se expandir gozando de *status* quase unânime a nível mundial. Esta é uma constatação possível na análise do relatório *Century's*

²⁵⁴ Expressão utilizada em BOBBIO, N. (1990) *L'età dei Diritti*. Op. cit.

²⁵⁵ KELSEN, H. (2000) *A democracia*. Op. cit. p. 25. Para tanto se pode considerar, por exemplo, que “o número de Estados democráticos mais que dobrou durante uma geração. Durante esta terceira era da democracia, ditadores, que raramente precisavam de pretextos, em todas as partes, fantasiaram-se com roupas democráticas” KEANE, J. (2010) *Vida e morte da democracia*. Op. cit. p. 25. No mesmo sentido diz Todorov que na contemporaneidade, proclamar-se como uma nação democrática é algo estratégico, mesmo àqueles que nada fazem para assegurar os seus valores ou direitos garantidos Assim, “nenhum modelo de sociedade diferente do regime democrático se apresenta hoje como seu rival; muito pelo contrário, vê-se uma aspiração à democracia se manifestar quase por toda parte onde ela antes estava ausente”. TODOROV, T. (2012) *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras. p. 14 e ss.

²⁵⁶ Sobre o fenômeno recorrente de governos que se definem como democrático sem o sê-lo ver: BAUMAN, Z. BORDONI, C. (2016) *Estado de Crise*. Op. cit. p. 153, segundo o qual “a democracia como chave mestra ou senha, um biombo para cobrir os piores tipos de opressão do homem pelo homem. E, ainda, KELSEN, H. (2000) *A Democracia*. Op. cit. p. 25, que afirma que mesmo os que se opunham à democracia o fazem “com uma referência cortês ao princípio fundamentalmente reconhecido, ou por trás de uma máscara prudente de terminologia democrática”.

²⁵⁷ BOBBIO, N. (1995) *Stato, governo, società*. Op. cit.

*democracy*²⁵⁸, desenvolvido pela *Freedom House* (organização não-partidária que avalia as tendências nos sistemas políticos do mundo). No âmbito deste projeto, cientistas políticos concluíram que houve uma verdadeira proliferação de regimes democráticos desde meados da década de 1970.

Com base nos dados coletados, tem-se que o século passado não foi somente uma era de luta sangrenta entre povos e ideologias, mas também um período marcado pela luta por soberania nacional e soberania democrática do indivíduo dentro do Estado. Foi crescente a rejeição pela humanidade da opressão, e constante a opção por uma abertura cada vez maior para a liberdade. E mais: esta tendência, com repercussões no plano jurídico e político, veio acompanhada por progresso econômico, associado à expansão das economias de mercado.

Contudo, no que diz respeito ao critério de número crescente de Estados democráticos como o indicativo mais significativo e necessariamente positivo cabe retomar as lições de Perelman e perceber este critério como representativo do que o autor chama de “lugares da quantidade”, que definem algo como melhor ou pior por razões meramente quantitativas²⁵⁹. A respeito da democracia, a propósito, tal definição pode ser referência para refletir sobre o argumento presente em um sem número de teorias democráticas, que fundamentam a superioridade da democracia em relação a outras formas de governo com base no critério da maioria²⁶⁰. A banalização do uso do termo “democrático” colabora também para esta acepção distorcida que considera necessariamente bom o que é democrático e no imaginário coletivo ocupa o lugar das palavras do bem. Entretanto, é preciso cautela para não embaralhar os conteúdos desta democracia mencionada nas situações cotidianas com aquela que transpõe até mesmo as circunscrições dos Estados. Dentre as diversas possibilidades cabe elencar ao menos três fatores que colaboram para o entendimento desta concepção positiva da democracia: *a liberdade, a derrocada dos inimigos clássicos e a garantia dos direitos humanos fundamentais*.

²⁵⁸ Para além das obras aqui citadas, acerca da ideia do século em que a democracia atingiu o seu ponto culminante ver: http://www.social-sciences-and-humanities.com/PDF/century_democracy.pdf; CROUCH, C. (2003) *Posdemocracia*. Op. cit; HOBBSAWM, E. (2009) *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras; BOBBIO, N. (2004) *A era dos direitos*. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier.

²⁵⁹ PERELMAN, C. ; OLBRECHTS-TYTECA, L. (2005) [1992] *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes. p. 97.

²⁶⁰ *Idem*.

O termo democracia, *per si*, ressoa como sinônimo de um sistema de governo que preza pela defesa e garante a liberdade. Embora a necessidade da liberdade para o bem viver seja um legado de outros séculos: “o homem nasce livre”, escreveu Rousseau, “e por toda parte encontra-se a ferros”²⁶¹, a democracia como o seu único regime garantidor é presunção mais recente, fruto das revoluções liberais. Para aqueles que viveram as auguras dos regimes totalitários – lugar onde se situam muitos dos grandes teóricos que embasam o pensamento político na contemporaneidade – o binômio liberdade/democracia é defendido com ênfase, ao ponto destes considerarem que mesmo uma má democracia é desejável e melhor do que qualquer suposta boa e próspera ditadura²⁶². Mas não deixa de ser oportuno lembrar o ensinamento de Tocqueville²⁶³, de que a liberdade não constitui um caráter distintivo e pode ser encontrada em diferentes tempos e formas, e não necessariamente e somente dentro das democracias.

A título de ilustração do que aqui se afirma, ao iniciar sua fala sobre as contradições da liberdade, Tzevetan Todorov escreve em primeira pessoa, retratando a experiência de quem viveu num país de regime totalitário, a Bulgária comunista. Dentre tantos itens que faziam falta às pessoas naquele momento, estavam produtos básicos, a que chama de “extras que dão sabor à existência”, como roupas, objetos de toalete ou alimentos. Logo em seguida a estes, estava à falta de liberdade. Mas esta última ausência era sentida na intensidade da necessidade que cada um tinha dela. Mesmo no contexto inóspito, a liberdade era lícita, valorizada e estava presente até na propaganda dita oficial. Era mais um ingrediente que “servia para dissimular – ou preencher – uma ausência: à falta da coisa, tinha-se a palavra”²⁶⁴.

²⁶¹ ROUSSEAU, J. J. (1978) Do contrato social. Coleção: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural.

²⁶² Neste sentido ver BOBBIO, N. (1984) *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi.

²⁶³ TOCQUEVILLE, A. (2000) *A democracia na América: Sentimentos e opiniões*. Op. cit.

²⁶⁴ TODOROV, T. (2012) *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. cit. p. 10. O autor, entretanto, traz um alerta sobre o fato de que não são poucos os exemplos que podem ser dados quando se trata dessa liberdade na denominação, mas não na ação. São inúmeros os partidos de extrema direita, nacionalistas, antisemitas e até mesmo xenófobos que adotam a liberdade apenas enquanto palavra “Partido da Liberdade, nos Países Baixos, cujo chefe é Geert Wilders; Partido Austríaco da Liberdade, que Jörg Haider dirigiu até sua morte. A Liga do Norte, de Umberto Bossi, apresenta seus candidatos às eleições italianas sob o nome de Liga do Povo da Liberdade, juntando-se assim ao Povo da Liberdade de Berlusconi. A onda de reações antimuçulmanas e antiafricanas na Alemanha, consecutiva ao sucesso de um livro assinado por Thilo Sarrazin, levou à criação de um partido inspirado nas ideias deste último; seu nome é *Die Freiheit*, a liberdade; o programa anuncia: “Lutar contra a islamização rastejante da Europa”. Na Ucrânia, desde 1995 existe um partido nacionalista chamado *Svoboda*, liberdade, que milita contra as influências externas — russa ou ocidental — e contra a presença de estrangeiros. Seu slogan é “A Ucrânia para os ucranianos”. Essa prática persiste desde o fim do século XIX,

O segundo elemento a ser observado consiste na derrota dos seus opositores. No movimento político global, as principais alternativas à democracia desapareceram ou recuaram. Os seus oponentes “pré-modernos” (monarquia, aristocracia, oligarquia) têm perdido legitimidade e força ideológica. E os maiores inimigos do século XX (nazismo, fascismo e comunismo) desapareceram nas ruínas das Grandes Guerras Mundiais e com a queda do regime soviético²⁶⁵. “Depois de 1968”, o disse Manent, “a democracia reencontrou a sua plena legitimidade, ou antes, atingiu um grau de legitimidade inédito. Começa, então, o reino do unanimismo democrático²⁶⁶”. Na sua vertente liberal, não tem os rivais ideológicos de outrora, algo anunciado como um dos prenúncios do fim da história²⁶⁷. E, mesmo após sofrer reveses, ter entrado em colapso e dado lugar a regimes autoritários é preciso admitir, mesmo para aqueles que foram mais pessimistas quanto à sua longevidade, o seu triunfo e expansão na maior parte do mundo²⁶⁸.

Prosseguindo na linha de que os “inimigos” da democracia podem residir no seu próprio interior, penso ser importante a análise que Soromenho-Marques²⁶⁹ faz sobre a raiz do mal-estar democrático, na qual ele elenca o que chama de sintomas de erosão da democracia contemporânea, sobretudo sob o prisma europeu, sendo três deles referentes diretamente à representação e os demais a relações de âmbito interno e global:

a) a degradação do sistema representativo, com eleitores cada vez mais queixosos e descrentes dos seus representantes, não conseguindo identificar “no comportamento dos seus representantes nenhum fundamento racional de conduta política racionalmente válido”;

b) a captura da representação por interesses poderosos ilegítimos, como por exemplo, o poder do dinheiro, seja financiando as milionárias campanhas eleitorais

época em que foi fundado o órgão de imprensa do antissemitismo francês, dirigido por Édouard Drumont, e que se chamava *La libre parole*”.

²⁶⁵ TODOROV, T. (2012) *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. cit.

²⁶⁶ MANENT, P. (2008) *A Razão das Nações*. Op. cit. p. 22.

²⁶⁷ FUKUYAMA, F. (1992) *O fim da história e o último homem*. Lisboa: Gradiva.

²⁶⁸ Dahl cita como eternos inimigos do governo popular “o declínio econômico, a corrupção, a oligarquia, a guerra, a conquista e a tomada de poder por governantes autoritários, fossem príncipes, monarcas ou soldados”. Cf. (2001) *Sobre a democracia*. Brasília: Editora UnB. p. 26.

²⁶⁹ SOROMENHO-MARQUES, V. (2014) *Portugal na queda de Europa*. Lisboa: Círculo de Leitores e Temas e Debates. p. 299-306.

atuais seja pelo fenômeno de um ostensivo número de empresários que aderem à atividade política;

c) a desfocagem territorial do binômio representação-soberania, por não ter a esfera pública encontrado “uma escala adequada para problemas emergentes de dinâmicas transnacionais”, sendo estes desde a questão ambiental aos mercados financeiros;

d) o enfraquecimento da eficácia da representação, que tem sua face evidenciada na crescente debilidade de políticas públicas, como do *Welfare State*, que desde 1945 vinha diminuindo a distância entre os mais ricos e os mais pobres.

e) a incapacidade das democracias nacionais darem respostas aos desafios globais, de modo que a democracia ao invés de protegerem as atividades econômicas dos seus próprios cidadãos, “tem ajudado a construir um sistema financeiro globalizado, cada vez mais desregulado, capaz de engolir Estados e desbaratar regiões e áreas econômicas inteiras”.

f) a incapacidade de assegurar um sistema internacional que garanta a paz que se no seu ponto de vista se mostra ainda vulnerável face eventos como a guerra na antiga Iugoslávia na década de 1990, que marcou a “dramática negligência” da União Europeia.

Não obstante, a democracia tornou-se uma força global²⁷⁰. O ideal e as instituições democráticas expande-se nas mais diversas das regiões da Terra, até em países como o Egito, que não gozou de um passado, muito menos um presente, democrático. É defendida nos cinco continentes como um valor universal, que deve ser semeada mesmo nos terrenos mais áridos como a única forma de governo cabível a uma Nação desenvolvida ou que um dia o pretenda ser. Mas é sempre preciso cautela com o universalismo, pois é questão controversa. Foram as pretensões universalizantes de países como os EUA que patrocinaram a derrubada de governos não democráticos pelo mundo²⁷¹, mas como o disse Chomsky, “se olharmos para a história, vemos que o

²⁷⁰ KEANE, J. (2010) *Vida e morte da democracia*. Op. cit.

²⁷¹ “A necessidade de se promover e de se fazer avançar esse ‘fermento democrático’ tem emergido como um traço central do discurso triunfalista que, neste momento, é tão dominante no pensamento ocidental e, acima de tudo, no dos Estados Unidos. De fato, a democratização está se tornando um dos princípios racionalizadores e legitimadores centrais da política externa norte-americana, no pós-guerra fria” HURELL, A. (1993) O apoio externo à democratização e a ordem internacional. In SOLA, L. (Org.) *Estado, mercado e democracia: política e economia comparadas*. Rio de Janeiro: Paz e Terra. p. 70. Huntington reafirma que “a promoção dessa disseminação da democracia se tornou um objetivo de alta prioridade para os ocidentais”, sobretudo nos Estados

anseio pela democracia não passa de uma piada sem graça”. E citando Thomas Carothers afirma que este é um ideal enraizado, mas que indica certa esquizofrenia, pois o apoio à democracia depende de interesses estratégicos e econômicos²⁷². Também Zolo²⁷³ faz sua análise neste sentido, afirmando que desde o final dos anos 80 os EUA se arvoraram de conceber o conceito de uma *new world order*. E, como grande potência bélica que são, se colocarem no papel de “única potência em condições de desenvolver um papel estratégico de amplo raio de ação”. A partir de então, a tarefa de presidir o planeta, sob a insígnia de garantir a ordem mundial, é dos Estados Unidos da América.

Conquanto as reais motivações norte-americanas para a defesa dos valores democráticos não são objetos da minha apreciação, os efeitos desse discurso podem ser pensados nas análises sobre o estado da arte ou o conceito de democracia. E explico: em nome da democracia são cometidos inúmeros atos e abonadas sanções antidemocráticas, seja no âmbito interno dos Estados seja no âmbito das relações internacionais. As decisões unilaterais para o deflagrar de guerras fariam corar de constrangimento Habermas e sua teoria do consenso. E como bem o disse Fukuyama “a democracia não pode entrar pela porta de serviço; deve brotar de uma decisão política deliberada nesse sentido”²⁷⁴.

Um outro elemento a se pensar nesta conotação positiva é sob o específico prisma jurídico do regime garantidor dos direitos humanos fundamentais. Segundo Manent, “a democracia é a igualdade de condições”²⁷⁵. Ela evita o despotismo, proporciona o desenvolvimento do ser humano e a igualdade tanto jurídica quanto política. É, por excelência, garantidora dos direitos humanos e fundamentais, que por

Unidos. HUNTINGTON, S. P. (2010) *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva. p. 322.

²⁷² In (2014) *Mudar o mundo*. Lisboa: Bertrand Editora Ltda. p. 68. E, concluindo a citação, diz que Carothers descreve tal fato como “uma estranha patologia, como se os Estados Unidos precisassem de tratamento psiquiátrico ou algo assim. É claro que há outra interpretação, mas essa não nos vem à cabeça se formos intelectuais educados e bem-comportados”.

²⁷³ Numa inversão da lógica, as Nações Unidas se tornaram instrumento e parte do projeto hegemônico norte americano. O autor cita, a título de exemplos, as guerras do Golfo (1991) e as chamadas “intervenções humanitárias” (*humanitarian intervention*) também do início da década de 90, serviram, dentre outras inegáveis questões, para que a armada norte-americana se instalasse “no coração do Islã” (Arábia Saudita, Kuwait, Emirados Árabes Unidos) além da construção de uma base militar no Kosovo (fruto da guerra humanitária na Iugoslávia). Cf. *Reforçar e democratizar as relações internacionais? O caso das Nações Unidas*. In SANTORO, E. ; et al. (Org). *Direitos humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre: Tomo Editorial. pp. 22.

²⁷⁴ FUKUYAMA, F. (1992) *O fim da história e o último homem*. Lisboa: Gradativa Publicações Ltda. p. 219.

²⁷⁵ MANENT, P. (2008) *A Razão das Nações*. Op. cit. p. 19.

sinal resumem o seu grande triunfo²⁷⁶, além de ser a forma de governo predominante nos Estados tidos por mais desenvolvidos. Ocorre que “uma crescente textualização anda em descompasso com a força normativa dos direitos humanos no plano internacional”²⁷⁷.

A noção de Estado de direito democrático é indissociável da realização dos direitos fundamentais²⁷⁸. Lenio Streck afirma que este é um liame indissolúvel, que resgata as promessas de igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais da modernidade²⁷⁹. Tanto que as declarações de direitos do homem constituem a base das democracias modernas²⁸⁰. O constitucionalista Moura Agra define a relação entre democracia e direitos fundamentais como um “condicionamento recíproco, formando uma simbiose, em que um se constitui pré-requisito do outro”²⁸¹.

Uma das características prementes da democracia, afora a participação popular nas mais variadas decisões políticas, é o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos. Quanto mais arraigados forem os princípios democráticos no imaginário coletivo da sociedade, maior será o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e maior será o seu efeito. (AGRA, 2012, p. 109)

Se há um elemento determinante para o juízo positivo da democracia dos modernos é certamente o reconhecimento dos direitos humanos/direitos fundamentais e a ideia de igualdade que os fundamenta²⁸². Assim, hoje predomina a ideia de que o Estado constitucional (e democrático) de direito é aquele que incorpora, entre seus princípios fundamentais, uma série de direitos subjetivos²⁸³. É em contexto similar que

²⁷⁶ “A consagração dos direitos do homem é, certamente, o fato ideológico e político maior dos nossos vinte últimos anos. Ela resume o triunfo das democracias; ela condensa as transformações que acompanharam a penetração de seus princípios; ela reúne suas novas incertezas”. GAUCHET, M. (2009) *A democracia contra ela mesma*. São Paulo: Radical Livros. p. 315.

²⁷⁷ NEVES, M. (2009) *Transconstitucionalismo*. Op. cit. p. 93.

²⁷⁸ STRECK, L. L. (2004) *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense

²⁷⁹ STRECK, L. L. (2004) *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 147.

²⁸⁰ Neste sentido ver BOBBIO, N. *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi, 1984.

²⁸¹ AGRA, W. M. (2012) *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense. p. 109.

²⁸² SILVEIRA, A. FERNANDES, S. P. (2014) *Justiça em tempo de crise: o papel dos tribunais europeus enquanto garantes da democracia*. In UNIO. União Europeia Law Jornal. Braga: Universidade do Minho. p. 14. Disponível em http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%200%20-%20Alessandra%20Silveira_Sophie%20Fernandes_pt.pdf

²⁸³ BACELLI, L. (2006) *Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito*. In COSTA, P. ZOLO, D. (Orgs). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes. p. 532. O autor acrescenta, ainda, que “a ideia de um nexo inextricável entre Estado de Direito e direitos humanos está expressa com vigor na mais recente tentativa de elaborar uma teoria sistemática do *Rechtsstaat*, como a de Jürgen Habermas”.

Baccelli repete a máxima *habermasiana* de que não existe direito, sem direitos e, numa alusão a Ferrajoli, aponta o quanto a experiência histórica demonstrou que “na ausência do Estado de Direito e sem a garantia dos direitos fundamentais, a democracia se resolve em uma ilusão autoritária”. Há, portanto, uma relação de interdependência: sem direitos fundamentais garantidos não há democracia, e do mesmo modo e intensidade, a recíproca é verdadeira.

Concebe-se a relação entre a garantia dos direitos fundamentais e a democracia como sendo de interdependência e reciprocidade, pois “sem a garantia de direitos fundamentais não há verdadeiramente democracia”²⁸⁴. Contudo, esta notória afinidade não afasta a existência de tensões entre ambos, sobretudo nos aspectos político e jurídico. Isto porque, “os direitos fundamentais são fundamentais precisamente por estarem subtraídos à plena disponibilidade por parte dos poderes constituídos, ainda que democraticamente legitimados para o exercício do poder”²⁸⁵. A realização dos direitos fundamentais não é uma componente supérflua das definições de democracia material, é uma referência, um valor basilar do Estado de direito democrático que “tanto em sua origem quanto na forma de exercício do poder há de se fazer necessariamente presente a manifestação popular”²⁸⁶.

Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo [...] de tal sorte que a positivação e garantia do efetivo exercício dos direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática. (SARLET, 2011, p. 61)

Os desafios contemporâneos do crescente ceticismo democrático

Coexiste com o crescente fenômeno da unanimidade – e sua direta associação às ideias de liberdade e direitos humanos fundamentais – o inegável ceticismo em relação aos regimes democráticos. Especialmente a partir da década de 1990 se pode observar uma crescente “de críticas às democracias ‘realmente existentes’,

²⁸⁴ SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 61.

²⁸⁵ SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 62.

²⁸⁶ OLIVEIRA, E. P. (2004) *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. p. 14.

aos seus déficits e as suas patologias”²⁸⁷.

Assim, apesar de ser vista como o mais evoluído dos sistemas políticos, a democracia tem sido contestada nos espaços geográficos que, como outrora dito, se orgulham de ser seu nascedouro. Convivendo com essa unanimidade, a democracia teve uma vitória moral e intelectual, mas em meio disso se viu a democracia “perder suas cores, se esvaziar, perder sua substância, perder-se num ativismo no qual ela se nega, querendo dar-se por completa”²⁸⁸.

Ainda no século XIX (1888), o jurista português Jayme de Magalhães Lima escreveu uma obra instigante²⁸⁹. O autor fez uma análise de alguns aspectos da democracia representativa e chama à atenção para o ar quase sagrado em torno da ideia democrática. Ao contrário da corrente que perdura até os dias atuais, ele se permitiu questionar, já que àquela altura sentia que era “ao menos lícito perguntar, sem ser acusado de inimigo da civilização”, se as formas de governo democrático estavam destinadas a durar e alargar-se indefinidamente.

Um dos grandes paradoxos da democracia emerge quando se pode observar de um lado a popularidade e a extensão geográfica sem precedentes e, de outro, a sua perda de eficácia e controle das decisões cruciais decorrentes da globalização²⁹⁰. Por estas e outras constatações, também esta segunda (e contrária) força contemporânea é crescente e não pode ser analisada de modo isolado. Elenquei, portanto, três fatores que considero preponderantes na reflexão sobre o ceticismo democrático o mal desempenho econômico e a descrença nas classes políticas.

Preliminarmente, assevero que parto do pressuposto que foram suprimidas as ameaças e ultimatoss externos clássicos da democracia. Pensar na iminência de um estado totalitário, por exemplo, soa mais como um anacronismo do que como uma ameaça num futuro próximo. Mas a democracia, e isto é claramente detectável – coleciona ainda oponentes. Todorov assinala que eles são internos e se consubstanciam nos seus elementos constitutivos, suas ideologias, gestos ou movimentos que alegam serem patronos dos valores democráticos. Segundo ele, hoje os inimigos são todos “íntimos” e estão no seu interior, nos seus fundamentos, numa força

²⁸⁷ NUNES, J. A.; SERRA, N. (2003) “Casas decentes para o povo”: movimentos urbanos e emancipação em Portugal. Op. cit. p. 257.

²⁸⁸ GAUCHET, M. (2009) *A democracia contra ela mesma*. Op. cit. p. 09.

²⁸⁹ LIMA, J. M. (1888) *A democracia*. Estudo sobre o governo representativo. Porto: Porto Typographia de A. J. Silva Teixeira.

²⁹⁰ GOMÉZ, J. M. (2000) *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes.

que a ataca e que é maior que àquelas anteriores²⁹¹. Esta é uma das novidades dos nossos tempos: a democracia engendra suas próprias oponentes e “combatê-las e neutralizá-las é tanto mais difícil quanto mais elas invocam o espírito democrático e possuem, assim, as aparências da legitimidade”²⁹².

Não obstante a existência de tais forças negativas internas é possível verificar fatores transversos que influenciam sua estabilidade e credibilidade. O primeiro deles é o desempenho econômico. A economia foi um dos mais importantes pilares da construção europeia e a sua relação com a democracia gera ainda controvérsias. Enquanto a afinidade entre a democracia e a liberdade se consolidou como uma verdade intocável, a sua relação com economia é palco de embates constantes. Se a política keynesiana foi uma tentativa de salvar o capitalismo sem sair da democracia, para os liberais contemporâneos o problema parece ser o de salvar democracia sem abater o capitalismo²⁹³. A democracia e o capitalismo de mercado, dizia Dahl

são como duas pessoas ligadas por um casamento tempestuoso, assolado por conflitos – mas que resiste, porque nenhum dos parceiros deseja separar-se do outro. Passando o exemplo para o mundo botânico, os dois existem numa espécie de simbiose antagônica. (DAHL, 2001, p. 183)

Mas o próprio Dahl reconhecia que a democracia representativa moderna vai resistir apenas naqueles países que tem uma economia predominantemente de mercado, graças a certos aspectos que lhe são básicos e que o torna favorável para as instituições democráticas. E mais, as classes médias seriam “os aliados naturais das ideias e das instituições democráticas”²⁹⁴. Já Bobbio, durante a crise dos anos trinta, afirmava que a democracia estava pondo o capitalismo em crise. E que sendo o Estado, tal como o mercado uma forma de regulação social, o que se põe em discussão “não é a relação genérica entre Estado e mercado, mas a relação específica entre mercado e Estado democrático”²⁹⁵.

Contudo, dentre tantas controvérsias há uma afirmação que me parece irrefutável: as crises econômicas têm influência direta na concepção democrática dos

²⁹¹ TODOROV, T. (2012) *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. cit. p. 14 e ss.

²⁹² *Idem*.

²⁹³ DAHL, R. (2001) *Sobre a democracia*. Op. cit. p. 183-185.

²⁹⁴ DAHL, R. (2001) *Sobre a democracia*. Op. cit. p. 183-185

²⁹⁵ In (2009) *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra. p. 139-140.

cidadãos, sobretudo no que diz respeito à sua própria desejabilidade. No artigo *What Makes Democracies Endure?*²⁹⁶ foi elaborada a seguinte questão: “se um país, um país qualquer selecionado aleatoriamente, deve ter um regime democrático no próximo ano, que condições deveriam estar presentes nesse país e pelo mundo neste ano?”. Por resposta se elencou seis pressupostos: democracia, riqueza, crescimento, desigualdade decrescente, clima internacional favorável e instituições parlamentaristas.

Três fatores, em especial, trazem elementos importantes nesta análise. Enquanto o primeiro traz certa obviedade ao elencar a já existência de um regime democrático para que assim se dê a sua permanência²⁹⁷, o segundo e terceiro impõem a necessidade de uma reflexão mais acurada²⁹⁸. A riqueza como pressuposto da democracia adveio da constatação de que em países nos quais existe um bom desenvolvimento econômico é mais provável a sobrevivência da democracia. Em democracias pobres, ou seja, naquelas em que a renda per capita anual é menor que US\$ 1.000, o regime é mais frágil que noutras nas quais esta renda ultrapassa os US\$ 6.000. Nestas últimas as democracias parecem inexpugnáveis.

Contudo, este referencial não é considerado universalmente. Segundo Dahl é preciso considerar que do mesmo modo que desenvolvimento econômico não é exclusivo de países democráticos, a estagnação econômica não é exclusiva dos não-democráticos. Para ele, sequer se pode correlacionar o desenvolvimento econômico com

²⁹⁶ Os autores coletaram dados políticos e centraram a observação em 135 países, no período entre 1950-1990. Dentre estes, havia 123 ditaduras e 101 democracias (das quais 50 eram parlamentaristas, 46 presidencialistas e 08 sistemas mistos). In PRZEWORSKI, A. ALVAREZ, M. CHEIBUB, J. LIMONGI, F. What Makes Democracies Endure? Project MUSE. *Journal of Democracy*. V. 7. N.º. 1. Disponível em <https://muse.jhu.edu/article/16730>.

²⁹⁷ Esta pesquisa desconstrói teorias que justificam a existência das ditaduras como um estágio para alcançar a democracia e o desenvolvimento econômico. Se assim o fosse seria preciso tolerar as ditaduras por considera-las uma rota para a democracia. Tal mito não se sustenta quando resta claro que as ditaduras não são mais favoráveis a posteriores democracias nem ao crescimento econômico. In PRZEWORSKI, A. ALVAREZ, M. CHEIBUB, J. LIMONGI, F. What Makes Democracies Endure? Op. cit.

²⁹⁸ Quanto aos três últimos pressupostos, tem-se que: apesar de não encontrar um padrão que pudesse aferir o impacto da desigualdade de renda na sobrevivência das democracias, foi possível perceber que ela está mais propensa a sobreviver quando esta desigualdade decresce com o tempo. Mas não somente fatores econômicos importam de modo que o quinto pressuposto diz respeito ao clima internacional. A democracia aqui é pensada mais como influência, do que como uma cultura, uma tradição, de modo que ela ganha maior dimensão mais por inspiração em outros Estados democráticos do que por imposição, daqueles que muitas vezes se arvoram como defensores da democracia. E o último pressuposto se trata do efeito das instituições na durabilidade (ou estabilidade) democrática. De acordo com a pesquisa as democracias presidencialistas são menos duráveis que as parlamentaristas: no presidencialismo, o chefe de Estado e ao mesmo tempo chefe do executivo, as “apostas” num único vencedor, de modo que o perdedor no presidencialismo não tem qualquer papel oficial na política e, ainda, a maior propensão da paralisia do legislativo. Os autores afirmam que “*combining presidentialism with a legislature where no single party has majority status is a kiss of death*”. In PRZEWORSKI, A. ALVAREZ, M. CHEIBUB, J. LIMONGI, F. What Makes Democracies Endure? Op. cit.

o tipo de governo ou regime de um país²⁹⁹. Quanto ao terceiro pressuposto, uma vez que não são poucos os países pobres em que a democracia se mantém, cabe considerar que a pesquisa aponta para a necessidade de que estes gerem algum crescimento econômico, com uma taxa de inflação moderada, algo que se configura como mais um fator estabilizador.

Um indicativo que se pode alcançar de posse de tais elementos é o de que as crises e o mau desempenho econômico são uma das ameaças mais comuns à estabilidade democrática contemporânea. De fato, entre as décadas de 1970 e 1980 percebe-se uma grande “onda de transições” de regimes autoritários para democráticos e, dentre as várias causas que podem ser atribuídas para tal fenômeno jurídico-político, o principal fator subjacente parece ter sido o desenvolvimento econômico³⁰⁰. Da força de tais transições, em conjunto com o colapso da URSS, adveio a crença numa espécie de revolução democrática mundial, que acarretaria na prevalência das “formas ocidentais de democracia política”³⁰¹.

Neste sentido, Paulo Trigo Pereira³⁰² entende que as democracias tendem a produzir déficits, e se pergunta sobre as reformas institucionais necessárias “para um renascimento da democracia que sustente o desenvolvimento econômico e em que a democracia política volte, duradouramente, a pertencer aos portugueses”. Em 2012 o autor escrevia que a democracia portuguesa caminhava para sua quarta década (regime democrático desde 1974) e nunca teria apresentado excedente orçamental. Mas, embora entendesse que essa “herança negativa” era anterior, para o autor o *modus operandi* tradicional das democracias e o modelo de gestão orçamental português agravam tal déficit. Também as medidas populistas nos períodos pré-eleitorais pioram a situação, pois quando são populares geralmente implicam em aumento de despesa. “O Estado de bem-estar, com as características atuais, não se poderá manter”³⁰³.

Em estudo publicado sobre a qualidade da democracia em Portugal³⁰⁴, este figurava dentre os países da Europa Ocidental que tinha um dos maiores índices de

²⁹⁹ Cf. (2001) *Sobre a democracia*. Brasília: Editora UnB.

³⁰⁰ HUNTINGTON, S. P. (2010) *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Op. cit.

³⁰¹ HUNTINGTON, S. P. (2010) *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Op. cit. p. 322.

³⁰² PEREIRA, P.T. (2012) *Portugal: Dívida Pública e Déficit Democrático*. Lisboa: FFMS.

³⁰³ *Idem*.

³⁰⁴ Relatório inicial de um estudo promovido pela SEDES, com o apoio da Fundação Luso-Americana para o desenvolvimento e da Intercampus, em julho de 2009.

insatisfação popular com o funcionamento da democracia. O inquérito fora realizado durante o mês de Março de 2009 e, segundo este, quase a metade dos cidadãos portugueses (44%) preferia outra forma de governo à democracia. Ao que se sabe, há fortes indícios para se creditar tal insatisfação à falta de resolução dos problemas económicos. Ainda segundo os resultados descritivos do referido inquérito, “apenas 11 por cento dos inquiridos afirmam estar ‘totalmente’ ou ‘bastante’ satisfeitos com o funcionamento da democracia em Portugal, enquanto 51% declaram estar ‘pouco’ ou ‘nada’ satisfeitos”. Este é um fator que influencia e coexiste outros elemento aqui destacado: a apatia política dos cidadãos, decorrente em grande medida da descrença nas classes políticas.

Ainda há pouco tempo, a ideia democrática legitimava e alimentava o amor que cada povo sente naturalmente por si próprio. Doravante, em nome da democracia, reprova-se e maltrata-se esse amor. O que se passou? [...] Como o sentido da nação democrática se perdeu rapidamente, nos próprios lugares onde essa forma extraordinária de associação humana começou a aparecer, na Europa! (MANENT, 2008, p.15-16)

O fenómeno da apatia, que transparece na queda da participação popular, induz a indagações acerca da legitimidade de uma autoridade eleita por cerca de um terço do eleitorado³⁰⁵. E a esta discussão Zolo³⁰⁶ acrescenta que se pode creditar a apatia à crise sem precedentes da democracia, que acaba produzindo frustrações muito dolorosas que motivam uma rejeição completa da política. Assim, apesar da retórica que as apresenta como um dos maiores valores do Ocidente, como se existisse uma espécie de *ethos* democrático, sabe-se que as suas instituições são submetidas ao esvaziamento da função representativa e ao negligenciamento da função participativa. Estas instituições tantas vezes operam sob a égide de elites económicas e políticas, que seriam os capacitados para tal, e a serviço de interesses do mercado, tratado quase como uma entidade metafísica, sob o qual paira numa espécie de dimensão demiúrgica e desresponsabilizante³⁰⁷. Contudo, a pesquisa com os eleitores portugueses apresenta um elemento indicativo do argumento de que, sob a perspectiva formal, a democracia apesar dos problemas que apresenta, como a tantas vezes mencionada distância dos eleitores dos seus representantes, não é avaliada necessariamente de modo negativo.

³⁰⁵ HOBBSAWM, E. (2007). *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras.

³⁰⁶ ZOLO, D. (1989) *La democracia difficile*. Op. cit.

³⁰⁷ RODRIGUES, J. C. (2012) *Sobre a abundância de direitos em tempos de crise*. Op. cit.

De acordo com o mencionado relatório SEDES a avaliação negativa não se dá em todas as dimensões. A maioria avalia o regime democrático positivamente “do ponto de vista do exercício das liberdades de voto, de associação e de expressão, assim como da capacidade das eleições para recompensar e punir os governos pela sua actuação”³⁰⁸. Assim, acerca da “percepção sobre a liberdade individual”, foram elaboradas questões a que os indagados responderam como segue: a) para votar em quem quiser sem se sentir pressionado (a maioria, 72% sentem-se livres ou totalmente livres) b) sobre a dizer o que pensa (62% sentem-se livres ou totalmente livres). Os índices encontrados para este quesito foram os mais altos (em sentido positivo) de todo o estudo realizado.

Mas esta avaliação positiva não influencia quanto ao ceticismo dos eleitores quanto à qualidade do sistema eleitoral, pois “a maior parte dos inquiridos vê o governo como estando condicionado por factores externos (situação económica internacional, poderes económicos e prioridades de outros governos) em relação aos quais a responsabilização política democrática é impotente”³⁰⁹. Outro fator avaliado negativamente diz respeito à igualdade de oportunidades de participação política.

A maioria dos entrevistados (44% por cento) discorda da afirmação de que não existem discriminações acerca da participação das mulheres e de outros grupos sociais na política, enquanto apenas 18% concorda. Contudo, é mais uma vez nos quesitos referentes às eleições e participação política que a pesquisa reforça os argumentos acerca da crise de representatividade. Quando questionados acerca das eleições como mecanismo de representação política, a maioria relativa (40%) dos inquiridos “considera que o sistema eleitoral prejudica excessivamente os partidos pequenos”, enquanto somente 18% discordam da afirmativa; e metade dos inquiridos (50%) concorda que o sistema não permite responsabilizar os deputados pela sua atuação, enquanto somente 13% discorda.

Assim, os quesitos referentes à representação figuram dentre os mais negativamente avaliados com o score médio de 2.5 em 5 pontos. Acerca deste último quesito o relatório traz uma observação importante: apesar dos questionários buscarem alcançar as percepções subjetivas dos eleitores os números “acabam por coincidir com

³⁰⁸ MAGALHÃES, P. (redator) (2009) *A qualidade da democracia em Portugal*. Op. cit. p. 02.

³⁰⁹ *Ibidem*. p. 03.

as conclusões de estudos diferentes levados a cabo sobre o comportamento eleitoral”³¹⁰.

Percebe-se que a insatisfação crescente dos cidadãos nos sistemas representativos não diz respeito somente às perspectivas econômicas. O desemprego e a precariedade em alguns setores não bastariam para explicar o alheamento que se faz tão perceptível³¹¹. De fato, uma das conclusões do relatório SEDES³¹², é a que a avaliação acerca da qualidade da democracia não pode ser feita de modo unidimensional, pois, conforme visto, há dimensões em que os portugueses avaliam a democracia positivamente e outros em que os números da avaliação negativa são muito evidentes.

No quadro de crise é perceptível que a democracia tem sido com constância questionada no que diz respeito a muitos dos seus pressupostos basilares, parecendo ter chegado ao seu limite. Isso se percebe, sobretudo, quando se parte da premissa que a representação política é uma relação que se estabelece entre o representante e o representado, baseada na concessão do poder de decidir em nome do outro. Para tal é imprescindível a delegação do representado, afinal sem esta falta a concordância que legitima o exercício do poder, pois, “em termos jurídicos, a titularidade (propriedade) do poder é do representado, enquanto o exercício do poder é delegado ao representante”³¹³.

No entanto, os direitos políticos vão além desta capacidade de delegar o poder aos representantes. Quando Kelsen os mencionava e os denominava como uma categoria especial, ressaltava que deste decorria o poder de participar, mesmo que indiretamente, na produção da ordem jurídica “em que a vontade do Estado se exprime”³¹⁴, seja na forma das normas jurídicas gerais – característica essencial da forma democrática de Estado – seja enquanto direitos fundamentais e direitos de liberdade das Constituições dos Estados modernos. Assim sendo, até onde as instituições democráticas e a classe política têm sido constituídas e, de fato, têm atendido aos pressupostos de uma boa (ou real) democracia? E, para além do vínculo

³¹⁰ *Ibidem*. p. 23.

³¹¹ MANENT, P. (2008) *A Razão das Nações*. Op. cit. p. 47.

³¹² MAGALHÃES, P. (redator) (2009) *A qualidade da democracia em Portugal*. Op. cit.

³¹³ LUTTWAK, E.N. VERRATI, S.C. (1996) *Che cos'è davvero la democrazia*. Milano: Mondadori. p. 194. Os autores acrescentam que “l’idea del cittadino come soggetto politico autonomo (dal Greco *autônomos* = che si governa com proprie leggi), libero ed indipendente dal potere, nasce nell’età delle Rivoluzioni americana e francese. Con la Rivoluzione francese il sudito si è emancipato per diventare *citoyen*, la cui autonomia politica è per Tocqueville la chiave di volta che sostiene una società libera e democratica” (pp. 52-53).

³¹⁴ KELSEN, H. (1998) *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 97.

formal e legitimamente jurídico da representatividade, estará o povo efetivamente representado no plano político?

A democracia, segundo aprendemos no oitavo ano, é composta por eleitores informados a tomarem decisões racionais, mas os partidos políticos decerto não acreditam nisso. É por isso que tem slogans, retórica, exibições de relações públicas, extravagâncias, tudo menos dizer: “Eis o que vou fazer. Votem em mim”. Assim, o medo e o ódio aos mercados e à democracia têm basicamente as mesmas raízes. (CHOMSKY, 2014, p. 85)

A democracia colecionou, desde os clássicos helênicos, um vasto rol de oponentes. Foram inúmeras as teorias que a negavam ou defendiam, muitas vezes com a mesma força e intensidade. Nem mesmo a sua origem e a sua capacidade de alcance enquanto expressão máxima da soberania popular são pontos pacíficos. O próprio princípio da soberania popular carrega consigo várias dimensões “historicamente sedimentadas”³¹⁵. Tudo isso acaba por tocar em questões que dizem respeito ao seu significado nas sociedades contemporâneas e à crítica aos seus preceitos clássicos, nos termos propostos pelas teorias elitistas, como as de Schumpeter, Bobbio, Weber e Dahl³¹⁶. De fato, o que se observa contemporaneamente, é a uma “progressiva redução das pretensões da teoria democrática”, que a torna cada vez mais distante da noção clássica de governo do povo, sendo “a congruência de fatores como estes, acabou por se gerar tensões no que diz respeito à efetividade da democracia e a sua relação com o Estado de direito”³¹⁷.

É possível refletir sobre este ponto relativamente a pelo menos dois aspectos: o primeiro diz respeito à distância entre as expectativas dos cidadãos a respeito da democracia e os mecanismos de participação efetiva de que estes dispõem. É na lacuna participativa (perspectiva esta que depende do envolvimento popular) ou do “sentir-se efetivamente representado” que a disfunção emerge, permanece e se alarga. Ou pior, ganha força extra justamente com a emergência e se mostra como um dos efeitos nefastos da crise. Fora dos discursos oficiais, ninguém parece mais acreditar que o seu voto tenha algum real valor quando se trata das instâncias decisivas.

Neste ponto, a democracia não parece atender as suas promessas,

³¹⁵ CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. p. 292.

³¹⁶ BACELLI, L. (2006) *Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito*. In COSTA, P. ZOLO, D. (Orgs). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes. p. 541.

³¹⁷ *Idem*. p. 542.

conforme se referia Bobbio. A representação política e o cidadão educado e apto a exercer os direitos é hoje mais facilmente identificável como o apático ou descrente na democracia e no que esta significa enquanto governo popular. Vive-se, deste modo, na contramão da lição de Habermas de que “são os cidadãos, não os banqueiros, que têm de dizer a última palavra sobre as questões que afetam o destino europeu”³¹⁸.

Quanto ao segundo aspecto, este repercute também no cotidiano dos cidadãos, mas o faz de modo mais específico e menos visível: nos direitos dos cidadãos. Assim, ao mesmo tempo em que, conforme visto, os direitos dos cidadãos são resguardados e até progressivamente aumentados, sobretudo com o advento da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em alguns Estados-Membros aqueles têm sofrido recuos. Assim, entre a democracia procedimental e a democracia material abriu-se um fosso que não parece nada fácil (embora acredite ser possível) transpor. E a crise o agrava substancialmente.

Mas será este um *gap* que pode ser resolvido juridicamente através dos TJUE e Tribunais Nacionais ou a questão resvala em outros domínios aos quais o Direito não poderia acessar por si só? Se no tópico anterior os avanços foram evidenciados, aqui a democracia parece caminhar em sentido contrário. É preciso certa resignação para entender que não basta recorrer ao sistema normativo para sanar tantas questões. Estas últimas me parecem apontar para falhas estruturais da democracia representativa liberal, que ante o novo contexto, exigem soluções diversas das que foram até então concretizadas. Mas é também fato que não se deve, enquanto jurista, se eximir da reflexão, pois se Direito não resolve todas as questões, tampouco deve se omitir em refletir sobre elas.

São todas questões complexas, mas não menos que aquelas que surgirão *a posteriori*. O capítulo seguinte parte de alguns projetos de integração, da constituição e do desenvolvimento da democracia na União Europeia. Desde o seu nascedouro (e ainda mais nos seus posteriores alargamentos), são ponderáveis os argumentos dos autores que apontam para déficits democráticos. Outros teóricos caminham no sentido de que a Europa tem sido tão democrática o quanto pode, mas isto não parece ser suficiente. O alerta de José Medeiros Ferreira é significativo: “não pode haver

³¹⁸ HABERMAS, J. (2015) O governo dos banqueiros. Seção Opinião. *El País*. Disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/26/opinion/1435340365_023707.html Acesso em 08 de julho de 2015.

aprofundamento da União sem aprofundamento da democracia a todos os níveis”³¹⁹. Assim sendo, a partir de então, entre o ceticismo e a unanimidade, cumpre proceder à reflexão sobre a União Europeia e a democracia multinível.

³¹⁹ FERREIRA, J. M. (2013) *Não há mapa cor-de-rosa*. A história (mal)dita da integração europeia. Lisboa: Edições 70. p. 155.

CAPÍTULO SEGUNDO: A UNIÃO EUROPEIA

2. FORMAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DO PROJETO DE INTEGRAÇÃO E DA DEMOCRACIA DA UNIÃO EUROPEIA

*A Europa é antiga e futura ao mesmo tempo.
Foi batizada há vinte e cinco séculos
e, no entanto, continua em fase de projeto.*

Jacques Le Goff *In* A Velha Europa e a Nova.

*A paz mundial não poderá ser salvaguardada
sem esforços criadores à medida dos perigos que a ameaçam.*

Declaração Schuman

Das narrativas e teorias que têm sido construídas sobre o contexto de crise e as suas repercussões no âmbito da democracia multinível é possível depreender um indicativo consistente: o de que os problemas democráticos são anteriores ao advento da crise e que esta apenas os evidenciou. Tal indício foi decisivo para o desígnio de no primeiro capítulo da Tese concentrar a análise na compreensão do regime democrático *lato sensu*. Somente de posse de tal suporte teórico seria possível filtrar aqueles elementos que não se relacionam efetivamente com a crise, e assim confrontá-la de modo mais preciso com a democracia (em sentido amplo) e a multinível (quando assim for exigido). Ocorre que a esta análise última precede, ainda, outro viés para a investigação. Este consiste em clarificar aspectos significativos da formação e desenvolvimento da União Europeia e que incidem sobre seu âmbito democrático.

Embora esta tese não tenha por objeto a integração ou a dogmática jurídica do direito europeu, ao tratar da democracia no contexto de crise na União Europeia obriga a levar em consideração e, ao mais possível, se aprofundar na compreensão do tema como um todo³²⁰. Não obstante, há, ainda, duas razões capitais. A primeira, de ordem pragmática, por entender, assim como o afirma Alessandra Silveira, que para compreender a União Europeia é preciso partir da “interpretação de seu

³²⁰ Esta é uma orientação de Odília Fachin, quando se refere especificamente aos métodos de estudos de caso. FACHIN, O. (2006) *Fundamentos de Metodologia*. Op. cit.

passado histórico”³²¹. Importa, pois, o empenho da análise sobre os processos mais significativos que antecederam a sua formação, aqui referida como o projeto europeu. Este é um exercício produtivo para uma investigação que se debruça sobre a democracia, com acento tônico para os eventos recentes ocorridos no continente.

Será demonstrado que a proteção ou expansão da democracia não estava abrigada nos movimentos históricos que antecederam a União Europeia, e inclusivamente o contexto apontava para a supressão dos regimes democráticos então existentes. Assim, apesar de constar como valor ou princípio basilar em “quase” todos os tratados constitutivos – uma exceção, por exemplo, foi o primeiro Tratado (CECA) que sequer menciona o termo – a democracia não era protagonista no horizonte da maioria das aspirações e projetos que antecederam à formação de uma união na Europa. Destarte é possível afirmar – ao contrário do que é admissível atribuir à paz e à união econômica – que a democracia hoje é um fundamento, mas não é necessariamente fundante da União Europeia.

A segunda razão apoia-se nos processos decorrentes após o advento da União Europeia (inobstante não tivesse ainda esta denominação) e segue o mote de uma provocação presente na obra de Viriato Soromenho-Marques³²². Segundo ele “o essencial” para tratar da crise que afronta a Europa é identificar a sua natureza. Esta não está apenas na economia, na avidez dos agentes do capitalismo, no comportamento dos dirigentes políticos, ou seja, na sua face mais visível. A raiz se esconde no que ele denomina de o “campo minado” dos tratados europeus³²³. Assim, também neste capítulo serão analisados os principais tratados, no que tange às suas repercussões enquanto constituintes da construção da democracia da União Europeia. Ver-se-á que os avanços do processo de integração europeia não são isentos de críticas e muitas destas recaem sobre questões democráticas. Destas destaco: o suposto desvio de finalidade, os problemas referentes aos sucessivos alargamentos, a adoção da moeda única e o chamado de déficit democrático europeu³²⁴.

³²¹ SILVEIRA, A. (2010b) Constitucionalismo estadual e constitucionalismo europeu: A superação do complexo de “eterno marido”. *Revista Jurídica do Uniaraxá*. V. 14. N.º 13. Disponível em <http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/49/41>.

³²² SOROMENHO-MARQUES, V. (2014) *Portugal na queda de Europa*. Op. cit.

³²³ *Idem*.

³²⁴ Embora tenha ciência de que cada uma destas críticas, de tão abrangentes, poderia resultar uma tese diversa, penso ser apropriado analisar, ao menos *en passant* estes aspectos que tocam o tema proposto da tese por vezes direta e outras incidentalmente.

No princípio era a ideia

O propósito de criar uma união política e/ou econômica no continente europeu é antigo, tendo ressoado desde outros séculos em textos políticos, propostas pós-guerras, projetos filosóficos e até mesmo na literatura e na poesia. Neste último domínio destaco o francês Victor Hugo que, com ênfase nos discursos proferidos no Congresso Internacional da Paz (Paris/1849) e na Assembleia Nacional Francesa (1871) já ansiava a criação dos Estados Unidos da Europa³²⁵. Em pronunciamento eloquente, no qual faz uso recorrente da expressão “um dia virá” (*un jour viendra...*) ele afirmava a fraternidade enquanto mandamento divino e defendia a formação de uma federação pacífica, composta por Estados que, sem perder as suas qualidades distintas e individualidades, iriam fundir-se numa unidade superior: uma fraternidade europeia³²⁶.

Tal como a maioria dos “idealizadores” de uma união da Europa que descrevo a seguir, ele também ansiava a abertura dos comércios dos Estados, mas se destaca dos demais por declarar que nesta fraternidade que “um dia virá” o voto substituirá as bombas e será formado um Senado, que para a Europa será tal qual um Parlamento³²⁷.

No domínio filosófico Immanuel Kant³²⁸ defendia em 1795 “a ideia da celebração de acordos entre os representantes dos povos liberais da Europa”³²⁹. Neste pacto, que denominou de projeto filosófico, ele revisita a dimensão da ideia estoica do cosmopolitismo³³⁰. Também por isso, Giuseppe Tosi afirma que a União Europeia é “a realização, quase que literal, do sonho kantiano de *A Paz Perpétua*”, pois, apesar do projeto ser comumente associado à criação das Nações Unidas, este se aplica ainda mais a União Europeia, de modo que os seus três artigos definitivos parecem ter servido,

³²⁵ O termo "Estados Unidos da Europa" foi usado não apenas por Victor Hugo, mas também, posteriormente, na Assembleia Nacional Francesa, em 1871. Trotsky criou o slogan "Para os Estados Soviéticos Unidos da Europa" em 1923 e este foi o título de um livro de 1931 do político francês Edouard Herriot. Cf. http://pt.wikipedia.org/wiki/Estados_Unidos_da_Europa.

³²⁶ Cf. *Discours d'ouverture. Congrès de la Paix 1849*. Disponível (versão em francês) em https://fr.wikisource.org/wiki/Congr%C3%AAs_de_la_Paix_1849.

³²⁷ *Idem*.

³²⁸ KANT, I. (2009) *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Op. cit.

³²⁹ SILVEIRA, A. (2011b) *Princípios de Direito da União Europeia*. Op. cit. p. 20.

³³⁰ Cf. BOBBIO, N. (2004) *A era dos direitos*. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier. Ainda segundo Bobbio, Kant não foi o único a elaborar projetos cosmopolitas a partir do século XVIII, mas sem dúvidas, o seu foi o mais célebre. Sobre outras ideias de integração europeia, ver também ROTTERDAM, Erasmo de. Lamento da paz, 1517.

neste caso, como uma espécie de guia³³¹. Isto porque, embora na idealizada paz perpétua kantiana prefigurasse, com destaque, o direito a uma espécie de cidadania mundial, a paz entre as nações europeias ocupou nesta acepção um lugar central³³². O seu projeto remete a um ideal de paz universal, algo que naquele contexto significava, a paz entre as grandes potências europeias³³³.

O período pós-Primeira Grande Guerra

Porém, com o advento das duas grandes guerras e as tensões no período decorrido entre estas, a paz do projeto kantiano estava distante do continente europeu. Não era temporária e tampouco permitia a qualquer razão, por mais otimista, que fosse perpétua. O que se viu foi uma era de hostilidade entre as nações que eram os maiores centros de cultura e de ideias do mundo ocidental³³⁴. Refletir sobre a Europa neste período implica, pois, em pensar também sobre as guerras, que conduziam as mentes e as ações políticas “mesmo quando os canhões se calavam e as bombas explodiram”³³⁵. Sobre o período das guerras, Eric Hobsbawm descreve a Europa como:

uma civilização capitalista na economia; liberal na estrutura legal e constitucional; burguesa na imagem de sua classe hegemônica característica; exultante com o avanço da ciência, do

³³¹ TOSI, G. (2010) Realismo e cosmopolitismo nas relações internacionais. In SANTORO, E. [et al] (Org.). *Direitos humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre: Tomo Editorial. p. 53

³³²Essa é uma ideia que vai influenciar muitos dos teóricos da democracia do século XX, como Bobbio, Habermas e Rawls. Mas Kant não foi um filósofo defensor da democracia – tanto que no Primeiro artigo definitivo ele expressa sua rejeição pelo modelo democrático e a sua defesa da constituição republicana. Mesmo assim, é possível pensar que a democracia contemporânea se aproxima da perspectiva do que Kant chamava de república. Esta é uma ideia presente e desenvolvida por Luciano da Silva (2013) *Progresso como emancipação da humanidade na filosofia da história de Kant*. (Tese de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia - Doutorado Integrado UFPB-UFPE-UFRN). João Pessoa: UFPB.

³³³ Ainda antes de Kant a obra de Charles-Iréné Castel de Saint-Pierre, o Abade de Saint Pierre, que em 1713 elaborou o *Projeto para tornar perpétua a paz na Europa*. Esta obra tem forma similar a um tratado no qual, em suma, os Estados soberanos consentem na formação de uma sociedade europeia. SAINT-PIERRE, A. (2003) *Projeto para tornar perpétua a paz na Europa*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. E ainda o ensaio de Jeremy Bentham, publicado em 1843, no qual ele propõe ser condição para a paz perpétua “a redução e fixação da força das diversas nações que compõem o sistema europeu” In BENTHAM, J. (2012) *Um plano para uma paz universal e perpétua*. BJIR – *Braslian Journal of International Relations*. Vol 1. Ed. 1. p. 174. Disponível em <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/bjir/article/view/1832/1537>

³³⁴ Como bem o disse Ferreira “a Segunda Guerra Mundial, com o seu cortejo de horrores, está ainda aí para nos recordar como é possível que sejam violadas as mais elementares regras de decência humana. FERREIRA, E. P. (2014) *Da Europa de Schuman à não Europa de Merkel*. Lisboa: Quetzal. p. 166.

³³⁵ HOBBSAWM, E. (2009) *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras. p. 30. Segundo ele, as décadas entre a eclosão da Primeira e o fim da Segunda Guerra (a que chamou de Era da Catástrofe) poder ser considerado um marco do colapso da civilização ocidental.

conhecimento e da educação e também com o progresso material e moral; e profundamente convencida da centralidade da Europa. (HOBSBAWM, 2009, p. 16)

Das análises contextuais, se destaca ainda a de John Maynard Keynes³³⁶ que o fez enquanto contemporâneo dos eventos, no auge dos anos de 1919, e descreveu a Europa como um continente não autossuficiente, sobretudo em relação aos alimentos, com um imenso agregado populacional distribuído desigualmente em densos centros industriais. Segundo ele, a população estava habituada a um padrão de vida alto e se sustentava, “por meio de uma organização delicada e de imensa complexidade, tendo como fundamentos o carvão, o ferro, o sistema de transporte e um suprimento contínuo de alimentos e matérias primas trazidos do exterior”³³⁷.

Da análise de Keynes deriva que, desde a primeira metade do século passado, o fenômeno da densidade demográfica desigual e o padrão de vida relativamente alto não era uma novidade, de modo que o *standard* europeu, mesmo após os inegáveis abalos das guerras, permaneceu pelos séculos. Segundo o autor, desde aquele período o carvão e o ferro eram fundamentos de sustentabilidade e bases da economia da Europa. Isto vai importar sobremaneira na construção da União Europeia que estava por vir.

Foi justamente neste período de pós-Primeira Guerra que surgiu o chamado Plano Briand (1929), um marco das tentativas de entendimento entre França e Alemanha. Aristide Briand³³⁸, então Ministro dos Negócios Estrangeiros da França (1924-1932) e Gustav Stresemann (Ministro dos Negócios Estrangeiros da Alemanha) tiveram papel ativo na Conferência de Locarno (1925) que havia marcado o bom

³³⁶ KEYNES, J. M. (1920) *The economic consequences of the peace*. New York: Harcourt Brace and Howe. Digitizing sponsor Wellesley College Library. Esta obra é reconhecida uma reação indignada do autor com o tratamento dispensado pelo Tratado de Versalhes à Alemanha. Segundo Amartya Sen, Keynes não estava naturalmente se contrapondo ao fim da guerra ou da necessidade de um Tratado, mas sim do tratamento de austeridade extrema que fora imposto a Alemanha. Termo este [austeridade] que volta a despertar muito interesse na Europa neste início de século XXI. SEN, A. (2015b) *The economic consequences of austerity*. Versão Editada. Disponível em <http://www.newstatesman.com/politics/2015/06/amartya-sen-economic-consequences-austerity>. Acerca desta indignação, também Eric Hobsbawm a ressaltava, mas acrescenta que “a insatisfação com o *status quo* não se restringia aos Estados derrotados, embora estes, notadamente a Alemanha, sentissem que tinham bastantes motivos para ressentimento [...]. Todo partido na Alemanha [...] combinava-se na condenação do Tratado de Versalhes como injusto e inaceitável”. HOBSBAWM, E. (2009) *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras. p. 43.

³³⁷ KEYNES, J. M. (1920) *The economic consequences of the peace*. Op. cit. p. 108.

³³⁸ Aristide Briand foi um político francês, que ocupou o cargo de primeiro-ministro da França por seis vezes, Ministro das Relações Exteriores por dezessete vezes, destacando-se os períodos entre 1915-17, 1921-24 e 1925-31, tendo ainda sido agraciado com o Nobel da Paz no ano de 1926. Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Aristide_Briand.

momento da relação entre seus países. O primeiro, definido como um idealista, e o segundo, como calculista, estiveram à frente das relações intereuropeias entre 1926 e 1929³³⁹. Para Briand, a conciliação entre os dois inimigos históricos era uma pré-condição para a paz na Europa³⁴⁰.

Observa-se que desde então o eixo franco-alemão protagoniza as tentativas de integração e de formação de uma união pacífica e econômica, constituindo uma espécie de núcleo duro dos projetos que estavam por vir. Neste aspecto, a variável consiste na participação (ou não) de outros Estados. Em suma, o Plano Briand retomava uma ideia de Coudenhove-Aristide Kallergi³⁴¹, então chamada de Pan Europa, considerada como um conceito político, e não geográfico³⁴². Era um projeto continental, mas que excluía a Grã-Bretanha imperial e ultramarina, bem como a Rússia. Ambos propunham uma espécie de “laço federal” entre os Estados europeus³⁴³ que eram partes da então Liga das Nações. Briand havia, inclusive, defendido em Genebra a criação de uma Federação Europeia³⁴⁴. Vê-se no seu *Memorandum sur l'organisation d'un régime d'Union Fédérale Européenne* (1930) que o projeto intentava estabelecer uma política de permanente solidariedade e coesão³⁴⁵. Evidencia-se a advertência de que esta associação de Estados atuaria, sobretudo no domínio econômico, algo próximo dos fundamentos de construção da União Europeia que ganhará força e concretude cerca de vinte anos depois.

Contudo, a reviravolta econômica deflagrada pela quebra da Bolsa de Valores americana (1929) rompeu os fios que conduziam a uma Liga na Europa, quer fosse de natureza econômica ou política³⁴⁶. A integração mais uma vez restou distante entre Estados que se dividiam entre regimes autoritários e democráticos. No período

³³⁹ SARAIVA, J. F. S. (org.) (2008) *História das relações internacionais contemporâneas: da sociedade internacional do Século XIX à era da globalização*. São Paulo: Saraiva.

³⁴⁰ SARAIVA, J. F. S. (org.) (2008) *História das relações internacionais contemporâneas: da sociedade internacional do Século XIX à era da globalização*. Op cit.

³⁴¹ Segundo Mello, o Conde Richard de Coudenhove-Kallergi tem sido considerado, como o “pioneiro do movimento em favor de uma Europa unida”, que era “a expressão do cosmopolitismo da antiga Europa aristocrática”. Ele era “filho de uma japonesa e de um austríaco de origem holandesa-grega, era austríaco de nascimento e tornou-se tcheco após o Tratado de Saint-Germain” E se naturalizou francês em 1939. MELLO, C. A. (1996) *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar. p. 129.

³⁴² Conforme publicado no livro *Panurope*, em 1923. MELLO, C. A. (1996) *Direito internacional da integração*. Op. cit. p. 129.

³⁴³ FERREIRA, J. M. (2013) *Não há mapa cor-de-rosa*. Op. cit.

³⁴⁴ SARAIVA, J. F. S. (org.) (2008) *História das relações internacionais contemporâneas: da sociedade internacional do Século XIX à era da globalização*. Op. cit.

³⁴⁵ *Memorandum sur l'organisation d'un régime d'Union Fédérale Européenne*. Disponível em <https://www.wdl.org/fr/item/11583>

³⁴⁶ FERREIRA, J. M. (2013) *Não há mapa cor-de-rosa*. Op. cit.

entreguerras os riscos do nacionalismo exacerbado estavam à espreita³⁴⁷ e as instituições da democracia liberal praticamente desapareceram³⁴⁸. Isso acabou por ocasionar uma espécie de “volta de páginas”³⁴⁹ nas relações franco-germânicas em particular, e nas internacionais como um todo.

Somada a tal evento, “a subida ao poder de Hitler em Berlim aperta o laço no fim de um período promissor na perspectiva europeia (1925-1931), e ilustra a tendência geral para a autarquia econômica no continente e para o intervencionismo do Estado”³⁵⁰. Embora a ascensão de Hitler não tenha sido consensualmente percebida como um *turning point* das relações internacionais, me parece claro que o foi³⁵¹. E, assim como nas outras tentativas registradas, mais uma vez um projeto de integração que tinha avanços graduais, retrocedeu abruptamente.

Fato curioso é que o *Führer* pode figurar também dentre aqueles que tencionaram uma integração da Europa, embora, como a história não deixa espaços para crer no contrário, ele pretendia fazer uso de meios inconcebíveis para quem quer que tenha em mente um projeto de paz e união. Assim, em documento datado de 27 de setembro de 1941, estava entre as propostas alemãs durante a II Guerra a ideia de uma “Europa Federal”³⁵².

O nascimento deste projeto germânico estaria sob a liderança e proteção dos Estados aos quais Hitler considerava como sendo os mais fortes. No centro desta “Nova Europa”, chamada posteriormente de “Europa Fortaleza” estariam mais uma vez a Alemanha em aliança com a França – bem como a Itália e seus aliados, todos supostamente ligados por um espírito de cooperação entre os povos. Quanto à Grã-Bretanha, estava excluída. Sabe-se que Hitler, a propósito, considerava que a exclusão do Reino Unido era imprescindível para construir uma unidade na Europa. À Alemanha caberia contribuir “com a sua força, disciplina e demais componentes de organização e proteção”³⁵³.

³⁴⁷ KRUGMAN, P. (2009) *A crise de 2008 e a economia da depressão*. Rio de Janeiro: Elsevier.

³⁴⁸ HOBBSAWM, E. (2009) *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras.

³⁴⁹ FERREIRA, J. M. (2013) *Não há mapa cor-de-rosa*. Op. cit.

³⁵⁰ FERREIRA, J. M. (2013) *Não há mapa cor-de-rosa*. Op. cit. p. 63.

³⁵¹ SARAIVA, J. F. S. (org.) (2008) *História das relações internacionais contemporâneas: da sociedade internacional do Século XIX à era da globalização*. São Paulo: Saraiva.

³⁵² FERREIRA, J. M. (2013) *Não há mapa cor-de-rosa*. Op. cit. p. 67-69.

³⁵³ “Hitler desenvolve as suas principais ideias sobre a política europeia da Alemanha: 1ª Dotar a Alemanha dos meios econômicos, políticos e militares necessários para fazer dela a principal potência da Europa Central; 2ª Manter a Grã-Bretanha afastada das

Quanto aos opositores, ele declarava que nada tinham a oferecer em troca. Nesta “Nova Europa” os vistos e os passaportes seriam eliminados e não persistiria a divisão em pequenas nações. Mas, como se diz, se até Mussolini temia as ambições anexionistas de Hitler, este não pode ser considerado a rigor como um projeto de integração. Parece-me mais uma ideia de fusão ou dominação, que teria a Alemanha – outrora humilhada pelos resultados da guerra e imposições do Tratado de Versalhes de 1919, no topo das decisões e do comando da Europa.

A democracia europeia no pós-Segunda Grande Guerra

Ao reconduzir o foco da questão para o processo de consolidação e os revezes da democracia na história recente europeia, se pode auferir que entre os anos de 1917 e 1942 esta restou apenas em “uma borda da Europa”, ao mesmo tempo em que avançavam o fascismo, os nacionalismos e os regimes autoritários³⁵⁴. Segundo José Medeiros Ferreira, quando analisa os regimes políticos na Europa do pós-guerra, a instabilidade democrática é reacesa com o advento das ditaduras na Espanha, Portugal, Polônia, Lituânia, Iugoslávia, Bulgária, Romênia, Estônia, Letônia e Grécia.

Grande parte dos Estados europeus passou a adotar regimes autoritários e os sentimentos nacionalistas estiveram presentes em um número considerável dessas viragens das democracias³⁵⁵. Neste contexto tão adverso, a permanência da democracia no mundo europeu é atribuída não às suas forças internas, mas a uma “aliança bizarra e temporária” entre dois antagonistas clássicos: o comunismo e o capitalismo liberal³⁵⁶.

Isto porque derrotar o fascismo e o nazismo, personificado na figura de Hitler, se tornou a causa comum de liberais, socialistas, democratas e comunistas. As negociações com a “Alemanha de Hitler” jamais poderiam ser guiadas pelos parâmetros das relações internacionais, o que fazia da Alemanha e do seu nacionalismo exacerbado algo ilimitado e irracional³⁵⁷.

questões europeias; 3ª Conquistar um “espaço vital” a Leste para proteger a população alemã e explorar certas matérias-primas; 4ª Procurar o domínio da raça ariana; 5ª Preparar a “Nova Europa”, assim criada para a confrontação com os Estados Unidos da América”. FERREIRA, J. M. (2013) *Não há mapa cor-de-rosa*. Op. cit. p. 67-69.

³⁵⁴ HOBBSAWM, E. (2009) *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras.

³⁵⁵ FERREIRA, J. M. (2013) *Não há mapa cor-de-rosa*. Op. cit. p. 46-47.

³⁵⁶ *Idem*.

³⁵⁷ Daí até mesmo EUA e URSS terem se colocado do mesmo lado. HOBBSAWM, E. (2009) *Era dos extremos: o breve século XX*:

Outro aspecto relevante para contextualizar a Europa do século XX foi a diminuição da sua população proporcionalmente ao resto do mundo, que passou de um terço para cerca de um sexto da humanidade. Muitas indústrias migraram para outras regiões e a maior parte das grandes potências, que em 1914 eram todas europeias, havia desaparecido ou sido reduzidas³⁵⁸. Naquele cenário, a Europa perdera muitos cidadãos, mão-de-obra trabalhadora e, logicamente, parte significativa do seu mercado consumidor. Assim, apesar do termo dos conflitos bélicos e do fim da chamada “era da catástrofe”³⁵⁹, as perspectivas de futuro não eram alentadoras. A paz, além de um ideal era uma necessidade. Continuaram, portanto, surgindo tentativas dos termos de uma possível e não menos ansiada união entre os Estados europeus.

Foi nesta conjuntura pós-guerra, de turbulência social, econômica e descontinuidades democráticas, que nos anos de 1946 surgiu um novo projeto de integração e que teve à frente Winston Churchill. Esta se consubstanciava como unificador e mantinha o “modelo” de ideias anteriores quanto à permanência do eixo franco-alemão no centro da questão.

Na contramão do que apregoava Hitler a respeito da nocividade da Grã-Bretanha, Churchill defendia que o renascimento da Europa necessitava da França e da Alemanha. Neste caso, a não inclusão da Grã-Bretanha era por razão diversa: Churchill entendia que a sua nação de origem já tinha a sua própria *Commonwealth*, daí não estar incluída neste projeto³⁶⁰.

Considerando a impossibilidade de alcançar as reais intenções do ex-primeiro ministro, depreende-se do seu discurso a necessidade de deixar de contemplar o passado, pois somente numa Europa unida seria assegurada a paz e garantidos os avanços do continente. Para Churchill era “imperioso construir uma espécie de Estados Unidos da Europa”³⁶¹. Só desta forma é que os trabalhadores europeus poderiam recuperar as esperanças que davam sentido à vida³⁶². No seu *Discurso à juventude*

1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras. p. 149.

³⁵⁸ HOBBSAWM, E. (2009) *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras.

³⁵⁹ “O lançamento da bomba atômica sobre Hiroxima e Nagasaki em 1945 não foi justificado como indispensável para a vitória, então absolutamente certa, mas como um meio de salvar vidas de soldados americanos” (HOBBSAWM, 2009, p. 33-34).

³⁶⁰ Segundo Soromenho-Marques, por sinal, para se compreender a Europa almejada por Churchill é imprescindível perceber a relevância da *Commonwealth*, porque o que ele desejava era “uma Europa continental, federal, pacificada, para maior grandeza e sossego do Império Britânico. SOROMENHO-MARQUES, V. (2014) *Portugal na queda de Europa*. Op. cit. p. 200.

³⁶¹ FERREIRA, E. P. (2014) Da Europa de Schuman à não Europa de Merkel. Op. cit.

³⁶² FERREIRA, E. P. (2014) *Da Europa de Schuman à não Europa de Merkel*. Op. cit. p. 15.

acadêmica, proferido na Universidade de Zurique, ele reafirma a defesa de uma integração europeia, de modo que o remédio para uma Europa livre era o laço entre os povos e Estados³⁶³.

Por fim, a célebre Declaração Schuman³⁶⁴ (1950) trazia dentre os seus princípios que a secular oposição entre a França e a Alemanha deveria ser eliminada, de modo que a proposta da nova entidade que seria criada (a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço) interessaria a estes dois Estados, e estaria aberta à participação das outras nações europeias que partilhassem dos seus objetivos. Assim, a então iniciativa francesa de elaboração do que viria a ser o tratado constitutivo da CECA, foi convertida numa iniciativa franco-germânica³⁶⁵. De acordo com o plano Schuman, reaproximavam-se os maiores antagonistas das duas grandes guerras justamente no setor das matérias-primas que mais os interessava (as produções do carvão e do aço), “objetivando formar uma união econômica entre os Estados europeus”³⁶⁶.

Do exposto, vê-se que há séculos a ideia de uma união da Europa vinha sendo elaborada, na qual a paz e as relações econômicas mantêm-se como pilares essenciais. Embora com moldes distintos, deste retorno histórico é possível auferir três elementos para a discussão aqui proposta. Primeiro o de que, quer seja em nome da paz, de segurança ou de economias competitivas, nos projetos mencionados os Estados nacionais abdicam parte das suas soberanias. Vê-se que desde o Memorando francês da década de 1930, a configuração da cooperação europeia tinha por propósito uma união, mas não uma unidade, que deveria ser “flexível o suficiente” para respeitar a independência e a soberania dos Estados, mas assegurar as vantagens desta solidariedade coletiva³⁶⁷. Era evidente a necessidade de abrir as fronteiras e confluir

³⁶³ Cf. https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/winston_churchill. Poucos anos depois (abril de 1948) foi formada a Organização Europeia de Cooperação Econômica – OEEC. Esta era constituída por dezesseis Estados e tinha dentre seus objetivos os de reduzir os obstáculos tarifários das importações. O propósito maior era o de desenvolver o comércio internacional. Os Estado em questão eram Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Grã-Bretanha, Grécia, Irlanda, Islândia, Itália, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Suécia, Suíça e Turquia. Cf. POZZOLI, L. (2003) *Direito Comunitário Europeu: uma perspectiva para a América Latina*. São Paulo: Editora Método. p. 63.

³⁶⁴ Então Ministro de Relações Exteriores francês Roberto Schuman.

³⁶⁵ FONTAINE, P. (2000) *Uma ideia nova para a Europa*. A declaração Schuman. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias.

³⁶⁶ POZZOLI, L. (2003) *Direito Comunitário Europeu: uma perspectiva para a América Latina*. Op. cit.. p. 64.

³⁶⁷ *Memorandum sur l'organisation d'un régime d'Union Fédérale Européenne*. Subtítulo *Nécessité d'arrêter d'avance les directives essentielles qui devront déterminer les conceptions générales du Comité européen et le guider dans son travail d'étude pour l'élaboration du programme d'organisation européenne*. Disponível em <https://www.wdl.org/fr/item/11583>.

para uma unificação com os Estados vizinhos se constituindo num modo de organização que não encontra perfeita correspondência no direito internacional, mas que se assemelhava a uma espécie de contrato social entre os Estados europeus.

O segundo elemento é que, com base apenas nos relatos históricos não há como se aferir até que ponto (ou mesmo se) a integração era ansiada pelas populações de um modo geral. O que se registrou foram ações de grandes estadistas, homens de influência e renome nos cenários políticos das suas épocas, oriundos de Estados que já se destacavam no cenário europeu e mundial. Outros eram ex-combatentes das frentes de guerra, mas também com papéis destacados, ou pensadores e filósofos que tinham a paz como ponto de reflexão importante após uma longa história de conflitos e perdas. A Europa estava esgotada de estragos materiais e financeiros que vinham atrelados às tragédias pessoais, fossem por razões econômicas, desastres materiais ou perdas de vidas humanas. Ao que parece é pertinente a afirmação de Jürgen Habermas de que

na sua forma atual, a Europa deve sua existência aos esforços de uma elite política que pôde contar até aqui com o consentimento passivo de populações mais ou menos incluídas no processo, assim como daqueles que podiam esperar dele alguma vantagem econômica. A união se legitimou frente aos cidadãos europeus graças, sobretudo, a seus resultados, e não exatamente como afirmação de uma vontade política comum. (HABERMAS, 2014, p. 13)

Wladimir Brito é um dos autores que aponta para este mesmo aspecto de crítica da construção da União Europeia. Segundo ele, os eurocratas instituíram uma união, o passo decisivo para a construção europeia, “sem que os povos que diziam estar a unir fossem ouvidos. Os povos europeus dormiram com uma comunidade e acordaram com uma União”. De acordo com o autor, a construção da Europa não deveria estar nas mãos dos “iluminados eurocratas”, mas sim dos povos europeus. Este processo não seria uma questão para resolver-se em gabinetes, como se fez crer, sem nunca procurar saber, conseqüentemente de modo democrático, que Europa os povos europeus gostariam de ter ou como aquela deveria ser construída³⁶⁸. Em artigo mais recente, o autor reafirma tal entendimento e atribui à integração europeia – e à “tecno-burocracia” que efetivamente tem o poder de decisão – o esvaziamento da política e da própria democracia multinível europeia³⁶⁹.

³⁶⁸ BRITO, W. (2007) Algumas Questões sobre o Actual Modelo de Construção da Europa. In SILVEIRA, A. (Coord.) *50 Anos do Tratado de Roma*. Lisboa: Quid Juris. p. 129.

³⁶⁹ BRITO, W. (2017) 40/30 de Constituição e de Integração. A crise nacional e europeia da representação. *UNIO. EU Law Journal*.

Esta é uma constatação que conduz a importante questão da substância democrática nos projetos de construção europeia. O que se percebe é que desde o projeto filosófico de Kant até meados do século XX, a democracia (ao contrário da paz e dos aspectos económicos) não figurava dentre os valores fundantes ou princípio jurídico nos quais se assentaria a União, seja qual fosse a denominação que esta última tivesse no contexto. O recorrente nos textos, apenas para citar um exemplo, não era a expressão cidadão, pois não era comum a referência direta aos nacionais dos Estados, mas sim aos povos da Europa. Esta é uma particularidade que guarda deferência para muito além da literalidade.

De todo modo foi após cessarem os conflitos da Segunda Guerra, numa reação característica após as grandes crises, surgiram movimentos humanistas inspirados nas grandes revoluções liberais e que tinham plataformas em prol da paz, dos direitos fundamentais e humanos. É preciso considerar que a Europa foi o primeiro continente a desenvolver as bases para uma Corte de Direitos Humanos, o que se deu em 1959³⁷⁰.

Com os esdrúxulos desgastes bélicos e inúmeras mortes restava claro que o destino da humanidade não seria longo ou suportável caso episódios tão destrutivos como aqueles voltassem a ocorrer³⁷¹. Foi neste ínterim que se deu a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) que privilegiou a garantia da liberdade, dos direitos fundamentais e baseava-se na proteção da dignidade da pessoa e promoção da paz, da democracia e do progresso. Parece ter sido esta um reflexo da adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) da Declaração de 1948, o que dava os contornos de um quadro jurídico voltado também para o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais³⁷².

Uma vez sendo compromisso internacional, a União Europeia que irá surgir em seguida nasceu como “uma organização internacional dotada de competências essencialmente de natureza económica, razão pela qual, inicialmente, não havia percepção da necessidade de estabelecer normas relativas ao respeito dos direitos

Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Universidade do Minho. V. 3. N.º 1. pp 25-32. Disponível em <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%203/UNIO%203%20PT/Wladimir%20Brito.pdf>.

³⁷⁰ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

³⁷¹ RODRIGUES, J.C. (2012) *Sobre a abundância de direitos em tempos de crise*. Op. cit. p. 13. e BOBBIO, N. (2004) *A era dos direitos*. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier.

³⁷² TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

fundamentais³⁷³”. De todo modo, sobre “essa” Europa ainda nos anos cinquenta, Cunha Rodrigues alerta que era uma Europa “funcionalizada por duas dimensões”. Uma dimensão tinha à frente o Conselho da Europa e se ocupava dos direitos fundamentais; enquanto a outra foi a prosseguida pelas Comunidades, que prezavam pelas liberdades econômicas e estava mais centrada na noção de povos que na de cidadãos³⁷⁴.

Do exposto se vê que importa refletir sobre o estado da democracia quando do surgimento da União Europeia (embora ainda não tivesse tal denominação) de modo a compreender como se deu a sua lenta ascensão a valor, princípio fundamental e pré-requisito de adesão de um Estado, conforme atualmente elencado nos tratados. Percebem-se também os perigos que estavam à espreita da democracia, desde o início do século passado, como os nacionalismos e as suscetibilidades às crises econômicas.

2.1. Dos escombros da Segunda Guerra, nasce uma União

*Ao contrário dos reinos e impérios da história,
que tiveram a sua origem em mitos ou vitórias heroicas,
a União Europeia nasceu da agonia da guerra
e em resposta ao horror do Holocausto.*

Ulrich Beck, *In A Europa Alemã*.

O passo político decisivo no processo de formação da União Europeia se deu poucos anos após o fim da Segunda Guerra, a partir de tentativas de melhor organizar interna e internacionalmente o continente³⁷⁵, bem como abrir os mercados e recuperar moral e economicamente a Europa³⁷⁶. A paz entre os Estados era àquela altura uma espécie de imperativo moral, somado a outros objetivos mais pragmáticos (leia-se, econômicos) que foram significantes nas decisões que se seguiram.

³⁷³ Cf. *Fichas técnicas sobre a União Europeia*. Parlamento Europeu. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.6.html

³⁷⁴ RODRIGUES, J.C. (2012) *Sobre a abundância de direitos em tempos de crise*. Op. cit.

³⁷⁵ FERREIRA, J. M. (2013) *Não há mapa cor-de-rosa*. Op. cit. p. 33. Neste instigante livro o autor explica o seu título: “não há mapa cor-de-rosa como aviso contra o fútil espírito dos que procuram sempre uma saída utópica e messiânica para as dificuldades do dia [...] E para perceber o que se passa na União Europeia é preciso arrear a forte e densa dogmática erguida à sua volta, a começar pelo culto dos mitos fundadores” (FERREIRA, 2013, p. 12)

³⁷⁶ POZZOLI, L. (2003) *Direito Comunitário Europeu: uma perspectiva para a América Latina*. Op. cit. Também no sentido da integração europeia como um empreendimento moral ver FONTAINE, P. (1988) *Jean Monnet, um grande objetivo para a Europa*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias.

Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

São considerados idealizadores e fundadores da União Europeia, nomeadamente franceses e alemães³⁷⁷. A estes é atribuída a percepção de que “o mercado comum seria um instrumento de transformação não só econômico, mas também psicológico”³⁷⁸. Deu-se então em Paris, em 18 de abril de 1951, a assinatura do Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço³⁷⁹ (CECA), celebrado entre os governos da Alemanha, Holanda, Bélgica, Itália, Luxemburgo e França.

Foi este um evento marcante para o processo de integração que tem como marco formal o Tratado de Roma, que virá adiante. Como a maior parte dos tratados que se seguirão este terá impacto no direito e na ordem constitucional interna dos Estados-Membros³⁸⁰. Dentre seus objetivos estava o de “tornar interdependentes os setores do carvão e do aço”³⁸¹, de modo que as produções de tais matérias-primas seriam submetidas a uma Alta Autoridade comum. Logo, percebe-se que esta “solidariedade de produção” e fiscalização mútua tornaria a guerra entre a França e a Alemanha materialmente impossível.

No Preâmbulo, o Tratado³⁸² expressava a necessidade de salvaguarda da paz, evidenciava as ideias de manutenção de relações pacíficas, solidariedade e elevação do padrão de vida³⁸³. Era clara a influência (em vários pontos, literal) da Declaração Schuman³⁸⁴ (1950), que mencionava que a Europa não seria feita de um só golpe, nem mesmo numa construção de conjunto, mas “por meio de realizações concretas que criem

³⁷⁷ Dente estes Jean Monnet, Robert Schuman, Konrad Adenauer, Joseph Bech, Johan Beyen, Winston Churchill, Alcide De Gasperi, Walter Hallstein, Sicco Mansholt, Paul-Henri Spaak, Altiero Spinelli.

³⁷⁸ Cf. SILVEIRA, A. (2011b) *Princípios de Direito da União Europeia*. Op. cit. p. 22.

³⁷⁹ O Tratado entrou em vigor em: 23 de julho de 1952 e, como previsto, teve vigência até 23 de julho de 2002.

³⁸⁰ CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina

³⁸¹ Tratados da União Europeia Disponível em http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_pt.htm#10. Acesso em 02 de março de 2015.

³⁸² Os tratados foram definidos (de forma ampla) na Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regidos pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. RANGEL, V. M. (2010) *Direito e relações internacionais: legislação internacional anotada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 216.

³⁸³ Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11951K:PT:PDF>. Acesso em 29/03/2013.

³⁸⁴ In FONTAINE, P. (2000) *Uma ideia nova para a Europa*. Op. cit. Anexo 1.

em primeiro lugar uma solidariedade de fato”³⁸⁵. Deste modo, observa-se a importância do fomento da paz entre as nações, bem como da união de forças econômicas, criando um mercado comum, que eliminasse gradativamente as fronteiras comerciais. A democracia, contudo, não é sequer mencionada.

Neste tratado se evidenciava a renúncia (ainda que em setores restritos) de parte das soberanias nacionais em prol da constituição de uma comunidade supranacional e a tentativa de dar às matérias-primas de guerra um viés pacificador. A CECA era dotada de personalidade jurídica nas relações internacionais e a integração europeia foi ganhando força através de um aprofundamento mais significativo, elaborado por meio de tratados.

Segundo Wilhelm Lehmann³⁸⁶ a CECA inaugura a primeira fase da democracia europeia, pois a opinião difusa era a de que a única correção institucional necessária para concluir o progresso democrático da União Europeia era reforçar o papel do Parlamento Europeu. Nesta etapa, em que já havia um ceticismo acerca da legitimidade das Comunidades Europeias, o objetivo das propostas era o de acelerar o processo de integração. Não consideravam a obsolescência da teoria liberal da democracia herdada ainda do tempo da criação do Estado-nação tradicional. Daí as reformas institucionais dos anos setenta se centrarem-se no Parlamento Europeu. Na sua reflexão sobre a democracia ao nível da União Europeia, ele afirma que por mais de trinta anos a atenção dos juristas da integração não se voltava para o princípio da democracia, mas para o do Estado de direito. Neste período a democracia estava presente mais como uma exigência política, e não um princípio jurídico que a União Europeia era obrigada a cumprir³⁸⁷.

³⁸⁵³⁸⁵ Este excerto bem como o texto integral da Declaração Schuman estão disponíveis em https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_pt

³⁸⁶ LEHMANN, W. (2010) *Democrazia europea, identità costituzionale e sovranità*. La sentenza sul trattato di Lisbona della corte costituzionale tedesca: alcune ripercussioni sulla dottrina costituzionale europea. Policy Department C-Citizens' Rights and Constitutional Affairs European Parliament. Brussels. p. 24 ss. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

³⁸⁷ *Idem*.

Tratado de Roma (Comunidade Económica Europeia)

Surgiu, então, a pretensão da inclusão da energia atômica e o da indústria nuclear, com destaque para os seus usos para fins pacíficos. Assim, em 25 de março de 1957, foi assinado o Tratado de Roma, que se desmembrava em dois: um primeiro, que instituiu a Comunidade Económica Europeia (CEE) e um segundo, que criava a Comunidade Europeia da Energia Atômica (conhecida como Euratom). No corpo do Tratado (CEE) consta que este passava a “lançar as bases de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa”, visando “assegurar o progresso económico por ação comum e desenvolvimento social dos seus países para eliminar as barreiras que dividem a Europa”. Consta, ainda, a intenção de maior aprofundamento da integração europeia e do mercado comum generalizado³⁸⁸. Aqui se percebe o intuito de estreitar os laços entre os Estados, bem como um forte carácter económico que, nos termos de Pedro M. Froufe, já “apontava para um objetivo de estruturação principiológica de uma determinada organização económica, a saber, aquela que se pretendeu construir no âmbito (na base) da integração europeia”³⁸⁹. Segundo o autor, a criação do mercado comum é uma das “notas genéticas” deste tratado³⁹⁰.

Tratados de Adesão

Os tratados foram sendo continuamente alterados pelos chamados “Tratados de Adesão”, respectivamente, nos anos de: (1972) do Reino Unido, Dinamarca e Irlanda; (1979) da Grécia; (1985) da Espanha e Portugal; (1994) da Áustria, Finlândia e Suécia; (2003) do Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Estónia, Hungria, Letónia, Lituânia, Malta, Polónia e República Checa e, por fim, (2005) da Bulgária e Romênia. Mas não somente as novas adesões foram objetos de tratados. De acordo com Wladimir Brito foi principalmente a partir do Ato Único (1986) que “as Comunidades começam a transmutar-se em União”, pois foi através deste que foi anunciado “o

³⁸⁸ Em síntese, entenda-se por mercado comum aquele que promove e visa garantir as conhecidas “quatro liberdades”, quais sejam, livre circulação das pessoas, de serviços, de mercadorias e dos capitais.

³⁸⁹ FROUFE, P. M. (2017) Constituição económica da União Europeia, antes e depois de Lisboa (entre o princípio concorrencial e a “economia social de mercado”). *UNIO - EU Law Journal*. Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Universidade do Minho. V. 3, N.º 1. pp 115. Disponível em <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%203/UNIO%203%20PT/Pedro%20Madeira%20Froufe.pdf>.

³⁹⁰ *Idem*.

mercado interno europeu e o processo de eliminação das fronteiras internas técnicas e físicas que se colocavam à livre circulação dos cidadãos e das mercadorias³⁹¹. Também a maior integração política, jurídica e econômica foi celebrada por meio de tratados e destes, menciono ao menos cinco dos que entendo serem basilares para compreender o contexto da União Europeia.

Tratado de Maastricht (Tratado da União Europeia)

Apesar de todos os passos dados e que foram ao longo das décadas consolidando o projeto europeu, somente em 1992 nasceu a União Europeia³⁹² com esta literal denominação através do Tratado de Maastricht (Tratado da União Europeia³⁹³). Este foi marcante no processo da União Europeia, representando um avanço na integração quando criou instituições comuns, explicitando seu caráter para além do econômico e estabeleceu critérios de política financeira, inclusive relacionando as taxas de inflações dos Estados-Membros.

O Tratado de Maastricht inaugura a doutrinariamente denominada segunda fase da democracia da União Europeia, pois foi somente a partir do TUE a democracia foi inserida nos tratados, sendo refrida não apenas como um fundamento da União, mas como referência aos sistemas dos Estados-Membros³⁹⁴. A atenção se volta para o desequilíbrio dos poderes (com vantagem para o executivo) e de como limitá-lo através do relacionamento com a Comunidade³⁹⁵.

Dentre os objetivos do Tratado estava o de preparar a efetivação da união econômica e monetária, com a criação de uma moeda única (o Euro) a qual diferentes economias poderiam aderir desde que tivessem além do interesse os requisitos pré-estabelecidos para participarem³⁹⁶.

Outro fator a se assinalar vem expresso logo nos seus primeiros artigos e

³⁹¹ BRITO, W. (2017) *40/30 de Constituição e de Integração*. Op. cit. p. 29.

³⁹² Interessante observar que o termo União Europeia surgiu bem antes. Foi Pierre de Brossolette, num encontro entre as juventudes francesas e germânicas, ainda por volta da década de 1930, quem proferiu um discurso intitulado *Aspectos Diplomáticos da União Europeia*, surgindo assim o conceito de União Europeia. FERREIRA, J. M. (2013) *Não há mapa cor-de-rosa*. Op. cit.

³⁹³ Após o Tratado de Lisboa (2007) este passou a chamar-se Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

³⁹⁴ LEHMANN, W. (2010) *Democrazia europea, identità costituzionale e sovranità*. Op. Cit. p. 05 ss.

³⁹⁵ *Idem*

³⁹⁶ Sobre este Tratado, segundo Manuel Castells “enfrentar a concorrência global com a força da União Europeia parecia ser a única chance de salvar a economia europeia e, ao mesmo tempo, prosperar no novo mundo”. CASTELLS, M. (2007) *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra. p. 184.

trata da criação de uma relação “cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos³⁹⁷”. Neste Tratado foi instituída a cidadania da União, concedida a qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um dos Estados-Membros, lhes conferindo o direito a livre circulação e permanência. Este representou um considerável avanço político, embora não tenha obtido os mesmos efeitos no domínio social, ao que parece “reforçando a vitória da Europa liberal sobre a Europa social³⁹⁸”.

Um artigo que merece destaque é o denominado G1 que determina que a expressão “Comunidade Económica Europeia” deve ser substituída por “Comunidade Europeia”. Este parece ser um passo para desmistificar (e marcar) a ideia de que a União Europeia é apenas um conglomerado de Estados unidos por um pacto económico. De fato, é incipiente explicar a União Europeia, com a sua origem jurídica, apenas como uma zona de comércio livre ou como um acordo internacional de comércio, pois “a construção do mercado interno, bem como da integração europeia e dos seus alicerces constitucionais, implica um vasto conjunto de novos valores que ultrapassa largamente os conceitos datados contidos no tratado”³⁹⁹. Assim, segundo o texto do tratado, a criação de um mercado comum e da união monetária visa promover a convergência das economias, mas também a proporcionar “um elevado nível de emprego e de proteção social, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros⁴⁰⁰”.

Mesmo assim, são muitas as críticas a respeito deste Tratado, seja por sua redação complicada, polissêmica ou mesmo por certa “ambivalência em favor do cidadão de mercado”⁴⁰¹. Para outros, este foi “esquisito, inestético e insuficiente”, que colocou a União Económica e Monetária como assunto central e que “levou o próprio Delors a falar, diante do Parlamento Europeu, num OPNI – Objeto Político Não Identificado⁴⁰²”. E, ainda, pela rejeição na França, no Reino Unido e na Dinamarca (que teve inclusive referendium negativo).

³⁹⁷ Tratado de Maastricht. Artigo A. Texto integral disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html> Acesso em 29/03/2013.

³⁹⁸ FERREIRA, E. P. (2014) *Da Europa de Schuman à não Europa de Merkel*. Op. cit. p. 108.

³⁹⁹ MADURO, M. P. (2006) *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*. Cascais: Principia. p. 174.

⁴⁰⁰ Tratado de Maastricht. Artigo A. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html> Acesso em 29 de março de 2013.

⁴⁰¹ RODRIGUES, J. C. (2012) *Sobre a abundância de direitos em tempos de crise*. Op. cit.

⁴⁰² FERREIRA, E. P. (2014) *Da Europa de Schuman à não Europa de Merkel*. Op. cit. p. 108.

Tratado de Amsterdã

Em outubro de 1997 foi assinado o Tratado de Amsterdã que, sobretudo por conta do ingresso de tantos novos membros, reformou a política externa da União Europeia, o controle de fronteiras, além dos critérios de composição e de escolha da Comissão Europeia. Este foi mais um tratado acolhido sem muito entusiasmo pelos defensores da integração política, “devido aos apontados fracos (ou até inexistentes) resultados no que toca à intenção de reforma institucional”⁴⁰³. É neste final dos anos de 1990 que se dá início a terceira fase da democracia da União Europeia que traz consigo uma série de questionamentos acerca da não aplicabilidade dos modelos democráticos tradicionais à estrutura cada vez mais complexa da União Europeia. Daí que, com o alargamento das competências da União e a sua evolução contínua para a aquisição do estatuto de organização política, o debate deveria centrar-se não tanto na noção de déficit democrático, mas também dos déficits das teorias convencionais da democracia, no qual “democracia, legitimidade e constitucionalismo” devem ser adequadamente projetados “a partir de condições de uma realidade pós-nacional”⁴⁰⁴.

Tratado de Nice

Já o Tratado de Nice (2003) provocou grande repercussão, pois além da reforma de diversas instituições União Europeia – que passava a ser constituída por 25 Estados – foi o marco da previsão da criação de uma Constituição Europeia. Para elaboração desta foi composta uma Convenção, formada pelos Estados-Membros, instituições europeias, como o Parlamento Europeu, e, ainda organizações sociais, Igrejas e cidadãos comuns, que participaram de vários fóruns, inclusive pela internet⁴⁰⁵. Esta mobilização da sociedade civil e das instituições europeias a deliberar acerca de uma possível Constituição me parece como sendo um dos primeiros eventos a que cabe destacar quanto à democraticidade e participação efetiva dos cidadãos no aprofundamento da União Europeia.

⁴⁰³ GORJÃO-HENRIQUES, M. (2008) *Direito Comunitário*. Op. cit. p. 84.

⁴⁰⁴ LEHMANN, W. (2010) *Democrazia europea, identità costituzionale e sovranità*. Op. cit.

⁴⁰⁵ PINZANI, A. (2012) Apresentação à edição brasileira. In HABERMAS, J. *Sobre a Constituição da Europa: um ensaio*. São Paulo: Ed. Unesp.

Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa

Como resultado da Convenção mencionada nasce o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (Roma, 2004). No âmbito dos direitos fundamentais este trazia um mecanismo de sanção para os Estados-Membros que violassem de “forma grave e persistente” os princípios previstos, incluía o princípio da igualdade, além de trazer um reforço inequívoco aos direitos sociais fundamentais⁴⁰⁶. Chamado também de Constituição da Europa, o Tratado de Roma dependia da ratificação de cada Estado-Membro, respeitando-se as suas respectivas normas constitucionais (que poderiam prever a consulta popular mediante *referendum* ou a aprovação dos parlamentos nacionais). Ocorre que em 2005, justamente na primeira modalidade, o Tratado foi rejeitado por franceses e holandeses. A recusa da Constituição Europeia marcou um revés ao avanço político e jurídico da União Europeia. Não obstante, não se deu qualquer outro projeto alternativo que apontasse para outra forma de integração. Ao invés foi-se tentando encontrar um momento oportuno para relançar a mesma solução⁴⁰⁷.

Segundo Alessandra Silveira⁴⁰⁸ as recusas populares ao Tratado foram mais por “desencanto dos cidadãos relativamente ao projeto europeu” do que por motivos relacionados ao conteúdo daquele. E argumenta que parece ser “democraticamente duvidoso” que um tratado como um todo, um documento em que constam tantas soluções técnicas detalhadas, possa ser submetido a respostas tão simples como um sim ou um não absoluto.

De fato, embora seja evidente a legitimidade democrática do *referendum* como instrumento de consulta popular, talvez fosse ele mais adequado para consultas em que a resposta da opinião pública pudesse ser dada de forma mais direta e simples. Sendo questão tão complexa e consideradas as especificidades e diversidade de alternativas contidas num Tratado daquele porte, o *referendum* não seria, portanto, perfeitamente adequado ao que se propôs. E desde o julgamento de Jesus, ironiza Kelsen, que os procedimentos democráticos de consulta popular direta podem ensinar

⁴⁰⁶ GORJÃO-HENRIQUES, M. (2008) *Direito Comunitário*. Op. cit. p. 77.

⁴⁰⁷ FERREIRA, E.P. (2014) *Da Europa de Schuman à não Europa de Merkel*. Op. cit. p. 118.

⁴⁰⁸ SILVEIRA, A. (2010c) *Tratado de Lisboa*. Op. cit. p. 11.

argumentos contrários poderosos à democracia⁴⁰⁹.

O *referendum* com resultado negativo na França e na Holanda provocou a chamada “crise constitucional”. O pensador que com a habitual precisão desenvolveu esta temática foi Habermas, que tanto em ensaios como livros publicados trouxe o que seria uma proposta para o patamar de uma questão: Por que a Europa precisa de uma Constituição? Para Habermas⁴¹⁰, a situação da Europa não pode ser comparada a dos Federalistas americanos ou dos franceses do século XVIII. Àqueles, de fato, estavam envolvidos num processo inovador e extraordinário, enquanto a Europa agora traça caminhos já experimentados, de modo que entende que o debate constitucional não é a chave para os problemas. Ele afirma que “o desafio não consiste em *inventar* algo de novo, mas em *conservar* as grandes realizações democráticas do Estado-Nação europeu, para além das suas fronteiras e sob um novo formato. Nova é apenas a entidade que irá surgir ao longo desse caminho”⁴¹¹.

Mas, em contraponto, não nega o “valor simbólico” que tem o surgimento do debate constitucional, afinal, “a Europa não pode surgir à consciência dos seus cidadãos apenas sob a forma do Euro”. Mesmo antes de adentrar especificamente na questão constitucional, Habermas divide sua reflexão em três momentos pontuais: I) as justificativas do projeto de unidade europeia (que ele divide em objetivos originais e problemas presentes); II) se a União Europeia preenche as condições para uma construção federalista, e, em caso afirmativo; III) quem teria legitimidade constitucional para empreender tal projeto.

Neste momento, interessa descortinar, sobretudo, o primeiro item no qual ele retoma aquela que chamo de justificativa clássica da criação da União Europeia: impedir as guerras e fomentar a paz entre as nações europeias. Outro objetivo, que se clarificou com as medidas pós-guerra, era o de ancorar e conter a Alemanha, com seu poder potencialmente ameaçador. E Habermas assevera que este primeiro objetivo perdeu muito do seu significado, não servindo mais para justificar suficientemente uma integração europeia⁴¹². Para o autor, as “elites da União Europeia” substituíram os objetivos primeiros por uma agenda econômica bem mais audaciosa. Segundo o autor, o

⁴⁰⁹ KELSEN, H. (2000) *A democracia*. Op. cit.

⁴¹⁰ HABERMAS, J. (2004) Por que necessita a Europa de uma Constituição? In ROCHA, A. S. E. *Europa, Cidadania e Multiculturalismo*. Braga: Universidade do Minho/Centro de Estudos Humanísticos. pp. 22-23.

⁴¹¹ *Idem*.

⁴¹² *Idem*.

terceiro objetivo (econômico) existiu desde o tempo da criação da CECA, em 1951, mas as motivações econômicas não bastam como motor para a mobilização política da população no sentido de construir este projeto arriscado, que faça jus ao nome de União. Assim o autor sustenta ser preciso que haja orientações de valores comuns.

Num aparte, a que o próprio autor chama polêmico, o filósofo alemão pergunta se os Estados-Nação (de pequenas e médias dimensões) poderão escapar do modelo social atualmente forçado pelo regime econômico mundial, e que, dentre outros momentos, impõe uma visão econômica de uma democracia “que reduz os seus cidadãos ao estatuto de membros de uma sociedade de mercado e redefine o Estado como agente prestador de serviços a clientes e compradores”⁴¹³. Como consequências destes governos voltados à economia, “o debate contemporâneo se reduziu a buscar saídas imediatas para as atuais crises dos bancos, da moeda e da dívida, perdendo-se de vista a dimensão política”⁴¹⁴. Daí que em momentos de crise há o verificado reducionismo à perspectiva econômica.

Tratado de Lisboa

Sendo como foi, pela falta da unanimidade necessária e após discussões entre os países-membros, o projeto da Constituição Europeia foi suspenso (para muitos foi mesmo renunciado) dando lugar ao Tratado de Lisboa, assinado em 2007 e publicado em 2008, em vigor em 01 de dezembro de 2009. Este alterou o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE), que passou a ser designado de “Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”. Assim sendo, o termo “Comunidade” foi substituído por “União” e “a União toma o lugar da Comunidade, sendo a sua sucessora legítima”⁴¹⁵.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a União Europeia dotou-

⁴¹³ HABERMAS, J. (2004) *Por que necessita a Europa de uma Constituição?* Op. cit. p. 28.

⁴¹⁴ HABERMAS, J. (2012) *Sobre a constituição da Europa*. Um ensaio. São Paulo: Editora da Unesp. p. 40.

⁴¹⁵ No seu histórico tem-se que o Tratado de Lisboa “começou por ser um projeto de natureza constitucional lançado no final de 2001 (Declaração do Conselho Europeu sobre o Futuro da União Europeia, ou Declaração de Laeken), tendo sido seguido, em 2002 e 2003, pela Convenção Europeia que elaborou o projeto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (Tratado constitucional). O processo teve origem no resultado negativo de dois referendos sobre o Tratado constitucional realizados em maio e junho de 2005, tendo então o Conselho Europeu reagido decidindo que fosse declarado um «período de reflexão» de dois anos. Cf. Antecedentes do Tratado de Lisboa. Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches_techniques/2013/010105/04A_FT\(2013\)010105_PT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches_techniques/2013/010105/04A_FT(2013)010105_PT.pdf)

se de personalidade jurídica própria (conforme artigo 47.º do TUE), tendo assim retomado as competências que eram conferidas à Comunidade Europeia. O então direito comunitário tornou-se o direito da União Europeia, “compreendendo igualmente todas as disposições adotadas no passado ao abrigo do Tratado da União Europeia na sua versão anterior ao Tratado de Lisboa⁴¹⁶”. A partir de então a União passa a ter “capacidade para concluir tratados internacionais nos seus domínios de competência ou para aderir a uma organização internacional”. Quanto aos Estados-Membros, estes só podem celebrar acordos internacionais que estejam em conformidade com o direito da União.

Cabe aqui o registro de uma particularidade observável na União Europeia: a “economia social de mercado” como base da Europa integrada⁴¹⁷. Este foi um aspecto privilegiado pelo Professor Pedro Madeira Froufe quando se referiu ao art. 3.º do Tratado de Lisboa⁴¹⁸, e elaborou uma análise que perspectiva este conceito em momentos distintos (e igualmente importantes) dos tratados constitutivos. Segundo o autor, se a expressão hoje é correntemente utilizada como relativa ao assistencialismo e “de proteção económica-social”, o significado teórico do termo corresponde, em sentido mais amplo, “a um determinado modelo de organização socioeconómica e a uma visão político-ideológica que, em grande medida, influenciou o processo de integração europeu” e se preocupa em alcançar um elevado grau de coesão social⁴¹⁹. Ou seja, do

⁴¹⁶ Brochura virtual fornecida pelo Tribunal de Justiça; Disponível em <file:///C:/Users/Ta%EDza%20Maria/Desktop/Brochuras%20UE/CURIA%20-%20Apresenta%E7%E3o%20-%20Tribunal%20de%20Justi%E7a%20da%20Uni%E3o%20Europeia.html>

⁴¹⁷ “O conceito de “economia social de mercado” tem a sua origem e a sua afirmação/divulgação nas políticas económicas alemãs do pós-guerra, por influência do pensamento ordoliberal. Hoje em dia, a expressão é correntemente utilizada para designar qualquer tipo de intervenção do Estado, no âmbito económico, com o intuito de favorecer os mais desprotegidos”. FROUFE, P. M. (2017) Constituição económica da União Europeia, antes e depois de Lisboa (entre o princípio concorrencial e a “economia social de mercado”). Op. cit. p. 118.

⁴¹⁸ “Artigo 3.º 1. A União tem por objetivo promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos. 2. A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno. 3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico”. Tratado de Lisboa. Disponível em http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF.

⁴¹⁹ FROUFE, P. M. (2017) Constituição económica da União Europeia, antes e depois de Lisboa (entre o princípio concorrencial e a “economia social de mercado”). Op. cit. pp 118.

significado do termo não se afere apenas o domínio econômico, e sua origem no pensamento ordoliberal – que influenciou significativamente e compõe o “feixe de influências” da integração europeia, conforme se depreende das lições do Professor Pedro Froufe – “deveria assentar nos princípios da democracia e, no fundo, seria uma “ordem ideal”, um *ethos* que acabava por ser não só econômico, mas também político e social”⁴²⁰. A propósito, ao contextualizar o pensamento ordoliberal nas suas origens, o autor enfatiza o quanto este modelo tinha por prioridade “proteger a dignidade dos indivíduos, as liberdades políticas e democráticas contra derivas totalitárias de qualquer espécie e natureza”, e assim se percebe a relação de interdependência entre as ordens econômica, jurídica e social⁴²¹.

No fundo e em resumo, uma ordem integral justa e equilibrada, sendo certo que tal ordem, naturalmente democrática, seria também a ordem mais eficiente sob o ponto de vista estritamente económico. De resto – repita-se – o ponto de vista ordoliberal não dissocia a questão da eficiência económica, da justiça e da democracia; não seria eficiente uma ordem que, sob o ponto de vista económico, não fosse equilibrada (suprindo, pela via institucional, as falhas do mercado) e não garantisse a dignidade do indivíduo. (FROUFE, 2017, p. 122) (sem grifos no original)

Outro aspecto importante no âmbito do direito da União inaugurado pelo Tratado de Lisboa foi que o Parlamento Europeu agora pode propor alterações aos Tratados⁴²² (conforme art. 48.º do TUE) e, numa alteração bastante significativa, sobretudo na discussão proposta nesta tese, nos termos do artigo 14.º, n.º 2 do TUE, resta consubstanciado que o Parlamento Europeu é composto por “representantes dos cidadãos da União Europeia”, e não mais, como no anterior artigo 189.º do Tratado CE, “por representantes dos povos dos Estados”.

Outra modificação de denominação ocorreu com o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, que passou a ser denominado de Tribunal de Justiça da União Europeia. Com este surgiram novos instrumentos de participação democrática no âmbito da União Europeia, ação que passou a ser designada como sendo um “reforço da democracia e da proteção dos direitos fundamentais”. Dentre tais iniciativas cabe destacar que estão consagrados no Tratado três princípios fundamentais:

⁴²⁰ FROUFE, P. M. (2017) Constituição económica da União Europeia, antes e depois de Lisboa. Op. cit. p. 122.

⁴²¹ *Idem*.

⁴²² Cf. Art. 48 do TUE “Os Tratados podem ser alterados de acordo com um processo de revisão ordinário. Podem igualmente ser alterados de acordo com processos de revisão simplificados”.

igualdade democrática, democracia representativa e democracia participativa. Esta última ideia, a propósito, tem uma clara referência através da Iniciativa de Cidadania Europeia (ICE). A ICE tem por base jurídica além do artigo 11.º, n.º 4, do Tratado da União Europeia (TUE), o artigo 24.º, n.º 1, do TFUE, o Regulamento (União Europeia) n.º 211/2011 e o artigo 197.º-A do Regimento do Parlamento Europeu – sendo considerado o primeiro instrumento de democracia participativa da União Europeia.

Através desta, os cidadãos passam a ter a possibilidade de provocar propostas legislativas e participar diretamente no exercício do poder supranacional. Como requisito para provocação é necessário que um milhão de cidadãos, residentes em, pelo menos, um quarto dos Estados-Membros acionem a Comissão visando a apresentação de proposta de ato jurídico que considerem essencial para efeitos de aplicação dos Tratados da União Europeia. Desde abril de 2012, ou seja, somente após estabelecidos os procedimentos e as condições para a provocação mediante ICE mediante Regulamento (n.º 211/2011) foram distribuídas 24 iniciativas, e destas um número de dois terços foram apresentadas com sucesso à Comissão⁴²³.

Embora reconheça a importância deste instrumento de participação popular, Isabel Carvalhais⁴²⁴ declara que o fato de que a consagração de um princípio é pouco mais que um ato simbólico, de modo que se faz necessário ainda “o descortinar das regras que garantam a sua eficaz aplicação no terreno”, ou seja, a sua praticidade ou exequibilidade. Afinal, considerando que a ICE visa aproximar os cidadãos do debate democrático, deve prezar pela transparência e acessibilidade daqueles que são os seus destinatários principais. De todo modo, a autora reconhece que ao reforçar estes mecanismos que favorecem uma cidadania ativa, o Tratado revelou um compromisso

⁴²³ Segundo dados do Parlamento Europeu “atualmente, encontram-se registradas nove iniciativas, em fase de recolha. Duas iniciativas, que alcançaram o número de assinaturas exigidas (Direito à Água e Um de Nós), foram apresentadas à Comissão. A iniciativa Direito à Água convida a Comissão a ‘propor legislação que implemente o direito humano à água e ao saneamento, conforme reconhecido pelas Nações Unidas, e que promova a água e o saneamento como serviços públicos essenciais para todos’. A iniciativa Um de Nós solicita à União Europeia que ponha termo ao ‘financiamento das atividades que pressupõem a destruição de embriões humanos, em particular no que respeita à investigação, ajuda ao desenvolvimento e saúde pública’. O Parlamento organizou audições com os representantes de cada iniciativa, que se realizaram em 17 de fevereiro e 10 de abril de 2014 [...] Entretanto, a Comissão emitiu uma resposta expondo as suas conclusões jurídicas e políticas relativamente à iniciativa Direito à Água. Até à data, a Comissão recusou registar dezoito iniciativas, na maioria dos casos com base no facto de as iniciativas legislativas solicitadas não estarem abrangidas pelas suas competências”. Cf. http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.5.html. Acesso em 26 de junho de 2015.

⁴²⁴ CARVALHAIS, I. E. (2010) O tratado de Lisboa e participação cidadão – indagando o potencial democrático da iniciativa de cidadania europeia (ICE). In SILVEIRA, A. (Org.) *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*. Quid Juris: Lisboa. p. 104

com o fortalecimento da cidadania europeia e com o reforço da legitimidade democrática da institucionalidade europeia.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

No âmbito dos direitos fundamentais cabe ressaltar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que embora tenha sido proclamada desde o Tratado de Nice (2000), e novamente proclamada em 2007, foi a partir de Lisboa que passou a ter força jurídica vinculativa em relação aos atos das instituições europeias, dos Estados-Membros e na aplicação da legislação, constituindo fonte formal de direito e servindo de “parâmetro para examinar a validade do direito derivado da União Europeia e das disposições nacionais⁴²⁵”. A Carta atua, portanto, como um instrumento de orientação no que diz respeito à dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade, direitos dos cidadãos⁴²⁶. Assim, embora o reconhecimento dos direitos fundamentais não tenha sido o ponto central do início do processo de integração, o Tratado de Lisboa representou um grande avanço em relação aos seus antecessores.

A CDFUE foi talvez o mais importante diploma jurídico produzido no final do século passado e “representa um momento expressivo na passagem da dimensão econômica da União Europeia para aquela político-institucional. É um documento importante na extensão do reconhecimento da dignidade de cada cidadão que vive na Comunidade Europeia”⁴²⁷. A CDFUE, definida por Pozzoli como um ato político e documento jurídico traz, em si, uma “colheita de vários direitos dos cidadãos já reconhecidos em documentos nacionais e internacionais”, como por exemplo, a Convenção Europeia para a tutela dos direitos do ser humano⁴²⁸ e das liberdades

⁴²⁵ Cf. *Fichas técnicas sobre a União Europeia*. Parlamento Europeu. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.6.html

⁴²⁶ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

⁴²⁷ POZZOLI, L. (2003) *Direito Comunitário Europeu: uma perspectiva para a América Latina*. Op. cit. p. 20.

⁴²⁸ Para um aprofundamento sobre se as medidas jurídicas adotadas no contexto da “eurocrise” (i.e., Mecanismo Europeu de Estabilidade, Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governança na União Económica e Monetária, etc.) são compatíveis com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, em particular com o artigo 1.º do Protocolo 1.º (Protecção da Propriedade) ver PALMSTORFER, R. (2014) Austerity measures on trial: On the compatibility of austerity measures with the European Convention of Human Rights. *E-pública*. Revista Eletrónica de Direito Público. V. 4. N.º 3 (Número Especial). Disponível em <http://e-publica.pt/pdf/artigos/Vol.%201-%20N%C2%BA%203-Art.08.pdf>.

fundamentais e as tradições constitucionais dos Estados-Membros⁴²⁹.

Não parece exaustivo referir que, ao menos nos termos enunciados em maio de 2012 no Congresso da Federação Internacional para o Direito Europeu (FIDE) pela então Vice-Presidente da Comissão Europeia, Viviane Reding, “a União Europeia não é uma superpolícia dos direitos fundamentais, nem deve sê-lo”. E apesar de polémica, tal afirmação é seguida da explicação de que os direitos fundamentais da União Europeia surgem como complementares, mas não como substitutos dos direitos fundamentais dos respectivos Estados-Membros. Deste modo, a ideia de complementariedade forma um “sistema de proteção dos direitos fundamentais que funciona a dois níveis”⁴³⁰.

Acrescente-se que a CDFUE pretendia constituir um forte impulso ao processo de constitucionalização da União Europeia, bem como consolidar um movimento de implicação dos indivíduos, isto é, dos seres humanos enquanto tais, no processo de integração europeia, o que é notório em vários considerandos do seu preâmbulo (a referência aos povos da Europa, a afirmação expressa de que a União coloca o ser humano no cerne da sua acção e a precisão de que as pessoas individualmente consideradas, assim como a comunidade humana e as gerações futuras adquirem responsabilidades e deveres, por força do gozo dos direitos enunciados na Carta). Em suma, a elaboração da CDFUE pretendeu significar, na época, um passo mais no sentido da constitucionalização da União. (MARTINS, A., 2010, p. 05)

De fato, após a não aprovação por parte de todos os Estados-Membros do Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa (Roma, 2004), conforme outrora mencionado, a base jurídica da União Europeia encontra-se nos seus Tratados constitutivos “assim como a base jurídica de um Estado de direito encontra-se na sua respectiva Constituição”⁴³¹.

2.2. Entre avanços e problemas: os processos econômico, democrático e jurídico de integração europeia

Os processos de integração regional e a formação de blocos de Estados constituem uma realidade objetiva no panorama jurídico, econômico e político mundial. Comumente regulados por normas comuns, estes surgiram como mecanismos em

⁴²⁹ POZZOLI, L. (2003) *Direito Comunitário Europeu: uma perspectiva para a América Latina*. Op. cit. p. 21.

⁴³⁰ Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-403_pt.htm.

⁴³¹ SILVEIRA, A. (2010c) *Tratado de Lisboa*. Op. cit. p. 05

resposta aos efeitos negativos da globalização⁴³². Conquanto impulsionados por interesses e no plano das relações econômicas, o mais frequente é que sejam antecedidos de uma imposição ou decisão do sistema político⁴³³. No caso da União Europeia se menciona, para além dos fundamentos já elencados, também a contenção do nacionalismo e das pretensões expansionistas⁴³⁴.

Em geral, nos contextos de integração, as relações são reguladas pelo direito comunitário⁴³⁵, que não se confunde com o direito internacional tampouco com a substituição do direito dos Estados⁴³⁶. Na União Europeia, este direito relaciona-se com os sistemas constitucionais dos Estados-Membros, numa conexão entre os ordenamentos jurídicos, “fixada como uma relação de coordenação”, visto que os sistemas são autônomos⁴³⁷. Há, assim, uma relação que não se estrutura ou se desenvolve no âmbito territorial de um determinado Estado, mas sim num espaço de integração, no qual o âmbito territorial de validade das normas é regionalizado⁴³⁸. A União Europeia é, pois, um exemplo de uma integração econômica, mas também jurídica e política, constituindo,

[...] a mais completa experiência de integração regional por revelar notável capacidade de avançar produzindo resultados positivos, sem se afastar do compromisso pétreo com os princípios democráticos. A União Europeia tem sido percebida em toda parte como o paradigma dos blocos regionais. (SILVA, 2010, p. 294)

⁴³² LEWANDOWSKI, E. R. (Org.) (2000) *Direito Comunitário e jurisdição supranacional: o papel do juiz no processo de integração regional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. p. 178. Segundo Lewandowski tal fenômeno não deve ser confundido com as alianças de Estados do passado, pois estas, apesar de também terem interesses comerciais e até mesmo militares eram de caráter transitório e localizado. No sentido dos processos de integração regional como estratégia de defesa ante a globalização, vide interessante artigo de KUGELMAS, E. ; BRANCO, M. S. (2005) Os governos subnacionais e a nova realidade do federalismo. In WANDERLEY, L. E. W.; VIGEVANI, T. (Orgs.) *Governos subnacionais e sociedade civil*. Integração regional e Mercosul. São Paulo: EDUC; Fundação Editora da Unesp; Fapesp.

⁴³³ GASPAROTO, J. W. Prefácio. In POZZOLI, L. (2003) *Direito Comunitário Europeu: uma perspectiva para a América Latina*. Op. cit.

⁴³⁴ SILVA, G. A. (2010) *Dicionário de relações internacionais*. Barueri, São Paulo: Manole. p. 127.

⁴³⁵ Compreendido como uma novidade nos ordenamentos jurídicos modernos.

⁴³⁶ POZZOLI, L. (2003) *Direito Comunitário Europeu: uma perspectiva para a América Latina*. Op. cit. Ainda acerca do direito comunitário, Borges afirma que este “não é originariamente constituído por um sistema de normas jurídico-positivas oriundas de uma única fonte de produção normativa, como se elas decorressem, desde sempre e exclusivamente, dos órgãos da própria comunidade. Ele é, na sua origem e formação, ponto de intercessão entre (a) normas de direito nacional (intra-estatal), (b) normas fundadas no direito internacional [...] e (c) normas de direito internacional privado comum, não estatais, mas convencionais”. BORGES, J. S. M. (2009) *Curso de Direito Comunitário*. Op. cit. p. 34.

⁴³⁷ POZZOLI, L. (2003) *Direito Comunitário Europeu: uma perspectiva para a América Latina*. Op. cit. p. 103.

⁴³⁸ BORGES, J. S. M. (2009) *Curso de Direito Comunitário*. Op. cit. p. 55.

Nas doutrinas do domínio das relações internacionais há teorias que escalonam os processos de integração, dimensionando-os entre as formas mais simples e superficiais às mais complexas e profundas. Aqui cabe ao menos enunciá-las para atender o intento de compreender a fase atual do processo de integração europeia.

A ideia de processo, por sinal, é comum dentre os teóricos da integração, que estabelecem uma sequência de etapas e diferentes graus, a depender dos níveis de comprometimento e dos interesses dos Estados em questão⁴³⁹. Mas tais abordagens podem ter nuances diversas, o que vem enriquecendo o debate acerca da matéria. Dentre estas, destacam-se os intergovernamentalistas, segundo os quais deveria haver um controle dos Estados sobre a União Europeia, “na medida em que esta última é sua criatura”, e os neofuncionalistas que privilegiam os aspectos da supranacionalidade das instituições⁴⁴⁰. Assim, as integrações econômicas são processos que se intensificaram com o transcurso do tempo e podem ser compreendidos de acordo, ao menos, com quatro etapas: “área de tarifas preferenciais (redução tarifária de determinados produtos), área de livre comércio (elimina todas as tarifas sobre as mercadorias transacionadas), união aduaneira (adoção de uma tarifa externa comum, que exige uma sólida articulação econômica), mercado comum e união econômica”⁴⁴¹.

As duas primeiras formas se autoexplicam considerando-se o contexto de uma integração. Todavia, as duas últimas são mais complexas e exigem uma sincronia e providências que vão além da seara econômica ou de mercado, englobando decisões jurídicas, políticas e sociais. Nestes graus de integração, em que há a cedência de soberania, o direito impõe-se para resguardar os Estados, os cidadãos e as instituições, inclusive com a elaboração de leis e readequação das então existentes. Socialmente, há ainda o impacto de convívio entre culturas diversas e os reflexos sociais das medidas necessárias à efetivação e manutenção deste estágio⁴⁴².

O mercado comum passa a existir quando as partes integrantes da união aduaneira tomam a decisão de promover também a livre circulação de pessoas e capitais. Esse é considerado um

⁴³⁹ SANTOS, N. N. Direito Comunitário – 45 anos. In LEWANDOWSKI, E. R. (Org.) (2000) *Direito Comunitário e jurisdição supranacional*. Op. Cit.

⁴⁴⁰ TOSTES, A. P. B. (2004) *União Europeia: o poder político do direito*. Op. cit. p. 02.

⁴⁴¹ SILVA, G. A. (2010) *Dicionário de relações internacionais*. Op. cit. p. 128.

⁴⁴² Aqui adoto a classificação, citações e terminologias de SILVA, G. A. (2010) *Dicionário de relações internacionais*. Op. cit. p. 129. Daí a tese de que os processos de integração são também um *fenômeno social*, fundado num processo harmônico de funcionamento das estruturas juridicamente reguladas. BORGES, J. S. M. (2009) *Curso de Direito Comunitário*. Op. cit. p. 57.

estágio de integração econômica bastante avançado, uma vez que para permitir a livre circulação de mão de obra é necessária a elaboração de códigos uniformes de leis trabalhistas e previdenciárias, bem como a livre circulação de capitais exige a elaboração de código de leis comum em relação a investimentos estrangeiros, pagamentos de royalties, remessa de lucros, tributação etc. (SILVA, 2012, p. 128)

De acordo com Ana Paula Tostes, ante todas as etapas estabelecidas dos processos de integração, “o que a União Europeia alcançou foi uma integração mais ampla e mais abrangente que qualquer teoria sobre a integração havia previsto, criando um sistema jurídico supraconstitucional”. Assim, nenhuma das abordagens teóricas parece ter dado conta de “aspectos políticos e jurídicos fundamentais do tipo de integração que se consolidou na Europa”, porque esta se trata de uma ordem política e jurídica baseada “em um modelo constitucional *sui generis*”. Ela entende que a União Europeia é uma união política, não podendo ser caracterizada como um simples bloco econômico ou um regime internacional⁴⁴³.

Mesmo assim, é comum nestas fases dos processos de integração que surjam acordos políticos entre governos, visando reduzir, “total ou parcialmente, barreiras tarifárias, aduaneiras ou qualquer outra espécie de obstáculo para o comércio recíproco”⁴⁴⁴. A novidade da União Europeia é que, pelo menos até o momento, somente esta foi além das etapas de construção de um mercado comum tendo projetado e efetivado a criação de um sistema monetário único⁴⁴⁵. Esta é a última, e como aqui já descrito, uma das mais polêmicas etapas dos processos de integração, pois a união econômica consiste no seu grau máximo, e exige dos Estados envolvidos mais que as fases anteriores.

A adoção de moeda única, que é a base indispensável para a efetivação do bloco econômico, implica a criação de um banco central para praticar a política monetária da união. A criação desta instituição supranacional requer grande controle dos gastos de cada um dos países-membros, o que limita significativamente a gestão econômica interna. (SILVA, 2012, p. 129)

Desde Maastricht (1992), portanto, a instituição da moeda única se concretiza como um dos maiores e mais decisivos passos de um processo de integração. Mas não resolveu todas as questões agora acerca da natureza desta integração. Neste

⁴⁴³ TOSTES, A. P. B. (2004) *União Europeia: o poder político do direito*. Op. cit. p. 02.

⁴⁴⁴ TOSTES, A. P. B. (2004) *União Europeia: o poder político do direito*. Op. cit. p. 01.

⁴⁴⁵ *Idem*.

diapasão, o debate sobre a natureza da integração europeia vem ao longo das décadas ganhando nuances e perspectivas as mais diversas. Segundo Poiares Maduro⁴⁴⁶ pode ter pelo menos dois sentidos: um primeiro que sustenta se tratar, exclusivamente, de um projeto de integração econômica (algo que nos dias atuais soa para alguns quase como uma acusação de que a União Europeia teria seus objetivos reduzidos à uma unidade econômica); e um segundo sentido que sustenta que a integração econômica demanda a complementação da integração política, o que deve incluir, necessariamente, um sistema de direitos sociais. Esta perspectiva da complementaridade pode, ainda, ser dividida em dois pontos de vista: o de que se trata de uma “mera necessidade funcional” decorrente da própria integração econômica, que necessita estar harmonizada com as políticas sociais; ou então que se trata de um objetivo independente, de natureza política e que “acentua a necessidade de solidariedade nos espaço democrático”.

Se a integração europeia em si é questionável quanto às razões da sua origem – tendo adquirido força a corrente que defende que a paz e as questões ideológicas foram o pano de fundo perfeito após as atrocidades das guerras, mas que de fato esta se deu para que os Estados que outrora tinham sido grandes potências, e que não poderiam manter-se mais isoladamente fortes, pudessem se sobressair no cenário (e mercado) internacional – os rumos que a União Europeia tomou não são menos controversos.

Segundo as considerações de José Medeiros Ferreira⁴⁴⁷, por circunstâncias políticas os historiadores muitas vezes filiam-se à “gênese do processo da organização internacional da Europa nos escombros da II Guerra Mundial. Às vezes ainda se recua até o período do conflito armado, sobretudo através do testemunho de Jean Monnet”. Para ele – pensamento este explícito desde os primeiros parágrafos da sua obra – é preciso desconstruir algumas questões. Ele defende a ideia de que a construção (organização) da União Europeia tem outras raízes e ramos que não podem ser desconsiderados quando se pretende compreender a evolução política europeia.

⁴⁴⁶ MADURO, M. P. (2006) A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Principia. p. 226.

⁴⁴⁷ FERREIRA, J. M. (2013) *Não há mapa cor-de-rosa*. Op. cit. p. 09-12. Já sobre as Guerras Totais, o autor propõe outra desconstrução: não há que se considerar as mesmas como guerras civis europeias. As duas grandes guerras mundiais não romperam nenhum pacto constitucional interno nem tampouco tinham dentre seus objetivos uma causa comum para os beligerantes. Foram, na verdade, duas grandes guerras, que se distinguiram das demais apenas em aspectos pesados: o grau de destruição material e os números grandiosos do massacre de civis. Assim, “o conceito de guerra civil europeia é mais um par de óculos coloridos para quem tem muito que pedir perdão ou que se fazer perdoar”. De fato, estes são dois pontos essenciais na análise da obra de Ferreira.

Recomenda ser preciso dar alguns passos atrás. Assim, propõe que a União Europeia tem na sua história notáveis e frequentes transformações de objetivos e mudanças nas mesas de negociações e que se torna imprescindível analisar o relacionamento franco-alemão antes, durante e depois da Segunda Grande Guerra.

Não há como desconsiderar, ainda, a advertência que o mesmo autor traz desde o título e que transpassa toda a sua reflexão: não há mapa cor-de-rosa! Ele, a propósito, destaca que se trata de um “aviso contra o fútil espírito dos que procuram sempre uma saída utópica e messiânica para as dificuldades do dia [...] E para perceber o que se passa na União Europeia é preciso arredar a forte e densa dogmática erguida à sua volta, a começar pelo culto dos mitos fundadores” É preciso evitar a tentação de colocar óculos coloridos! E por mais tentador que seja, a Europa precisa ser pensada e não simplesmente contemplada, afinal “apaixonar-se não é argumentar”⁴⁴⁸. Ademais, é preciso considerar que a Europa é hoje um continente altamente desenvolvido, em que a dignidade e os direitos sociais são em igual (e elevada) medida previstos e resguardados.

Ao contrário do que se possa pensar *grosso modo*, a construção da União Europeia não se deu de forma linear, muito menos os ritmos do processo de integração política, jurídica e econômica se deram no mesmo momento ou seguindo o mesmo ritmo. Esta primeira, a propósito, caminha a passos muito lentos, sendo considerada um dos cernes onde repousa a descrença dos eurocéticos. Também a idealização da União Europeia, conforme dito foi bem anterior a sua concepção. Isso não impediu que em meio aos avanços, continuassem os retrocessos e ainda hoje persistam resistências ao avanço da integração política, econômica e jurídica do continente europeu. Um destes recuos deu-se com o fracasso do projeto da Comunidade Europeia de Defesa, ocorrido em 1954. Um segundo, sendo este diretamente de natureza política, foi o chumbo ao Tratado Constitucional Europeu em 2005, rejeitado pelos eleitores franceses e holandeses e que antecipava algumas das tensões da UEM que estavam por vir.

Compreender a União Europeia é, portanto, deparar-se e refletir sobre os processos de integração, em geral, e a história da sua constituição, em particular. Assim, e de posse de tais instrumentos, é possível ponderar se há uma “debilidade política

⁴⁴⁸ MAXIMILIANO, C. (2006) *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense. p. 226.

genética da Europa”⁴⁴⁹, como denuncia Soromenho-Marques, o que, entendo, acabaria por comprometer os fins primeiros, mas também explicaria parte das projeções negativas atuais da democracia europeia. Ou se, o que parecem falhas, são transformações do projeto europeu, que indicam perspectivas de pensar os problemas e desafios contemporâneos. A esta altura não há como afirmar qual das assertivas está mais próxima do que se pode chamar de verdade. Talvez até mesmo ambas.

Se na União Europeia houve uma preponderância inicial dos componentes econômicos, paulatinamente foram-se incorporando questões de cunho político, militar e social. A realidade da União nos mostra pontos significativos que se traduzem em conquistas, tais como a eliminação de fronteiras, a aceitação de uma moeda única – o Euro – a montagem de um formato institucional complexo e instigante (Parlamento Europeu, Comitê de Regiões, Carta dos Direitos Fundamentais, Conselho Europeu, fundos estruturais e compensatórios para promover o desenvolvimento de certos países), ao lado de problemas conflitantes (como estabelecer uma cidadania europeia, quais as condições para a incorporação progressiva de novos países, políticas de segurança comuns, formulação de uma Constituição regional) [...] Na União Europeia, a integração econômica não resolve todas as questões políticas, mas os êxitos em alguns casos facilitam convergências. (WANDERLEY; VIGEVANI, 2005, p. 10)

De todo modo, a União Econômico-monetária da União Europeia não é um processo findo. No Relatório intitulado como *Concluir a União Econômica e Monetária Europeia*⁴⁵⁰ elaborado pelos então presidentes da Comissão Europeia Jean-Claude Juncker, da Cimeira do Euro (Donald Tusk), do Eurogrupo (Jeroen Dijsselbloem), do Banco Central Europeu (Mario Draghi) e do Parlamento Europeu (Martin Schulz), a previsão para a sua conclusão é, ainda, ou no “mais tardar” o ano de 2025. E embora algumas medidas tenham previsão de aplicação imediata (entre 01 de julho de 2015 e 30 de junho de 2017), outras aparecem na forma de um “roteiro ambicioso, mas pragmático”, dentre estas constando um item denominado *Completar a arquitetura da UEM*. Assim, vê-se que a integração econômica ainda não está concluída, daí que sempre me referi, primeiro ao termo “projeto” e depois ao termo “processo” para discorrer a respeito da mesma. E de fato, desde as linhas iniciais desta Tese e sob a ótica de diferentes autores, emergiram posições que questionam o não avanço proporcional das suas dimensões políticas e jurídicas.

⁴⁴⁹ Para ele, o labirinto europeu é, desde a sua origem, o resultado (como sempre o foi e será) “da falta de imaginação e da incompetência política de sucessivas gerações de líderes europeus incapazes de pensarem a Europa no seu conjunto, quer espacialmente, quer temporalmente”. Cf. SOROMENHO-MARQUES, V. (2014) *Portugal na queda de Europa*. Op. cit. p. 147 ss.

⁴⁵⁰ JUNCKER, J. (2014) *Concluir a União Econômica e Monetária Europeia*. Relatório da Comissão Europeia. Disponível em <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/emu-report-2015>

2.3. Críticas recorrentes acerca do processo de integração da União Europeia

Para além do “campo minado dos tratados”⁴⁵¹, persistem teses acerca de falhas estruturais do projeto europeu. Neste estudo, estas interessam naquilo que se relacionam com questões acerca da democracia europeia, embora não necessariamente incidam sobre esta diretamente.

A primeira destas críticas diz respeito ao suposto desvio de finalidade dos objetivos primeiros da União Europeia. Ao que parece este é o fundamento de mais árdua sustentação, porque além da vagueza e imprecisão que o termo “desvio de finalidade” provoca, não há que se falar em um objetivo inicial, conforme anteriormente aventado. Amartya Sen, porém, lança alguma luz sobre o que seria esta aspiração original europeia quando pondera que o movimento de integração começou “como uma cruzada para a amizade transfronteiriça e a unidade política, combinada com a livre circulação de pessoas e bens”⁴⁵². Assim, os passos que se sucederam e priorizaram a unificação financeira e a moeda comum, “até certo ponto” começaram a desviar a aspiração original da unidade europeia e desencadearam o descontentamento entre as nações, justamente um aspecto que os pioneiros da União Europeia ansiavam dirimir⁴⁵³.

De todo modo, Manent trata daquilo que entende por mudança de sentido da União Europeia, com bastante propriedade. Este autor não nega as “razões” do projeto europeu, ou seja, do empreendimento comum de “velhas nações europeias” (sobretudo a França e a Alemanha) visando se distanciar de um passado desmoralizante de guerras devastadoras, prolongar as vidas nacionais, constituir um corpo político até então inédito e, assim, abrir a possibilidade de um futuro razoável⁴⁵⁴. Ele ressalta que tal processo não estava isento de incertezas e ambiguidades, mas que oferecia uma perspectiva ou uma respiração, uma pausa sem a qual as nações europeias não se teriam reerguido tão rapidamente como as décadas seguintes à integração testemunhou. Neste período não apenas o eixo franco-germânico se desenvolveu, pois os demais Estados

⁴⁵¹ Expressão cunhada por SOROMENHO-MARQUES, V. (2014) *Portugal na queda de Europa*. Op. cit.

⁴⁵² SEN, A. (2012b) Austerity is undermining Europe's grand vision. *The Guardian Journal*. Europe Opinion. Disponível em <https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/jul/03/austerity-europe-grand-vision-unity>.

⁴⁵³ *Idem*.

⁴⁵⁴ MANENT, P. (2008) *A Razão das Nações*. Op. cit.

também se beneficiaram da força contraída deste conjunto de Estados⁴⁵⁵. Assim, o ponto que o supramencionado autor identifica como de inflexão foi o que denomina de “momento Masstricht” (portanto, a partir de 1992).

O instrumento destacou-se dos corpos políticos nacionais. O artifício ganhou vida própria, “A Europa” cristalizou numa Ideia dotada de uma legitimidade superior a qualquer outra e munida de mecanismos institucionais capazes de recompor todos os aspectos da vida dos europeus. Estes viram-se apanhados numa “finalidade sem fim”, que deixara de ter sentido político, e cujo o único futuro era uma extensão indefinida, que mais ninguém sabia nem onde, nem como parar. (MANENT, 2008, p. 44)

Um segundo aspecto que gera (ainda!) divergências e posicionamentos críticos se refere às alterações sofridas pelos tratados e que incidem sobre as novas adesões, fenómeno comumente mencionado como “alargamentos”. Para exemplificar tal situação com dados concretos, quando Portugal aderiu à União Europeia em 1986 esta era composta por menos de metade dos Estados-Membros que tem atualmente. Sob o ponto de vista teórico tal aspecto jamais pode ser desconsiderado ou observado apenas como um numerário, pois com o decorrer dos sucessivos alargamentos foi alterada desde a visibilidade que cada Estado-Membro tem no grupo dos representantes nacionais, quanto a forma como a União Europeia delibera sobre as suas políticas⁴⁵⁶. Este é um aspecto que pode repercutir também na redução nos lugares do Parlamento Europeu (seja por parâmetros absolutos ou relativos)⁴⁵⁷.

Neste ponto, cabe lembrar o questionamento de Pascal Fontaine, de se uma União alargada e que poderá contar, mais tarde, com ainda mais Estados, poderá funcionar com as instituições concebidas em 1950⁴⁵⁸? Tal “mutação espetacular”, de um lado consagrava o êxito comunitário, e do outro configurava uma ameaça, pois, sem uma reforma prévia os mecanismos de decisão poderiam ser enfraquecidos, colocando em questão o funcionamento, a homogeneidade e a relação da comunidade com os

⁴⁵⁵ *Idem.*

⁴⁵⁶ TRECHSEL, A. [et al] (2014) *Portugal nas decisões Europeias: uma perspectiva comparada*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

⁴⁵⁷ TRECHSEL, A. [et al] (2014) *Portugal nas decisões Europeias: uma perspectiva comparada*. Op. cit. p. 333. Segundo a análise constante neste longo estudo, quando trata especificamente da participação dos eurodeputados portugueses no Parlamento Europeu, se aponta que, quando da adesão à UE o país tinha 24 eurodeputados (sendo o PE composto por 518 membros), enquanto em 1994, num universo de 576 eurodeputados, Portugal tinha 25 membros. Após o alargamento de 2004, o país perdeu um lugar, em 2009 perdeu mais dois, ao passo que a partir de 2014 Portugal passou a ter 21 eurodeputados.

⁴⁵⁸ FONTAINE, P. (2000) *Uma ideia nova para a Europa*. Op. cit. p. 26.

cidadãos⁴⁵⁹. De todo modo, o autor defende que a eleição do Parlamento Europeu desde 1979 e o aumento dos seus poderes legislativos introduziram este “fermento democrático” nas instituições europeias. Outro argumento comum dentre os favoráveis da política de alargamento da União Europeia é de que, através destes, se reforça a segurança e a estabilidade da Europa, tornando-a mais próspera, mais democrática e propensa a assumir um papel de “protagonista global na cena mundial”⁴⁶⁰.

Contra este argumento, Acílio Rocha⁴⁶¹ afirma que um dos problemas gerados pelos “alargamentos” da União Europeia será justamente o de superar “o peso da atual oligarquia de Bruxelas, tecnocrata e não eleita” e assim poder instituir as bases para os seus futuros poderes legislativo e executivo. Democraticamente, os europeus deverão viver suas cidadanias, sob o manto da democracia em diferentes níveis, pois o conceito de Estado-Nação, ante a globalização, encontra-se desestabilizado e fragmentado. O próprio sentimento de “pertença”, de cidadania europeia, precisaria ser desenvolvido, algo que segundo o autor nenhuma “engenharia institucional⁴⁶²” resolve. Esta parece ser uma ideia de décadas, quando Jean Monnet, no subtítulo das suas *Memórias* afirmava que a União não coligava Estados, mas sim, unia homens.

Em linha similar, José Medeiros Ferreira critica o que chama de “metodologia da metamorfose” – no qual a União Europeia teria perdido o seu centro de gravidade – o período decorrente desde o Ato Único de 1985 até o Pacto Orçamental de 2012⁴⁶³. Referindo-se a Portugal, ele ressalta a diferença da “pequena Europa” a que o seu Estado aderiu em 1986 e a “grande Europa” de que passou a fazer parte depois dos alargamentos posteriores, sobretudo a Leste. A União Europeia tem vindo a “dotar-se sucessivamente de novas formas e novos diplomas”, sendo, portanto, difícil crer-se na chamada “negociação permanente” considerando a frequente mudança de “objetivos,

⁴⁵⁹ *Idem.*

⁴⁶⁰ Cf. Štefan Füle, Comissário Europeu em *Compreender as políticas da União Europeia: Alargamento* Comissão Europeia Direção-Geral da Comunicação Publicações. Bruxelas. Disponível em http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/pt/enlargement_pt.pdf

⁴⁶¹ ROCHA, A. S. E. (2004) *Europa, Cidadania e Multiculturalismo*. Braga: Universidade do Minho/Centro de Estudos Humanísticos.

⁴⁶² *Idem.*

⁴⁶³ FERREIRA, J. M. (2013) *Não há mapa cor-de-rosa*. Op. cit. Segundo este, dentre outras medidas, o Ato Único Europeu vai facilitar o avanço do mercado interno, abrindo as fronteiras nacionais. No campo jurídico vai lançar as bases para a criação do Tribunal de Justiça de Primeira Instância (atual Tribunal Geral) e, ainda, aumentar os poderes do Parlamento Europeu. Tudo isso, além de não contribuir para o seu aumento, em reverso, fragiliza a confiança entre os Estados-Membros. “Quando o governo português se declarou ‘bom aluno’ de Bruxelas ainda não tinha avaliado convenientemente a qualidade dos seus mestres”.

metas, protagonistas e calendários no interior da própria União⁴⁶⁴”.

A reflexão europeia não é, assim, uma questão técnica. É um tema que diz respeito à nossa própria identidade. E mais do que tudo: tem a ver com a democracia, a cidadania e com a capacidade de respondermos aos desafios da sociedade e da economia. A Europa não pode ser, pois, uma criação puramente mercantil. Os “pais fundadores” do projecto europeu tiveram a premonição disso mesmo quando quiseram começar pela dimensão política – tendo-se vistos forçados a seguir pelo atalho econômico, como recurso momentâneo ou compasso de espera, antes do regresso à “estrada real”. (MARTINS, G., 1999, p. 12)

De fato, é com certa obviedade que se assevera, sobretudo ante os desdobramentos atuais do capitalismo financeiro, que a União Europeia de hoje se distancia daquela que fora concebida ainda nos anos de 1950. Para compreender as questões atuais, importa, todavia, pensar que tais metamorfoses são frutos também das alterações e instabilidades políticas e econômicas que um mundo, cada vez mais global, vivencia nas últimas décadas. É preciso estar de acordo que não se pode tratar da crise econômica internacional como a causa única das mudanças vivenciadas na União Europeia, ou seja, da mudança do seu suposto perfil solidário e benigno para o espaço de tensões que vive atualmente⁴⁶⁵. Assim, nos tópicos seguintes serão tratadas detidamente duas críticas que se referem ao processo de integração e de modo contundente incidem na temática da tese no que toca à dimensão democrática da União Europeia.

2.3.1. A moeda única

Sem dúvidas, uma das críticas reiteradas ao processo de integração europeia, diz respeito à instituição da moeda única (o euro), um dos passos mais significativos e simbólicos no avanço de uma união monetária⁴⁶⁶. Como é sabido, nem todos os Estados-Membros que compõem a União Europeia são também parte da

⁴⁶⁴ FERREIRA, J. M. (2013) *Não há mapa cor-de-rosa*. Op. cit. p. 107-109.

⁴⁶⁵ SOROMENHO-MARQUES, V. *Portugal na queda de Europa*. Op. cit. p. 21-22. E neste aspecto ele ainda destaca o lado positivo de uma crise como a atual, que é o de descortinar “a natureza mais sombria, até aí oculta, do processo de integração europeia”

⁴⁶⁶ Justamente com a criação do Banco Central Europeu (BCE) e do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC), compondo estes últimos a chamada “estrutura gestora da política monetária unificada da zona euro”. Cf. MENDONÇA, A. (2004) *O euro, a União Europeia e a América Latina*. In SANTOS, T. (Coord.) *Globalização e regionalização*. Rio de Janeiro: Editora PUC; São Paulo: Loyola. pp. 87-88.

chamada Zona do Euro⁴⁶⁷, mas ao fazê-lo passam a anuir a um Pacto de Estabilidade e Crescimento, que dentre suas medidas regula os percentuais da dívida pública dos países membros. Assim, desde o advento da moeda única as políticas monetárias dos Estados aderentes não dizem mais respeito apenas aos seus âmbitos nacionais, do mesmo modo que as antigas moedas não são mais utilizadas como instrumento cambial de possíveis ajustamentos internacionais⁴⁶⁸. Para ilustrar tal questão, basta partir do pressuposto que o endividamento dos Estados-Membros, seja a nível europeu, como neste trabalho é escrutinado, seja a nível internacional, é feito com uma moeda sob a qual os Estados não têm o real controle sequer da sua emissão.

Viriato Soromenho-Marques⁴⁶⁹ é um dos autores que se insurge contra o modo como o euro fora instaurado. Segundo ele, por exemplo, as dificuldades que Portugal vivencia contemporaneamente fazem parte de uma “crise sistêmica” que diz respeito tanto às instituições políticas da União Europeia quanto a este “desenho disfuncional da Zona Euro”. Do seu discurso depreendem-se três pontos deletérios da instituição da moeda única: (a) a quebra da soberania monetária operada sem atenção ao equilíbrio das economias; (b) a ausência de consulta aos cidadãos; e, ainda, c) a falta de uma união política antecedente. No decorrer da sua argumentação estes elementos são tratados em separado, mas por entender que estão nitidamente inter-relacionados, aqui discorro sobre os mesmo em conjunto, sempre a partir das teses formuladas pelo autor.

Tendo por referência principalmente Portugal, de acordo com Soromenho-Marques, a adesão dos Estados-Membros à Zona Euro acarretou a perda da soberania monetária e cambial. Desta constatação não se extrai, de fato, novidade. Contudo, em seguida ele eleva a discussão a um aspecto assaz importante e aponta para a heterogeneidade das economias dos Estados-Membros, que com perfis distintos, tanto nas suas competitividades quanto nas vulnerabilidades, não têm um mecanismo adequado de equilíbrio. Ademais, embora a iniciativa da União Económico-monetária tenha sido francesa, a Alemanha foi a principal arquiteta, de modo que “toda a gramática organizativa do euro corresponde à ortodoxia monetária do banco central

⁴⁶⁷ A Eurozona, ou seja, a zona do euro é composta por 19 dos 28 países da UE. Assim, o euro (€) é a moeda oficial dos seguintes Estados-Membros: Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos e Portugal. Disponível em https://europa.eu/european-union/about-eu/money/euro_pt.

⁴⁶⁸ *Idem*.

⁴⁶⁹ SOROMENHO-MARQUES, V. (2014) *Portugal na queda de Europa*. Op. cit.

alemão, o *Bundesbank*”⁴⁷⁰. Disto decorre seu entendimento de que a União Económico-monetária já teria nascido viciada, incompleta e com um defeito genético “que até numa Europa de anjos, e não de seres humanos imperfeitos, conduziria ao desastre”⁴⁷¹.

Este aspecto da não consideração da desigualdade⁴⁷² dos Estados-Membros também é ponderado por Boaventura S. Santos segundo o qual o euro, ao invés de promover uma maior igualdade, acentua as desigualdades entre os países, pois foi confeccionado a partir das “medidas” dos países mais desenvolvidos do bloco europeu⁴⁷³. Embora não discorde que é uma moeda forte, ele afirma que o que o euro favorece são as economias mais desenvolvidas do bloco económico europeu. Assim, a considerar a desregulação dos mercados financeiros e do modo assimétrico como foi concebido, com o acento dos fluxos financeiros entre os Estados, “o euro tende a provocar mais desigualdade social entre os países europeus e dentro de cada um deles”⁴⁷⁴. Para ele, portanto, como está e foi concebido, o euro é insustentável⁴⁷⁵. Esta tese da não consideração das desigualdades segue a mesma linha das críticas apresentadas primordialmente acerca da desconsideração da disparidade das economias dos Estados-Membros da União Europeia.

Acrescente-se a tais questões a ausência de qualquer consulta popular sobre assunto que afetava tão drasticamente na vida de todos os cidadãos⁴⁷⁶. A partir das conclusões dos dois autores, e usando dos seus termos, cabe indagar como, pois, será possível, restaurar a confiança dos cidadãos em tais instituições, sem reinventar as práticas democráticas? Ou, como pensar numa união monetária verdadeira, que retira a soberania monetária e cambial dos Estados-Membros, sem a criação de uma união

⁴⁷⁰ SOROMENHO-MARQUES, V. (2014) *Portugal na queda de Europa*. Op. cit. p. 124. No sentido que a política da comunidade europeia é condicionada pelos Estados e mercados mais fortes ver também BAUMAN, Z.; BORDONI, C. (2016) *Estado de Crise*. Op. cit.

⁴⁷¹ SOROMENHO-MARQUES, V. (2014) *Portugal na queda de Europa*. Op. cit. p. 147.

⁴⁷² A título de exemplo, o produto interno bruto (PIB) total de Portugal se situa quase 90% por cento abaixo do dos quatro maiores Estados-Membros da União Europeia e o seu PIB *per capita* está 19% abaixo da média da UE. Os autores ressaltam, contudo, que o PIB equaciona a dimensão da economia nacional tendo por parâmetro não apenas o seu desempenho económico, mas também a sua população e para tal apresentam Tabela equitativa (Paridade de Poder de Compra Padrão) que tem por fonte a Eurostat. TRECHSEL, A. *et al* (2014) *Portugal nas decisões Europeias: uma perspectiva comparada*. Op. cit. p. 313.

⁴⁷³ SANTOS, B.S. (2012) *Portugal*. Ensaio contra a autoflagelação. Coimbra: Almedina.

⁴⁷⁴ SANTOS, B.S. (2012) *Portugal*. Op. cit. pp. 08-09.

⁴⁷⁵ *Idem*.

⁴⁷⁶ SOROMENHO-MARQUES, V. *Portugal na queda de Europa*. Op. cit. p. 61.

política prévia?⁴⁷⁷ Segundo Soromenho-Marques, enfim, não há como atribuir a crise apenas a causas endógenas. Toda análise séria “pode ou deve descontar os efeitos perniciosos da entropia do processo democrático”⁴⁷⁸.

Não há democracia sem que toda a fiscalidade seja objeto de um permanente processo de autorização, de consentimento por parte dos deputados eleitos pelos cidadãos. Um dos sinais mais alarmantes da presente crise europeia situa-se, precisamente, nas múltiplas iniciativas que conseguiram transferir para as instâncias europeias, em particular para a Comissão Europeia e para o Eurogrupo, a capacidade fiscal que legalmente pertence aos parlamentos nacionais. (SOROMENHO-MARQUES, 2014, p. 288)

De fato, ao apontar os efeitos desta desordem democrática evidenciada pela crise, o supramencionado autor evidencia a defesa de uma união federal. Para ele importa, pois, distinguir o binômio sistema internacional/união federal. No primeiro modelo, os Estados mantêm as suas autonomias e podem conservar os cidadãos à margem das grandes decisões políticas, afinal são questões de política externa e internacional. No segundo, os Estados têm que partilhar a esfera de governação e os seus cidadãos tem direitos e deveres definidos tanto na esfera do Estado nacional quanto da federação que os seus Estados pertencem. Nesta última, os cidadãos são também centros de decisão política e os assuntos que seriam de política internacional, se tornam de política doméstica. E conclui que “num sistema internacional comanda o direito do Estado. Numa união federal impera a lógica do Estado de direito”.

Também Habermas levanta questões democráticas quanto ao modo como os governos se portam ante a moeda única. Ao discorrer sobre o “Pacto pela Europa”, ele afirma que os governos participantes da zona euro se mantêm entre os imperativos dos grandes bancos e das agências de classificação e os seus próprios cidadãos. E o que neste panorama se evidencia são as perdas iminentes de legitimação com as próprias populações. Muitas vezes aqueles que estão no poder tem-se voltado para a perspectiva de “mais Europa” porque eles, ao menos a princípio, “querem evitar a alternativa dramática e supostamente mais custosa de um abandono do Euro”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ SOROMENHO-MARQUES, V. *Portugal na queda de Europa*. Op. cit.

⁴⁷⁸ SOROMENHO-MARQUES, V. *Portugal na queda de Europa*. Op. cit. pp. 78-79.

⁴⁷⁹ Habermas criou uma espécie de tabela, em que aponta os “tipos ideais” de quatro posições possíveis relativas ao futuro desejado da Europa. Para tal, dividiu-os em dois grupos: no primeiro estão os defensores da soberania nacional, sendo composto pelo ordoliberal, que apoia o Estado Mínimo e os Republicanistas ou populistas de direita, que defendem o Estado Nacional forte; no segundo grupo estão os apoiadores da União Europeia e da sua progressiva integração, sendo composto pelos liberais econômicos e

Em desenvolvimento similar ao de Viriato Soromenho-Marques e de Boaventura Santos, Habermas reflete sobre a questão mantendo a referência nos moldes da estruturação da UEM nos anos de 1990. Segundo ele, a ideia desta era de formalizar um pacto de estabilidade e crescimento sendo um “veículo institucional de uma constituição econômica” que estimularia “a concorrência de mercado entre os atores econômicos para além dos Estados nacionais”⁴⁸⁰. Por óbvio existiam desde sempre as diferenças entre capacidade de concorrência das economias nacionais, mas estas seriam paulatinamente, compensadas, e para tal não se poderia contar com instrumentos de desvalorização da moeda. Todavia, as esperadas condições para a existência e consolidação de uma moeda comum não foram concluídas e, na contramão do idealizado, “as desigualdades estruturais entre as diversas economias foram intensificadas”.

No pior dos quadros, ele entende que estas desigualdades “vão fatalmente aumentar, enquanto a política europeia não romper com o princípio de que cada Estado-Membro é soberano em matérias de política fiscal, orçamentária e econômica, podendo decidir, assim, apenas desde a perspectiva nacional”⁴⁸¹. De todo modo, do ponto de vista jurídico formal, ele assinala que a Alemanha manteve-se fiel ao dogma da soberania dos Estados-Membros.

A crise atual certamente atrai no curto prazo todas as atenções para si. Contudo, os atores não deveriam esquecer a falha de construção fundamental, reparável somente no longo prazo, de uma união monetária desprovida das exigidas capacidades de controle político no âmbito europeu. O “pacto pela Europa” repete um antigo erro: acordos sem obrigação legal firmados nos círculos dos chefes de governo são ineficazes ou antidemocráticos e, por essa razão, têm de ser substituídos pela institucionalização democraticamente insuspeita de decisões tomadas em comum. (HABERMAS, 2012, p. 41).

2.3.2. A questão do déficit democrático europeu

Um dos temas centrais das discussões sobre a democracia da União Europeia diz respeito ao seu chamado déficit democrático. O debate é controverso e

os apoiadores “de uma domesticação supranacional dos mercados financeiros desregulados”. HABERMAS, J. (2014) *No turbilhão da tecnocracia*. Op. cit. p. 14.

⁴⁸⁰ *Idem*.

⁴⁸¹ HABERMAS, J. (2014) *No turbilhão da tecnocracia*. Op. cit. p. 16.

figura nas pautas política, jurídica e na literatura acadêmica. Se no corpo dos seus Tratados restam tão claros os elementos de um Estado de direito democrático, por que tantos se arvoram em defender (ou com mesma força e intensidade contestar e negar) o seu grau de democraticidade? Afinal, em que consiste este déficit? Os posicionamentos são diversos.

Mesmo com o avanço para além da integração econômica, jurídica e, num movimento mais gradual e recente, o político e o fiscal, sobre a União Europeia há décadas surgem questionamentos quanto aos valores que a orientam, o seu método de constitucionalização, os efeitos dos sucessivos alargamentos, a legitimidade do deslocamento do poder decisório do âmbito nacional para o supranacional e, até mesmo, quanto ao funcionamento do seu sistema político e efetividade em relação aos seus próprios cidadãos. Todas estas questões tocam em possíveis causas ou são apontadas como supostas consequências do déficit democrático. Cabe assinalar, contudo, que quanto a esta temática não há consenso em, ao menos, três aspectos: (i) se o déficit, de fato, existe; (ii) caso sim, qual a sua raiz e, por fim, (iii) em que medida ele afeta a qualidade da democracia europeia.

Quanto ao primeiro aspecto, são três os posicionamentos usuais e que trazem nas suas essências uma trilogia bastante comum no âmbito da ciência jurídica: os que o negam, aqueles que afirmam de modo categórico que ele existe e os que defendem uma perspectiva mista.

Um dos poucos teóricos que apontam para a negação do déficit é Miguel Poiães Maduro⁴⁸². Segundo ele, na União Europeia há, ao contrário, uma espécie de superávit democrático. Ao tratar do que chama de “crise existencial do constitucionalismo europeu”, ele afirma que o suposto déficit advém do aumento das competências da União Europeia que teve por consequência a transferência de poderes que estavam sob o controle dos parlamentos nacionais para o plano europeu. E assim sendo, ficaram “sujeitos a um processo de decisão dominado pelos governos, alegadamente menos representativo e transparente⁴⁸³”. Entretanto, seriam as próprias comunidades políticas nacionais que apresentariam um duplo déficit, pois muitos processos de decisão que as afetam escapam dos seus controles democráticos e, ainda,

⁴⁸² MADURO, M.P. (2001) O Superávit Democrático Europeu. *Análise Social*. V. XXXVI (n. 158-159) p. 123. Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218726235P4oDU9zc1En43LC4.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2015.

⁴⁸³ *Idem*. p. 123.

excluem da participação e representação muitos interesses que serão afetados por essas decisões. Para ele é “cada vez mais claro quão artificiais são as jurisdições da democracia e a falta de correspondência entre as comunidades democráticas em que participamos e aquelas que afectam os nossos interesses⁴⁸⁴”. Ele conclui que

O processo de integração europeia e as suas instituições podem promover a democraticidade das instituições nacionais mesmo de um ponto de vista puramente nacional. Daí poder falar-se de um superavit democrático europeu, que se manifesta de diferentes formas face às comunidades políticas nacionais e ao constitucionalismo aí dominante. A inclusão promovida pelo constitucionalismo europeu nas comunidades políticas nacionais [...] irá promover, igualmente, a correcção de situações puramente nacionais de sobre-representação minoritária ou maioritária. (MADURO, 2001, p. 140-141)

Outros olhares, contudo, apontam para a perspectiva (que aqui classifico como mista) de que a democracia multinível é algo novo e “um estágio evolutivo do percurso democrático”⁴⁸⁵. Este é um posicionamento defendido por Alessandra Silveira, que sem negar a existência do déficit, não acata as alegações de que a União Europeia desrespeita os valores democráticos ou que funciona em termos não democraticamente orientados⁴⁸⁶. Do seu texto emerge a percepção de que União Europeia funciona tão democraticamente quanto é possível, na atual conjuntura e nos moldes como estão organizados os seus Estados-Membros. Assim sendo, a jurista provoca a reflexão sob as democracias nacionais e o carácter dinâmico das ideias de território, Estado e da própria democracia.

Dentre as diversas perplexidades que assinala, subscrevo duas: “há argumentos convincentes que justifiquem a suposta superioridade da democracia nacional sobre a democracia europeia?”; e, ainda, “a democracia tem que estar atrelada a um específico território e a um conceito aparentemente homogêneo de povo, ou pode alcançar outros voos supranacionais, adaptando-se às necessidades dos homens e dos tempos?”⁴⁸⁷.

Quanto à primeira questão, parecem incertos os argumentos que tentam justificar a superioridade da democracia nacional em relação à multinível, e vice-versa. Na abordagem aqui proposta ambos seriam contestáveis, pois os problemas e avanços

⁴⁸⁴ *Ibidem.* p. 129-130.

⁴⁸⁵ SILVEIRA, A. (2011b) *Princípios de Direito da União Europeia*. Op. cit. p. 42.

⁴⁸⁶ *Idem.*

⁴⁸⁷ *Ibidem.* p. 40.

são perceptíveis tanto no âmbito nacional quanto no multinível. Quando à segunda questão proposta pela autora, conforme tratado no capítulo anterior, é impreterível que em se tratando de uma democracia no ambiente pós-estatal⁴⁸⁸ e multinível, a concepção de Estado, e conseqüentemente “outras como a de soberania e de povo, sejam repensadas e ampliadas”⁴⁸⁹. E, finalmente, coexiste com as perspectivas supramencionadas, o prisma dos que concordam categoricamente que o déficit democrático europeu existe, mas ainda assim divergem quanto à sua procedência.

Uma origem possível é apresentada por Bellamy e Castiglione⁴⁹⁰ que apontam para os sucessivos alargamentos da União Europeia como um dos fatores que contribuíram para o déficit democrático. Segundo eles, o processo de avanço da integração europeia resultou na “criação de instituições pouco legítimas, dificilmente controláveis e tendencialmente arbitrárias”. Assim, o método de constitucionalização através dos tratados internacionais não corresponderia aos “procedimentos políticos-jurídicos típicos do Estado de Direito e dos regimes democráticos”⁴⁹¹. Como reflexo deste déficit, os cidadãos teriam pouca influência sobre as políticas e os governantes europeus, o que acaba por corroer a legitimidade dos poderes nacionais. Aqui se pode, inclusive, reforçar o argumento revisitando a ideia de Hannah Arendt de que o poder pertence ao grupo, nunca a um indivíduo, sendo a “habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concreto”⁴⁹².

Outra perspectiva embasa argumentos de que o déficit deve recair não sob a democracia europeia de modo geral, mas para a sua perspectiva formal, e isto

⁴⁸⁸ Termo utilizado por Rangel em: RANGEL, P. (2009) *O Estado do Estado*: Op. cit.

⁴⁸⁹ Poiares Maduro se mostra a favor de um constitucionalismo democrático mais amplo que o nacional. Ele afirma que não há que se falar, *a priori*, em uma presunção legítima que demonstre a superioridade democrática do constitucionalismo nacional em face do constitucionalismo europeu, mas que “a expansão do campo de representação e participação não determina necessariamente um aumento da legitimidade constitucional democrática”. Conclui que “isto é assim porque a democracia e o constitucionalismo não se medem apenas com base no campo da representação e participação e dependem, igualmente, do grau e intensidade das mesmas. MADURO, M.P. (2001) O Superavit Democrático Europeu. *Análise Social*. V. XXXVI (n. 158-159) pp. 119-152. p. 123. Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218726235P4oDU9zc1En43LC4.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2015.

⁴⁹⁰ BELLAMY, R.; CASTIGLIONE, D. (2006) O déficit democrático da Europa e o problema constitucional. In COSTA, P. ZOLO, D. (Orgs). *O Estado de Direito*: História, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes. p. 611.

⁴⁹¹ *Idem*.

⁴⁹² ARENDT, H. *Sobre a violência*, 1994, p. 36. “Quando dizemos que alguém está ‘no poder’, na realidade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um certo número de pessoas para agir em seu nome. A partir do momento em que o grupo, do qual se originara o poder desde o começo (*potestas in populo*, sem um povo ou grupo não há poder), desaparece, ‘seu poder’ também se esvanece. Em seu uso corrente, quando falamos de um ‘homem poderoso’ ou de uma ‘personalidade poderosa’, já usamos a palavra ‘poder’ metaforicamente; aquilo a que nos referimos sem a metáfora é o ‘vigor’ [*strenghit*]”.

pode ser compreendido através de um fenômeno não exclusivamente europeu: a desterritorialização. É deste último que decorre o enfraquecimento do “monopólio político do Estado”, pois “o espaço deixou de ser a base fundamental das relações políticas”⁴⁹³. O direito ao voto, exercido “numa dada circunscrição territorial, deixa de ser eficaz e perde algum sentido”⁴⁹⁴. Assim, não é sem razão que o cidadão percebe a influência defasada dos seus representantes nas decisões que sobre eles se projetam. É partindo desta constatação que Rangel conclui que “já nada, ou quase nada, se decide no feixe de autoridade daquela circunscrição e, no entanto, é nela (e só nela!) que se materializa e externa a possibilidade de voto”⁴⁹⁵. Assim, embora a União Europeia seja uma democracia “de valores, substantiva, material, com tribunais nacionais e próprios para garantir a esfera de liberdades”, não há nela uma circunscrição propriamente europeia, na qual as preferências políticas e escolhas de valores sejam efetivamente relevantes⁴⁹⁶.

Outra fonte possível do déficit democrático é apontada por António Goucha Soares, que centra sua análise tendo por norte as atribuições do Parlamento Europeu. Segundo ele, o déficit democrático consiste na “insuficiente participação do elemento democrático no sistema político”⁴⁹⁷. Por elemento democrático entenda-se neste contexto, o Parlamento Europeu, como o “órgão a quem no quadro institucional do sistema comunitário incumbe à representação dos povos dos Estados-Membros da União Europeia”⁴⁹⁸. Ainda que reconheça que o Parlamento Europeu é, legitimamente e nos moldes clássicos, a instituição europeia mais democraticamente constituída, e reconheça os reforços que os poderes atribuídos ao Parlamento Europeu vêm recebendo e sendo ratificados pelos tratados ao longo dos anos, ele defende que o déficit democrático derivaria do fato desta instituição, cujo mandato resulta do sufrágio direto e universal, não ter ainda os poderes que corresponderiam a um órgão como tal.

⁴⁹³ RANGEL, P. (2009) *O Estado do Estado*. Op. cit. p. 06.

⁴⁹⁴ *Idem*.

⁴⁹⁵ *Idem*.

⁴⁹⁶ *Idem*.

⁴⁹⁷ SOARES, A. G. (1997) O défice democrático da União Europeia: alguns problemas conexos. *Análise Social*. V. XXXII (142), 1997 (3.º), pp. 627-648. Neste texto, embora escrito no final da década de 90, o autor traz conexões importantes com a discussão atual, afirmando que algumas das preocupações atuais têm raízes mais antigas, como a propósito tem sido uma tônica deste trabalho. Ele destaca o debate sobre as reformas da União Europeia, com ênfase especial na primeira parte aos modos de funcionamento original e atual do Parlamento Europeu.

⁴⁹⁸ *Idem*.

O autor defende que o problema do déficit ganhou força quando os membros do Parlamento Europeu deixaram de ser designados pelas assembleias parlamentares nacionais e passaram a ter seus mandatos mediante sufrágio universal. Com a realização das eleições diretas o problema ganhou vulto justamente por conta “do desequilíbrio existente entre o tipo de investidura que assistia a esta instituição – expressão máxima do poder democrático – e a pouca relevância dos poderes que lhe haviam sido conferidos”⁴⁹⁹.

Outro ponto que o autor considera nesta perspectiva de déficit se refere às constantes e crescentes transferências de atribuições (que no plano nacional original seriam da competência dos respectivos órgãos parlamentares) para a União Europeia, ou seja, para a instância “comunitária”. Esta é também uma crítica recorrente, embora não me pareça tão plausível quanto a anterior, afinal, estas (crescentes) transferências de atribuições são etapas que estavam previstas, ou no mínimo eram previsíveis, quando se trata de um sistema de integração como o foi (e é) a União Europeia. Entretanto, mesmo com todas as ressalvas, o autor reconhece que na esfera do equilíbrio entre os poderes e as instituições políticas da União Europeia é perceptível “um incremento significativo desde meados da década de 80”⁵⁰⁰. Conclui, portanto, de modo bem mais otimista do que o faz no desenvolvimento. Destarte, há uma contundente e na mesma intensidade recorrente perspectiva que corrobora a existência do déficit democrático na União Europeia. Esta o atribui ao distanciamento dos cidadãos do âmbito de decisão europeu. Um aspecto que, ante a diversidade de justificativas e amplitude das abordagens, aprecio a partir de então em um tópico apartado.

2.3.2.1. Participação efetiva dos cidadãos nas decisões europeias

Em artigo recente, Jürgen Habermas⁵⁰¹ analisa a situação da Europa no contexto da crise. Para ele, um ponto central que precisa ser ponderado reside numa falha estrutural: as decisões da política europeia estão desacopladas das arenas nacionais. Segundo o autor, esta constatação deriva da história de constituição, mas

⁴⁹⁹ SOARES, A.G. (1997) O déficit democrático da União Europeia: alguns problemas conexos. Op. cit.

⁵⁰⁰ *Idem*.

⁵⁰¹ HABERMAS, J. (2014) *No turbilhão da tecnocracia*. Op. cit.

também da construção jurídica da União Europeia.

De acordo com Habermas, embora instituições como o Banco Central Europeu, a Comissão e o Tribunal de Justiça tenham direta influência no cotidiano dos cidadãos europeus, todas estão quase isentas do controle democrático e, enquanto isso, o Conselho Europeu “que teve em mãos o peso das ações na última crise”, representa de fato os respectivos interesses nacionais “na distante Bruxelas”⁵⁰². Para o autor, nem mesmo o Parlamento Europeu, que deveria servir de ponte entre os interesses nacionais e Bruxelas faz esse movimento. Daí o autor apontar para um abismo “entre a formação da opinião e da vontade políticas dos cidadãos e as políticas efetivamente adotadas para perseguir a solução de problemas”⁵⁰³.

Entretanto, cabe o registro que o fenômeno da distância dos cidadãos do controle e do âmbito de decisões democráticas não parece ser atribuível isoladamente ao contexto de crise, pois este remete a um fator que Norberto Bobbio já apontava como existente nos idos dos anos de 1980 e que à época caracterizou como um obstáculo imprevisto para a democracia real, ou seja, aquilo que o autor denominou do “governo dos técnicos”⁵⁰⁴, numa clara alusão às ideias elaboradas por autores como Schumpeter e Weber. Como outrora referenciado Bobbio foi influenciado pela teoria das elites e defendia uma concepção procedimental da democracia, logo, também por isso fugiu à sua análise (talvez por questões circunstanciais, afinal os tempos eram outros) que este poderia desencadear um processo mais denso, ou um “verdadeiro turbilhão da tecnocracia”, como bem o disse Jürgen Habermas⁵⁰⁵ ao analisar tal fenômeno no século XXI.

Este último autor, a propósito, quando analisa o caso da União Europeia, constata que as opiniões e tomadas de posição sobre o desenvolvimento europeu permanecem um tema em grande medida “limitado a políticos profissionais, elites econômicas e cientistas especializados no assunto; nem mesmo os habituais intelectuais públicos tomaram para si essa questão”⁵⁰⁶. E assim a democracia, enquanto regime que asseguraria e teria dentre os seus preceitos basilares a participação popular, parece estar de fato retrocedendo nos mais diversos Estados-Membros, com seus contextos nacionais

⁵⁰² *Ibidem.* p. 12.

⁵⁰³ *Idem.*

⁵⁰⁴ BOBBIO, N. (1984) *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi.

⁵⁰⁵ HABERMAS, J. (2014) *No turbilhão da tecnocracia*. Op. cit.

⁵⁰⁶ *Ibidem.* p. 13.

diversos. Em Habermas, portanto, este fenômeno não parece apenas um obstáculo que a democracia não previu, mas como um fator que afeta o seu preceito mais trivial.

Um número crescente de medidas, decididas em nível supranacional, atinge cada vez mais pessoas, num número cada vez maior de áreas vitais. Como, porém, o papel de cidadão só é institucionalizado efetivamente em nível de Estado nacional, as pessoas não tem possibilidade de tematizar ou de influenciar nas decisões europeias. (HABERMAS, 1997, p. 292)

Em artigo anterior, ainda em meados dos anos 1990, Jürgen Habermas analisava o dilema do déficit democrático retornando às questões estruturais e, sob este aspecto, também questionava o papel do Parlamento nas decisões europeias. Isto porque, segundo o autor, o aumento progressivo de medidas – decididas apenas em nível europeu – que atingiam os cidadãos (enquanto nacionais e europeus) em áreas vitais⁵⁰⁷ mantinha o papel dos cidadãos institucionalizado a nível nacional, mas sem que estes últimos pudessem efetivamente influenciar as decisões europeias⁵⁰⁸.

O desenvolvimento da CE revela, a seu modo, a tensão que estremece as relações entre democracia e capitalismo. Aqui essa tensão se manifesta numa diferença de nível entre a integração sistêmica da economia e da administração, que existe em nível supranacional, e a integração política, concretizada apenas em nível do Estado nacional. Por isso, a figura tecnocrática da CE alimenta muitas dúvidas quanto ao futuro das expectativas normativas, do papel do cidadão democrático. Será que tais expectativas não se transformaram em pura ilusão no interior do próprio Estado nacional? (HABERMAS, 1997, p. 291)

Quando analisa o contexto de crise, Jürgen Habermas retoma este aspecto como fonte da insatisfação crescente, sobretudo à medida que as decisões das autoridades de Bruxelas afetam cerca de 70% dos processos legislativos nacionais, sem que tais medidas sejam submetidas à discussão pública. De tal modo, “a densidade das decisões europeias, a opacidade do processo que a elas conduz e a ausência de qualquer oportunidade para o cidadão europeu de nele participar, engendram uma desconfiança generalizada entre os cidadãos”⁵⁰⁹. O autor não aposta que isso se trate de situação transitória e defende que este déficit democrático apenas poderá ser ultrapassado se for desenvolvido um espaço público europeu, em que esteja inserido o processo democrático.

⁵⁰⁷ HABERMAS, J.(1997) *Direito e democracia*. Op. cit.

⁵⁰⁸ *Ibidem*. p. 292.

⁵⁰⁹ HABERMAS, J. (2004) *Por que necessita a Europa de uma Constituição?* Op. cit p. 31

No entanto, um aspecto que precisa ser destacado é que neste âmbito decisório europeu, objeto das críticas de Habermas, muitas destas decisões não são simplesmente anunciadas de modo autoritário. Ao contrário, são amplamente discutidas e demandam um consenso. Portanto, embora não atendam aos critérios de deliberação propostos pelo autor, não se deve ignorar que estas talvez sejam adaptações democráticas ou alternativas aos modelos testados a nível nacional e que não são necessariamente melhores.

A propósito deste “federalismo executivo” habermasiano, o Professor Wladimir Brito o identifica como um dos elementos que contribuiu para o aprofundamento do déficit democrático europeu⁵¹⁰, bem como o relaciona com o fenómeno da globalização e a representação política. Num contexto que define como aquele em que as “práticas dominantes” privilegiam a proteção dos mercados e das grandes cooperações em detrimento do amparo às pessoas, o autor reafirma a baixa credibilidade do Parlamento Europeu e do voto nas eleições dos Estados-Membros⁵¹¹. Segundo o Professor W. Brito, mesmo ante o reforço “da presença e da ação do Parlamento Europeu” este permanece, na concepção dos cidadãos, como sendo um órgão “sem poder efetivo”, que não suscita interesse dos eleitores, e isso se verifica, por exemplo, na alta abstenção nos atos eleitorais referentes ao Parlamento Europeu⁵¹².

Ainda sobre este “distanciamento” dos cidadãos, também se pronunciam Viriato S. Marques e Robert Dahl. O primeiro adverte que “hoje, quem governa não tem legitimidade. E aqueles que são a fonte de toda a legitimidade, os cidadãos constituindo-se em povos, não têm poder”⁵¹³. E o segundo traz o caso da União Europeia como um exemplo de Estados com instituições e práticas democráticas existentes desde há muito tempo, mas nos quais os cidadãos não têm controle eficaz em inúmeras questões essenciais no âmbito internacional⁵¹⁴.

Segundo Robert Dahl as decisões importantes são tomadas entre as elites políticas e burocráticas, e os limites às negociações não vêm dos processos democráticos, mas sim da concordância dos negociadores sob os parâmetros das consequências que tais negociações teriam nos mercados, sejam os nacionais ou os

⁵¹⁰ BRITO, W. (2017) *40/30 de Constituição e de Integração*. Op. cit. pp 25-32.

⁵¹¹ *Idem*.

⁵¹² *Idem*.

⁵¹³ SOROMENHO-MARQUES, V. (2013) *A Europa alemã. Radar Ensaio*.

⁵¹⁴ DAHL, R. *Sobre a democracia*. Op. cit.

internacionais⁵¹⁵. Para o autor são a negociação, a hierarquia e os mercados que determinam os resultados que os processos democráticos praticamente terão o papel apenas de ratificar. Assim, ele conclui que, embora as instituições democráticas estejam todas *pro forma* em seus devidos lugares, sejam realizadas eleições populares e se tenha um parlamento devidamente constituído, estas são em geral ineficazes no âmbito da União Europeia, de modo que “todos os observadores concordam que permanece um gigantesco déficit democrático⁵¹⁶”.

Para ilustrar este distanciamento e a esfera restrita de atuação dos cidadãos nas “questões europeias”, conta-se na Itália uma anedota a respeito. Diz-se que estavam conversando dois cidadãos, ambos desiludidos com os rumos da política e descrentes dos seus representantes. Diz o primeiro: “– O meu desconhecimento da situação é tal que sequer sei onde fica o Parlamento Europeu”. E o outro, responde: “– Mas o problema maior não é não saber onde é o Parlamento, mas sim não saber nem o que ele é”. A leveza do diálogo traz em si uma questão importante e demonstra o quanto a insatisfação popular recai (quicá de modo excessivo) no domínio do político. Contudo, a organização do Parlamento Europeu, do modo como é legalmente prevista e estruturada, não é algo completamente discrepante do “modo nacional” e a acusação de que o Parlamento está afastado do povo está presente desde as análises que Hans Kelsen⁵¹⁷ elaborou no início dos anos de 1920. O que ocorre é que assim como no âmbito do interior dos Estados, seja ou não os especificamente Europeus, os cidadãos reclamam esta distância, desacreditam da real representatividade dos interesses coletivos e questionam a classe política que, em muitos momentos somente em tese, os representa. Se tal fenômeno é evidente no âmbito nacional, não acontece de modo diverso na União Europeia, que tem ainda por agravante a real distância geográfica entre representantes e representados, pela ausência até mesmo do que entendemos por circunscrição eleitoral. A tudo isto se soma a percepção negativa acerca da eficácia do poder real do voto.

Entretanto, não me parece, mais uma vez, que isso aponte para falhas específicas da democracia da União Europeia, que não estejam também presentes nas democracias nacionais. São fenômenos de ordem geral. Tampouco é uma garantia da

⁵¹⁵ *Idem.*

⁵¹⁶ DAHL, R. *Sobre a democracia*. Op. cit.

⁵¹⁷ KELSEN, H. (2000) *A democracia*. Op. cit.

não existência de um regime democrático. Parece mais um dos efeitos da nova acepção que o Estado vem ganhando desde as últimas décadas e do próprio arquétipo de organização da União Europeia, que tem seus avanços em relação aos modelos clássicos, mas mantém algumas lacunas democráticas que o transcorrer dos anos ainda não resolveu.

Uma especificidade deste contexto está no fato de que muitas das decisões que afetam o cotidiano coletivo em países como Portugal e Grécia, por exemplo, não são tomadas no território em que os cidadãos votam, seja porque os representantes por aqueles eleitos não dispõem de influência sobre grande parte das decisões que os afetam efetiva e cotidianamente, seja porque se trata de matérias do domínio europeu. Tudo isto, de fato, reclama que seja reforçada a dimensão material da democracia – que se prende com a garantia dos direitos⁵¹⁸.

Por isso os cidadãos têm cada vez mais a convicção de que mudam os governos, mas não mudam as políticas... E não mudam porque a estrutura organizativa do Estado se revela descompassada das necessidades. Os Estados já não conseguem responder às demandas transnacionais que não controlam. (SILVEIRA; FERNANDES, 2014, p. 13)

De todo modo, o deslocamento dos poderes decisórios do âmbito nacional para o multinível traz o perigo de desencadear a privação destes mesmos poderes de uma forma direta de legitimidade popular. Trata-se de um risco apontado por Bellamy e Castiglione quando ponderam sobre a diminuição da capacidade de controle dos cidadãos sobre as instituições europeias, decorrentes até mesmo do “aumento da distância geográfico-administrativa entre cidadãos e governantes”⁵¹⁹. Mas que, de acordo com Ulrich Beck, a questão do distanciamento está além da condição geográfica, pois provoca a também graduar “como os cidadãos nacionais se tornam europeus na sua ação”. Ou seja, o autor defende ser preciso refletir sobre uma Europa dos indivíduos, na qual a sua democracia irá ganhar força quando os cidadãos se apropriarem do projeto de modo a se sentirem parte atuante da construção da União Europeia⁵²⁰.

Num ciclo de debates que tinha por tema “Portugal Europeu”, a discussão sobre a democracia e a sua relação com os cidadãos resultou privilegiada.

⁵¹⁸ SILVEIRA, A. FERNANDES, S. P. (2014) *Justiça em tempo de crise: o papel dos tribunais europeus enquanto garantes da democracia*. Op. cit.

⁵¹⁹ BELLAMY, R. CASTIGLIONE, D. (2006) O déficit democrático da Europa e o problema constitucional. Op. cit. p. 611.

⁵²⁰ BECK, U. (2013) *A Europa Alemã. De Maquiavel a “Merkievel”*. Op. cit. p. 103-104.

Partindo do pressuposto, que parece mesmo óbvio, de que esta insatisfação com a democracia era também um reflexo da crise, na sua fala o eurodeputado social-democrata Carlos Coelho provocou uma questão que incide no dilema aqui ponderado: “As instituições europeias são democráticas?” Acerca deste questionamento a resposta evidentemente é sim, pois não haveria como apontar uma instituição europeia que não tenha legitimidade democrática. Entretanto, se a pergunta fosse elaborada em outros termos, ou seja, “se isto é perceptível”, o próprio eurodeputado afirma que a resposta claramente é não, pois em tempos em que a legitimidade formal não basta, o afastamento entre o poder decisório e a participação indica um “déficit de participação a nível europeu”⁵²¹. À época, a solução por ele apontada era fomentar uma distinção mais evidente entre aquilo que é matéria comunitária e a matéria nacional, pois enquanto isso não ocorrer irá manter-se a lógica (equivocada) de que é preciso abrigar-se nos nacionalismos (a propósito, uma postura comum em tempos de crise), ou uma lógica nacional que se contrapõe à ideia de integração. Isso se reflete inclusivamente quando, numa espécie de partilhamento das “culpas” do contexto de crise, os méritos são atribuíveis aos comités nacionais e as falhas à “insensibilidade dos poderes europeus”⁵²². Este é um ponto crítico sob o prisma democrático, pois implicam no parcial desconhecimento dos cidadãos sobre a própria União Europeia, os limites do seu funcionamento, aquilo que essencialmente constitui parcela das suas atribuições⁵²³.

Quando Ingolf Pernice defende a ideia do constitucionalismo multinível “em ação” ele presume e destaca a necessidade de cidadãos organizando (ou reorganizando) o próprio poder político, bem como as responsabilidades que estes teriam em vários níveis, a fim de atingir os objetivos do interesse público comum⁵²⁴. No constitucionalismo democrático e multinível que o autor defende, os cidadãos europeus ocupam uma posição central, pois estes são a fonte central da legitimidade democrática europeia.

Ainda acerca do distanciamento dos cidadãos dos centros de decisão Ulrich Beck desenvolve a sua reflexão partindo do “modo de pensar” o problema. Para

⁵²¹ COELHO, C. “*Que democracia queremos para a União Europeia? Portugal Europeu. E agora?*” Debate Fundação Francisco Manuel dos Santos. 2.º Encontro Presente no Futuro. Disponível em <http://www.presentenofuturo.pt/portugal-europeu/sessoes-online/11>. Acesso em 15 de maio de 2015.

⁵²² COELHO, C. “*Que democracia queremos para a União Europeia? Portugal Europeu. E agora?*” Op. cit.

⁵²³ PERNICE, I. (2008) *The treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in action*. Op. Cit.

⁵²⁴ *Idem*.

tal, o autor recomenda a análise a partir da perspectiva dos indivíduos, pois, “quando se coloca a questão mais democracia, aparecem imediatamente propostas de reformas institucionais, fala-se das competências do Parlamento Europeu etc.”⁵²⁵, e assim parece que bastam algumas reformas e novos arranjos no arcabouço institucional para que os problemas sejam sanados.

Do modo como o autor o descreve, se demonstra uma tendência de institucionalizar até mesmo os problemas, a despeito das suas raízes em outros campos que também merecem uma reflexão mais acurada como , por exemplo mais claro, o papel dos povos da Europa. Daí o alerta de Beck que “só quando as pessoas entenderem a Europa como um projeto seu, só quando as pessoas estiverem em posição de assumir a perspectiva dos cidadãos de outros países europeus” é que fará sentido se falar de democracia europeia. Assim sendo, o autor aponta para a necessidade de pensar os problemas da perspectiva das pessoas. Para isso ele defende seria preciso uma espécie de campanha para uma alfabetização cosmopolita para a Europa. Neste ponto, a propósito, penso que não são insignificantes as iniciativas existentes para uma maior integração das pessoas, sobretudo quando se observa o alcance de programas como o *Erasmus* que proporciona estágios e oportunidades de estudos em diversos Estados-Membros da União Europeia e promove partilha de cultura entre os estudantes universitários europeus. Mas não são suficientes. Nesta medida, o que Beck ressalta é um pensar-se enquanto europeu. Sem perceber-se, como o indagou Boaventura⁵²⁶ especificamente em relação aos cidadãos portugueses, se estes são portugueses do mesmo modo que são europeus.

Neste movimento de aproximação e estranhamento, as identidades nacionais e europeias vêm sendo construídas ao longo das décadas, mas não sem tensões. E um dos seus traços se reflete na legitimidade dos representantes europeus. Apesar de não crer que se trata necessariamente de algo tão drástico como se apregoa, ou seja, de uma deslegitimação total, o fato é que não há como ignorar uma grande crise institucional e de legitimidade perante seus cidadãos, o argumento que Beck defende é muito válido nesta discussão. O autor indaga “que forma política terá de assumir a Europa para deixar de ser uma assombração aos olhos dos cidadãos, tornando-se um projeto querido [...] algo pelo qual vale a pena viver e lutar e a que uma pessoa daria a

⁵²⁵ BECK, U. (2013) *A Europa Alemã. De Maquiavel a “Merkievel”*. Op. cit. p. 101.

⁵²⁶ SANTOS, B. S. *Portugal*. Op. cit.

sua voz numa eleição⁵²⁷?” Sobretudo pela geração mais jovem, as instituições europeias são como casas abstratas “em cujos quartos não vivem pessoas⁵²⁸”. E citando o jornalista alemão Daniel Brössler descreve que coexistem, ao menos, dois sentimentos em relação à Europa: um positivo e mais abrangente, que se firma essencialmente na proteção assegurada pelas grandes liberdades europeias; e, ainda, um sentimento negativo, de que em Bruxelas há uma espécie de mundo paralelo, muito afastado da vida das pessoas comuns⁵²⁹.

Já Viriato Soromenho-Marques analisa a lacuna que causou ao envolvimento dos cidadãos como um traço da própria constituição da União Europeia. Segundo o autor, um elemento comum entre os construtores da Europa (Crurchill, Charles de Gaulle, Schuman, Monnet) foi o fato de não terem se voltado ao “apelo efetivo à participação dos povos no debate sobre a construção de uma esfera política europeia”. Os protagonistas do processo de construção da União Europeia direcionavam o foco para a relação entre as grandes potências, para o impulso externo (sobretudo dos EUA) e para os compromissos das chancelarias. Foi dada pouca, ou nenhuma atenção, à democracia que precisava ser edificada e assim desenvolver “um músculo capaz de levar ao envolvimento dos cidadãos” para assim caminhar rumo a uma perspectiva federalista. “Uma democracia respeitadora da escala do Estado-nação, mas capaz de a corrigir e completar por uma verdadeira dimensão europeia”. E mesmo sendo o Parlamento Europeu a única instituição europeia eleita diretamente pelo voto popular, ainda manifesta a distância “entre os problemas e a (in)capacidade de respostas alternativas consensualizadas numa esfera supranacional e transnacional”⁵³⁰.

2.3.2.2. A insatisfação popular vai à rua e às urnas

Desde as minhas primeiras consultas às fontes de informação para a elaboração desta tese, ocorreu-me uma das citações mais emblemáticas do Manifesto do Partido Comunista: “Um fantasma ronda a Europa”. Nas atuais circunstâncias europeias, além de contextualizá-la, é possível pluralizá-la: são muitos os fantasmas que

⁵²⁷ BECK, U. (2013) *A Europa Alemã. De Maquiavel a “Merkievel”*. Op. cit. p. 91.

⁵²⁸ BECK, U. (2013) *A Europa Alemã. De Maquiavel a “Merkievel”*. Op. cit. p. 96.

⁵²⁹ *Ibidem*. p. 95.

⁵³⁰ SOROMENHO-MARQUES, V. (2014) *Portugal na queda de Europa*. Op. cit. p. 281.

rondam a Europa! Dentre estes a crise econômica e também os desafios da democracia multinível e nacional ante a falta de confiança dos cidadãos nas instituições democráticas⁵³¹.

Acresce que, apesar de indissociáveis, nem sempre o contexto é paciente com o texto. Isto porque, se por vezes, o único percurso plausível é o retorno aos clássicos, no presente trabalho ocorreu o inverso. Esta investigação não teve por fontes de consulta apenas os contributos teóricos ou obras filosóficas e jurídicas. As fontes também estavam nas ruas e praças do mundo e se desenvolviam numa celeridade incomum. Logo, demandaram que se recorresse, para além das fontes tradicionais, a outras como a imprensa, ensaios que a cada semana chegavam às livrarias europeias e a *sites* em plataformas da internet⁵³².

A face mais visível da problemática estava patente nas manifestações de ruas, alegadamente inspiradas na chamada “Primavera Árabe”⁵³³. O *ciberespaço*, denominado de *Ágora Virtual*, mostrou-se um ambiente amplificador e veloz, através do qual os indivíduos de diferentes culturas e idades formavam redes e conectavam-se entre si⁵³⁴. Esta é uma ideia que remete à democracia digital, como práticas “que buscam democratizar o Estado e fortalecer a sociedade civil, tendo como foco a aplicação dos potenciais democráticos imputados pela conectividade instituída pela internet”⁵³⁵. Organizaram-se as marchas que questionavam o declínio dos direitos assegurados pelo *Welfare State* e a efetividade da democracia na sua relação ou subserviência à ditadura do mercado. E algo era constante: os movimentos ignoravam partidos e a classe política, apresentavam desconfianças quanto à mídia, desconheciam lideranças e rejeitaram uma organização formal. Contudo, foi perceptível outra face

⁵³¹ Zygmunt Bauman sugere que hoje Marx e Engels reformulariam tal afirmação para “um fantasma ronda o planeta; o fantasma da indignação”. BAUMAN, Z.; BORDONI, C. (2016) *Estado de Crise*. Op. cit. p. 36.

⁵³² Neste ponto recorro a uma imagem que Baccelli chamou de dialética entre o ativismo dos indivíduos e as transformações do quadro constitucional. Nesta, o *rule of law* é a condição para que uma reivindicação se concretize, ao mesmo tempo em que é esta atividade dos indivíduos que torna legítimo o *rule of law*. BACELLI, L. (2006) *Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito*. In COSTA, P. ZOLO, D. (Orgs). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes. p. 536.

⁵³³ Expressão que se refere aos diversos levantes revolucionários e manifestações de rua, com massiva participação popular, a partir do ano de 2011, sobretudo no Oriente Médio e Norte da África. O fenômeno (também referido como a revolução democrática árabe) tem como marco inicial as manifestações que ocorreram na Tunísia, a partir de dezembro de 2010 ante a autoimolação do jovem Mohamed Bouazizi em protesto contra as más condições de vida no seu país.

⁵³⁴ CASTELLS, M. (2013) *Redes de Indignação e Esperança. Movimentos Sociais na Era da Internet*. Rio de Janeiro: Zahar.

⁵³⁵ EISENBERG, J. (2015) *Democracia Digital (Verbetes)*. In *Dicionário de políticas públicas*. (org.) DI GIOVANNI, G. NOGUEIRA, M. A. São Paulo: Editora da Unesp: Fundap. p. 244.

desta descrença nas instituições democráticas: a apatia política, patente na abstenção nos momentos eleitorais. Seria tal apatia uma patologia das democracias europeias atuais, ou é bem anterior e corresponde, de modo crônico, ao “DNA” da sua versão liberal?

Mesmo nos países em que a democracia estaria aparentemente consolidada, esta tem sofrido questionamentos quando observada à luz da perspectiva material. A crise econômica somada ao retrocesso do *Welfare State* e a falta de soluções da democracia para os problemas atuais foram os ingredientes da tempestade perfeita. Embora academicamente seja esta uma discussão sempre em voga, não deixa de causar estranhamento perceber nas ruas europeias os clamores por uma democracia “real”. De todo modo, as reivindicações, em geral, eram pacíficas e ocorriam “sob o governo da lei”, ou “dentro de um perímetro juridicamente determinado”⁵³⁶.

Os cidadãos exigiam algo que, ao menos na concepção que se tinha até então da democracia europeia, era dado por adquirido. Vinda de um país latino-americano, que viveu ditaduras militares até meados da década de 1980, julgava que o desafio da consolidação era um problema apenas das democracias recentes, que de tão jovens, ainda não tinham formado sequer uma geração de democratas. O problema das democracias antigas, como o disse Dahl, seria apenas aperfeiçoar e aprofundar os regimes existentes. Mas, afinal, o que é uma democracia consolidada?

No artigo *What Makes Democracies Endure?*⁵³⁷ os autores lançam um fio de reflexão que pode servir de partida: afinal, pode-se dizer, com segurança, que uma democracia está consolidada? Qual o fator (ou conjunto deles) que supostamente indicariam esse estado do regime democrático? Para os autores, consolidação é na verdade um termo vazio, de modo que não obtiveram êxito ao tentar observar situações em que a mera passagem do tempo fosse um fator que tornasse a derrocada da democracia menos provável. A democracia para sobreviver precisa de política e de políticas, além de sorte.

⁵³⁶ BACELLI, L. (2006) Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito. In COSTA, P. ZOLO, D. (Orgs). O Estado de Direito: História, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes. p. 536. Assim, mesmo estando visível nas ruas, as bases de sustentação de tais movimentos eram as assembleias locais e também a internet, fato este que proporcionou a rápida difusão de imagens e ideias através de vídeos, *sites* e *hashtags* com apelo e teor que poderiam ser compreendidos nas mais diversas partes do planeta. Conforme o disse Castells⁵³⁶ “as redes de comunicação eram os vasos sanguíneos”. Entretanto, embora nascido e mantido nas plataformas digitais, os movimentos ganharam as ruas e acenderam as discussões na opinião pública. CASTELLS, M. (2013) *Redes de Indignação e Esperança*. Op. cit. p. 130.

⁵³⁷ PRZEWORSKI, A. ALVAREZ, M. CHEIBUB, J. LIMONGI, F. *What Makes Democracies Endure?* Op. cit.

O movimento dos Indignados e as reivindicações por democracia real

As manifestações populares, em meio a demandas tão diversas como questões de seguridade social, de empregabilidade, de protesto contra as medidas de austeridade, etc., foram também movimentos políticos. As pessoas reclamavam por uma democracia autêntica. Neste sentido Castells⁵³⁸ defende que apesar de movimentos como o *Democracia Real Ya* espanhol (citado pela imprensa continuamente como os *Indignados*) ter “sido diluído mais tarde no oceano das demandas e dos sonhos presentes no movimento, e de ele ter sido o seu desencadeador”, o manifesto original por democracia real tornou-se o cerne comum, implícito ou explicitamente. Não foram apenas as questões econômicas que causaram esse fenômeno multifacetado, “mas foi basicamente a humilhação provocada pelo cinismo e pela arrogância das pessoas no poder, seja ele financeiro, político ou cultural”⁵³⁹.

Na mesma linha segue Chomsky⁵⁴⁰, que vislumbra semelhanças entre os movimentos *Democracia Real Ya* e os movimentos *Occupy Wall Street*⁵⁴¹. Ou seja, o autor não os confunde, porque tais movimentos guardam suas distinções. De qualquer forma, ambos incidem não sobre ditaduras, mas “contra a devastação dos sistemas democráticos e as consequências da versão ocidental do sistema neoliberal, que tem tido efeitos estruturais consistentes ao longo dos últimos 30 anos”⁵⁴².

⁵³⁸ CASTELLS, M. (2013) *Redes de Indignação e Esperança*. Op. cit. p. 97.

⁵³⁹ *Ibidem*. p. 08.

⁵⁴⁰ CHOMSKY, N. (2014) *Mudar o mundo*. Lisboa: Bertrand Editora Ltda. p. 55.

⁵⁴¹ “O Occupy Wall Street nasceu digital. O grito de indignação e o apelo à ocupação vieram de vários blogs (Adbusters, AmpedStatus e Anonymous, entre outros) e foram postados no Facebook e difundidos pelo Twitter [...] Em muitos casos de ameaça de ação policial contra as ocupações, as redes do Twitter alertaram milhares de pessoas, e sua mobilização solidária instantânea desempenhou destacado papel na proteção dos ocupantes ” Acerca da revolta na Tunísia, a centelha veio do protesto suicida de Mohamed Bouazizi, e segundo Castells o fogo se espalhou sobretudo nos papéis desempenhados pela internet e pela Al Jazeera. O primeiro, conforme já dito, através da cultura da internet (blogueiros, redes sociais e ciberativismo) que foi uma pré-condição para as revoltas. Quanto a Al Jazeera (TV não oficial e fora do controle governamental) “houve uma relação simbiótica entre jornalistas, cidadãos utilizando seus celulares para carregar imagens e informações no Youtube e a Al Jazeera, usando feeds por eles enviados e depois transmitindo-os à população em geral [...] Esse elo entre Al Jazeera e internet foi essencial durante as semanas das revoltas, tanto na Tunísia quanto em todo o mundo árabe. A Al Jazeera chegou a ponto de desenvolver um programa de comunicação para permitir que celulares fossem diretamente conectados a seu satélite sem necessidade de equipamentos sofisticados”. CASTELLS, M. (2013) *Redes de Indignação e Esperança*. Op. cit. p. 29.

⁵⁴² Tratando do tema da Primavera Árabe, Chomsky afirma que se tratou de “uma revolta tripla. Em parte, é uma revolta contra ditadores da região que têm apoio do Ocidente, dos EUA. Por outro lado, trata-se de uma revolta econômica contra o impacto das políticas neoliberais das últimas décadas. E, por fim, é uma revolta contra a ocupação militar”. Mas, comparando-a com as demais manifestações que ocorreram na Europa e USA, afirma que dentre os aspectos em que tais revoltas são similares ou de fato quase

Segundo Carlo Bordoni, contudo, vale atentar um aspecto que, segundo o próprio, foi “esquecido” por Castells e ele se refere ao fato de que “esses movimentos não são a causa, mas a consequência direta e socialmente significativa” das crises⁵⁴³. Os movimentos demonstraram que o sistema não dá mais conta de absorver as tensões e que “novos equilíbrios sociais precisam ser encontrados”⁵⁴⁴.

Assim, embora tenham ocorrido simultaneamente, os movimentos de levante popular que aconteceram na última década pelo mundo afora não podem ser teorizados como se fossem o mesmo, distanciados apenas geograficamente. Talvez o encorajamento seja o laço que os une, mas as pautas eram diversas. A teoria a respeito ainda está sendo construída, mas ao que parece o movimento que ainda ressoa na Europa tem fortes características do que Balibar chamou de antipolítica⁵⁴⁵.

Antipolítica, conforme reconhecida por Balibar, resulta em populismo e nacionalismo, ambos perigosos e sujeitos aos mais devastadores desvios. Com frequência ela se mostra o prelúdio de regimes tirânicos e autoritários, como demonstra a história recente. Ela parte de uma rejeição da política (“a política é coisa suja”) e, pela exaltação de figuras carismáticas capazes de atrair a atenção e a afeição das massas, logra justificar a ditadura do homem forte, o único que pode assumir a desencorajadora tarefa de endireitar as coisas. Sempre há um homem providencial pronto a intervir quando a relação entre o Estado e a cidadania está deteriorada. O nacionalismo é anacrônico e míope. Regressar aos valores tradicionais, cerrar as fileiras e valorizar apenas o que é reconhecido localmente e territorialmente delimitado parece hoje um esforço fútil. (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 25)

São duas faces de uma mesma moeda: de um lado o fenômeno da apatia política, dado que foi/é objeto de observação já há algumas décadas pelos teóricos da democracia; e, do outro lado, um fenômeno bem recente e ainda em efervescência, que são manifestações nas ruas e nas urnas de cidadãos indignados e críticos da democracia representativa. Em alguns momentos apáticos, indiferentes e em outros ativos e reivindicativos. Afinal, o que querem ou esperam os cidadãos em relação a um Estado de Direito democrático? Não obstante as plataformas diversas, muito das expectativas

idênticas “é que os efeitos destrutivos do neoliberalismo são muito elogiados por aquilo a que por vezes se chama a *troika* do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Mundial e do Departamento do Tesouro dos EUA. Na verdade, no caso do Egito, até poucas semanas antes da queda do regime, as elites financeiras internacionais elogiavam imenso a ditadura de Mubarak pelos fantásticos resultados e reformas econômicas. Coisas semelhantes estão a acontecer em África, nos Estados Unidos e na Europa”. In CHOMSKY, N. *Mudar o mundo*. Op. cit. p. 52.

⁵⁴³ BAUMAN, Z.; BORDONI, C. (2016) *Estado de Crise*. Op. cit. p. 175.

⁵⁴⁴ *Idem*.

⁵⁴⁵ BALIBAR, E. (2012) *Cittadinanza*. Torino: Bollati Boringhieri Editore.

“frustradas” dos cidadãos podem ser creditadas à manutenção de uma espécie de fé das pessoas nos seus “líderes” que em tese teriam as soluções e deveriam indicar as saídas para os problemas atuais. Afinal, desde séculos que somos convencidos da nossa menoridade no que diz respeito à capacidade de gerir a vida comum.

Mas, assim agindo, estaremos sobrecarregando a democracia real, com as expectativas que temos acerca da ideal, e agindo deste modo obscurecemos a visão sobre os seus problemas efetivos? Sob este aspecto cabe sempre lembrar o alerta de Todorov de que é preciso atentar que a construção do paraíso na Terra não faz parte do programa da democracia, afinal, “a imperfeição de toda ordem social é considerada como um dado prévio”⁵⁴⁶.

Existe a perspectiva de que a grande insatisfação dos cidadãos para com a democracia seria um sinal de saúde democrática: um sinal de que a opinião pública estaria cada vez mais exigente e politicamente madura⁵⁴⁷. Não há que se desconsiderar tal aspecto, bem como o fato de que a participação nas manifestações populares germinou em quatro continentes, numa reação que parecia em cadeia, e talvez esteja sendo objeto de reflexão mais de textos jornalísticos do que dos teóricos, sobretudo diante do grande desafio imposto de se analisar um fenômeno que não mora em textos já consolidados, mas que ainda está acontecendo. Ele esteve e ainda está nas ruas com características diversas, mas com algo de recorrente: o questionamento acerca da democracia. Fosse por uma democracia real (como clamavam na Europa os *Indignados* e na América do Norte os manifestantes do *Occupy Wall Street*), seja por uma democracia possível (*slogan* reclamado nas ruas brasileiras) ou por alguma e qualquer que fosse democracia (em alguns países árabes). Neste ponto é preciso admitir que nada nos parece mais democrático do que o poder de protestar, inclusive contra a própria democracia.

Os cidadãos reivindicavam por emprego, pelas garantias e conquistas que o *Welfare State* não tem mantido, ou contra a corrupção, a política intervencionista dos grandes bancos, a crise econômica e a impotência dos Estados em engendrar soluções credíveis. Alguns movimentos ergueram-se contra o gerenciamento da crise econômica europeia, mostrando-se contra os governos que se colocavam ao lado das elites financeiras, identificadas como responsáveis pela crise, em detrimento dos seus

⁵⁴⁶ TODOROV, T. (2012) *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. cit.

⁵⁴⁷ CROUCH, C. (2003) *Posdemocracia*. Op. cit.

cidadãos. E o fio comum que unia pessoas com experiências de vida diferentes e contextos tão diversos em termos culturais, econômicos e institucionais nasceu também do desprezo que se têm por seus governos e pela classe política, fossem eles ditatoriais ou, segundo os próprios manifestantes, pseudodemocráticos⁵⁴⁸.

Repercussão nas urnas

O próprio fato de que diversos partidos em toda a Europa, quer sejam classificados como de direita ou de esquerda, elejam a pauta “anti-austeridade” como plataforma política, diz muito sobre a crise e sobre o embate político europeu. Para além da tradicional disputa entre direita e esquerda, a agenda da “austeridade” parece aglutinar em torno de si uma plataforma política própria e autorreferente, capaz de capturar os principais partidos de “centro” atualmente no poder, ao mesmo tempo em que atrai a oposição dos extremos à esquerda e à direita, todos eles, em certa medida, “anti-austeridade”⁵⁴⁹.

Mas, os cidadãos estão votando contra a austeridade? Contra os governos? Ou contra os dois? Segundo Boaventura Santos⁵⁵⁰, os indicativos são mais consistentes em relação a votarem contra a primeira. Segundo Boaventura, a não regulação dos mercados financeiros é incompatível com a democracia, e, “perante o choque que estas questões provocam, os europeus estão a votar contra os governos que decidiram as medidas de austeridade. Fazem-no no entendimento, talvez subconsciente, de que, mudando de governo, se mudará de política”.

A situação política na Itália pode servir de ponto de inflexão para o entendimento de algumas questões. Antes da crise de 2008, aquele Estado-Membro já vivenciava o famigerado poder político de Silvio Berlusconi, fenômeno ao qual Danilo Zolo se referia como “uma paródia dramática e farsesca da democracia representativa”⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ CASTELLS, Manuel. *Redes de Indignação e Esperança*. Op. cit. p. 23.

⁵⁴⁹ GUIMARÃES, G.C. (2015) “É pegar ou largar”: um ultimato à democracia grega. Revista Eletrônica Carta Maior. Disponível em <http://cartamaior.com.br/?%2FEditoria%2FInternacional%2F-e-pegar-ou-largar-um-ultimato-a-democracia-grega%2F6%2F33877> Acesso em 08 de julho de 2015.

⁵⁵⁰ SANTOS, B. S. (2012) *Portugal*. Op. cit. p. 08-09.

⁵⁵¹ ZOLO, D. (2010) *Tramonto globale*. Op. cit. p. 14. Ainda sob a influencia midiática de Silvio Berlusconi, em texto posterior Zolo se resigna ao afirmar que “ninguém se atreve a pensar que Berlusconi não é, pelo menos quanto a forma e aos meios, um ponto de não retorno na estrada ágora eletrônica”. Cf. ZOLO, D. (1994)(Autorecensio) *Il principato democratico*. Per una teoria

Já no período de crise a insatisfação popular reverberou não só nas ruas, mas também nas urnas. E este foi um terreno fértil para o fortalecimento de movimentos populistas e antipolíticos. Nas últimas eleições italianas, por exemplo, o que se viu foi uma das principais economias do mundo colocar “um pé na fronteira da ingovernabilidade”, no sentido próprio que Norberto Bobbio denominava de “ingovernabilidade à italiana”, ao se referir à dificuldade crescente de naquele país se formar uma coalização estável de governo⁵⁵².

As manchetes dos jornais evidenciavam que o Partido Democrático, liderado por Luigi Bersani havia ganhado as eleições, mas não o poder, afinal governaria “à sombra” de (mais uma vez) Silvio Berlusconi e da novidade de um movimento contestador, inovador (e segundo muitos, populista) chamado Cinque Stele. Isto porque enquanto Bersani obteve maioria na Câmara dos Deputados, no Senado foi Silvio Berlusconi quem obteve quase 30% dos votos. Já o Movimento Cinque Stele (de fato um movimento e não um partido político) do “comediante” Beppe Grillo obteve inesperados 25,5% na Câmara de Deputados e 23,7% no Senado. Desconsiderando as coalizões dos partidos políticos, tal Movimento foi o mais votado das eleições de 2013, superando nacionalmente até mesmo o Partido Democrático⁵⁵³. Enquanto isso, o então presidente do Conselho italiano, Mario Monti (o único claramente europeísta), obteve apenas 11% dos votos.

O movimento Cinque Stele, que se autoproclama como uma alternativa de mudança, sem alianças políticas, embora não apolítico, tem sede virtual e seu presidente recusava-se a conceder quaisquer entrevistas ou a fazer propaganda eleitoral na TV, proclamando que o povo deveria voltar às praças e assim o fez com comícios em que reuniu milhares nas ruas italianas.

Dentre seus eleitores, muitos sequer conheciam as propostas políticas do movimento, mas votaram apenas para “não votar nos mesmos de sempre”. O fenômeno da antipolítica se manifesta nesta descrença dos cidadãos na classe política. Eram também muitos os italianos que, enquanto as TVs do país tentavam elucidar o emaranhado eleitoral em que se encontravam, declaravam que sequer entendiam como

realistica della democrazia. *Scienza & Politica*. Per una storia delle dottrine, [S.l.], v. 6, n. 11, dec. 1994. ISSN 1825-9618. Disponível em <<https://scienzaepolitica.unibo.it/article/view/2981>>. p. 115.

⁵⁵² BOBBIO, N.; PONTARA, G.; VECA, S. (1985) *Crisis de la democracia*. Barcelona: Editorial Ariel. p. 20.

⁵⁵³ Cerca de um quarto dos votantes confiaram no seu Movimento Cinco Estrelas, elegendo 108 deputados e 54 senadores.

funcionavam as eleições e os complexos cálculos de legendas. E mais uma vez os cidadãos apresentam-se como não informados (desta vez no âmbito da democracia nacional) sobre algo que lhes diz, e muito, respeito.

Após as eleições do Parlamento Europeu (2013), a Itália passou a integrar o grupo dos países europeus, que, nos seus processos eleitorais, apoiam os chamados partidos anti-sistema, antiausteridade, ou ainda pior, aos chamados de “eurocéticos”, e retornam a antigos líderes ou optam por aqueles que parecem ser diferentes de tudo que está posto.

Assim, atendendo à proposta da Professora Alessandra Silveira “é tempo de discutirmos sobre os desdobramentos da democracia europeia⁵⁵⁴”. No contexto multinível, com tantas ordens jurídicas e traços culturais e históricos tão distintos, pode-se falar na democracia ou, na verdade, coexistem diversas democracias (no plural), mas com mesma denominação? As questões são controversas e há muito sobre o que ponderar. Um dos problemas mais evidentes e que a crise trouxe à tona se refere a uma suposta supremacia alemã no contexto europeu. Que razões o conduziram ao quadro que se vê atualmente?

2.4. Há uma germanização da Europa?

“Todos sabem, mas dizê-lo abertamente significa quebrar um tabu: a Europa tornou-se alemã”. Quando Ulrich Beck, já num prefácio, enuncia tal citação, não parece ser apenas um recurso retórico, mas sim uma indicação do sentido que propõe à sua reflexão. Citando Thomas Mann ele reafirma que “hoje, estamos a assistir a uma variação que poucos previam: uma Alemanha europeia numa Europa alemã”⁵⁵⁵.

A partir desta discussão sobre “a Alemanha perante o ser ou não ser da Europa”, o autor exemplifica a situação mencionada a partir de uma notícia de rádio que teria causado no mesmo, simultaneamente, obviedade e perplexidade. A notícia ao qual o autor se refere foi: “O *Bundestag* alemão decide hoje o destino da Grécia”. Quando elabora seus argumentos a partir desta notícia, Beck descreve que esta dizia respeito a mais uma votação dos chamados pacotes de ajuda e, conseqüentemente, das medidas de

⁵⁵⁴ SILVEIRA, A. (2010a) *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*. Quid Juris, Lisboa. p. 12.

⁵⁵⁵ BECK, U. (2013) *A Europa Alemã. De Maquiavel a “Merkievel”*. Op. cit. p. 12.

austeridade que seriam aplicadas ao Estado grego, nas suas palavras reconhecidamente o berço da democracia. Indaga-se o autor, “o que significa, na realidade, uma democracia votar o destino de outra democracia? Sim, os gregos precisam do dinheiro dos contribuintes alemães, mas as medidas de austeridade equivalem a um esvaziamento da autodeterminação do povo grego⁵⁵⁶”. Para o autor, portanto, se configura uma ironia em relação ao Estado ao qual é atribuída a sua origem, perceber-se outra democracia se impor sobre a sua própria, como se a imposição *per si* não fosse algo, desde sempre, assimilado ao não-democrático⁵⁵⁷.

No entanto, tal perplexidade tem se difundido com intensidade nos mais diversos Estados-Membros. Não são poucos os que alegam que as decisões de Merkel contam, de modo efetivo, mais que a do Parlamento Europeu, quiçá dos Parlamentos Nacionais. E aos que convertem tudo em percentuais, um dado importante neste ponto é a consciência de que cerca de 40% do Orçamento Comunitário hoje na União Europeia são depositados pela Alemanha e pela França.

Daí a afirmação do eurodeputado português Carlos Coelho⁵⁵⁸ que enquanto a União Europeia mantiver seu orçamento montado na lógica das contribuições nacionais e não tiver recursos e orçamentos próprios da União, persistirá a ideia de que “a União Europeia tem Estados-Membros que pagam (estes são os generosos) e os Estados-Membros que recebem”, mantendo a nefasta ideia de que existem Estados-Membros de primeira e de segunda classe. Também Habermas propõe, dentre algumas reformas no nível europeu, que deveria ser previsto um orçamento europeu autofinanciado e que fossem voltados para programas de fomento de determinados Estados-Membros. E, conclui, “abrir-se-ia espaço para programas públicos de investimento direcionados a solucionar os desequilíbrios estruturais entre as economias da união monetária⁵⁵⁹”.

O fato é que há quase um século, a propósito, Keynes já apontava para os riscos e o problema estrutural que representava o papel central da economia da Alemanha para as demais economias europeias⁵⁶⁰. E segundo Beck, não é apenas a

⁵⁵⁶ BECK, U. (2013) *A Europa Alemã. De Maquiavel a “Merkievel”*. Op. cit. p. 12.

⁵⁵⁷ *Idem*.

⁵⁵⁸ Fundação Francisco Manuel dos Santos. Youtube “Que democracia queremos para a União Europeia? Portugal Europeu. E agora?” – 2.º Encontro Presente no Futuro.

⁵⁵⁹ HABERMAS, J. (2014) *No turbilhão da tecnocracia*. Op. cit. p. 16.

⁵⁶⁰ KEYNES, J.M. (1920) *The economic consequences of the peace*. Op. cit.

Grécia que está a ser afetada pela Alemanha, que passou de um país que fora destruído moral e materialmente após a Segunda Guerra Mundial e que passou de ser um discípulo obediente para o mestre da Europa. Com a crise econômica e do euro, a Alemanha decide acerca da União Europeia como um todo. Enfim, “não é só a Europa que se torna alemã: a verdade também se torna alemã, nomeadamente a verdade da política da austeridade⁵⁶¹”.

O erro fundamental da política de austeridade alemã não reside apenas em definir o bem comum europeu de forma unilateral e nacional, mas sobretudo na arrogância de definir os interesses nacionais de outras democracias europeias. E não é só em matéria de crise financeira e do euro, mas também noutras áreas – desde a ecologia até a energia nuclear – que os alemães pensam ter obrigação de assumir a responsabilidade. Têm a sensação de estar rodeados de nações de desleixados [...] o que os habitantes do Sul da Europa precisam é de ajuda, uma espécie de reeducação em matéria de poupança e de sentido de responsabilidade. (BECK, 2013, p. 85)

E o sociólogo alemão vai adiante: usando a sua instigante teoria da sociedade de risco em consonância com a teoria do poder de Maquiavel, procura demonstrar as afinidades e a inteligência tática comum entre a chanceler alemã (a quem se refere como Merkiavel) e o que propagava o filósofo florentino. Ressalta que nesta altura, e considerando a dependência que os países endividados têm do dinheiro alemão, “o novo poder alemão não se baseia, como no passado, na violência enquanto *ultima ratio*”, sendo a lógica do risco (do colapso econômico) mais eficiente que a lógica da guerra. Cabe, contudo, o registro que Beck pode ser reconhecido como um defensor da ideia da União Europeia e defendia que em decorrência desta, inegavelmente, havia mais resultados positivos que negativos a assimilar. Suas críticas às políticas de austeridade se referiam principalmente, como aqui enunciado, a não reciprocidade que estas fomentavam.

O autor não demonstra qualquer ingenuidade quando reconhece que, desde a recuperação econômica que começou a partir do pós-guerra, a economia europeia tem estado baseada na Alemanha. Mesmo havendo sido destruída pelas guerras, a Alemanha teve um espantoso retorno à história e consubstancia-se hoje como a economia mais forte da Europa⁵⁶². É, sem dúvida, a grande potência europeia e um importante centro industrial e exportador. E o contexto político a torna ainda mais

⁵⁶¹ BECK, U. (2013) *A Europa Alemã*. Op. cit. p. 80.

⁵⁶² CHOMSKY, N. (2014) *Mudar o mundo*. Op. cit. p. 93.

poderosa. Entretanto, Beck ressalva que “por outro lado, é possível que os alemães estejam a matar a galinha dos ovos de ouro, pois têm dependido fortemente do mercado de exportação da Zona Euro. Se isso cair por terra, a indústria alemã será afetada⁵⁶³”.

Não há como negar que tal distinção entre os Estados-Membros no interior da União Europeia se dá também pela força dos recursos financeiros, não necessariamente sob o prisma da organização, mas pelo mais simplório da quantidade. Vejamos: no interior da União Europeia a contribuição dos Estados-Membros é bastante distinta. Enquanto (base de referência, 2011) a Alemanha contribuiu para o PIB da União Europeia em torno de 20%, Portugal representou cerca de 1,4% do PIB e Chipre, Malta e Estônia representaram 0,1%⁵⁶⁴.

A hierarquia de poder que surge, assim, na relação entre as democracias nacionais não pode ser legitimada democraticamente, mas resulta das posições concretas que estas ocupam no mercado mundial. As decisões aqui tomadas não tem a mesma obrigação de legitimidade. Não nascem da votação democrática, mas resultam do poder econômico. (BECK, 2013, p. 76)

No mesmo sentido advertiu Viriato Soromenho-Marques, hoje a União Europeia é alemã “no sentido de que nada se passa na Comissão Europeia, no Conselho Europeu, no Parlamento Europeu, no Banco Central Europeu, nos governos nacionais, que não tenha de merecer aprovação do governo liderado pela Chanceler Angela Merkel”. As democracias nacionais, sobretudo, ganham ares de virtual, pelo menos até que a Alemanha valide as suas decisões. A contragosto de muitos é fato que a União Europeia hoje têm os olhos postos em Berlim. O autor não nega que por algumas décadas a União Europeia foi como um “jogo de soma positiva”, em que os participantes ali estavam para, em maior ou menor proporção, ganhar alguma coisa. Países como Portugal, por exemplo, que já tinha desde então uma economia não muito competitiva, até mesmo por sua menor dimensão demográfica no quadro europeu – se beneficiaram (e como!) com as transferências solidárias daquelas economias mais desenvolvidas. Mas, certamente, isso teria um preço, para além da dívida e dos juros a serem pagos, porque não se tratava somente de países com economias distintas, mas também com culturas financeiras diferentes.

⁵⁶³ *Idem.*

⁵⁶⁴ ROSA, M.J.V.; CHITAS, P. (2013) *Portugal e a Europa: os Números*. Lisboa: Ensaio da Fundação.

Também Ferreira⁵⁶⁵ afirma ser preciso refundar a Europa, pois foi permitido que ela se tornasse alemã. Com um título provocativo de *Da Europa de Schuman à não Europa de Merkel* o autor defende que, desde sempre ter sido evidente o peso do eixo franco-alemão, a União Europeia foi enfraquecendo a igualdade dos Estados-Membros, a ponto de atualmente estes obedecem a um poder central. Esta não era a Europa “dos iguais, tal qual foi pensada nas origens”.

⁵⁶⁵ FERREIRA, E. P. (2014) *Da Europa de Schuman à não Europa de Merkel*. Op. cit.

CAPÍTULO TERCEIRO: O CONTEXTO DE CRISE

3. REPERCUSSÕES DA CRISE ECONÔMICA FINANCEIRA NA DEMOCRACIA MULTINÍVEL: O CASO DA UNIÃO EUROPEIA

Será que a Europa dos mercados precede a Europa dos homens?[...] Terá o grande mercado uma alma?

Pascal Fontaine *in* A Europa em 12 lições.

Tal como o termo democracia, crise é um símbolo linguístico inflacionado no léxico⁵⁶⁶. Sua origem é atribuída à medicina grega na qual indicava a transformação ocorrida no ápice de determinada doença⁵⁶⁷ que poderia culminar na cura ou na morte do indivíduo. Na modernidade é associado à fase de recessão e de conjunturas desfavoráveis no âmbito da economia, tendo usualmente conotação econômica⁵⁶⁸. Em ambas as acepções as crises nos jogam em um lugar de incerteza e impõe a necessidade de ajustes de adaptações⁵⁶⁹.

A recorrência do uso do termo traduz uma realidade que tem povoado a opinião pública, os textos acadêmicos e a imprensa europeia. Neste cenário os holofotes se voltam, sobretudo, para os economistas que tentam traduzir para o cidadão comum um suposto real significado da crise. Para tal são apresentadas estatísticas e gráficos que demonstram o decréscimo das economias, do produto interno bruto, do poder de compra, o aumento dos índices de desemprego e de emigrações⁵⁷⁰.

É recursiva ainda a comparação da chamada de “crise de 2008” com a Grande Depressão que teve início em 1929 e causou o colapso da Bolsa de valores de Nova Iorque. De fato *a priori* este é um paralelo possível, porquanto se trata de crises

⁵⁶⁶ Acerca do caráter inflacionado do termo crise ZOLO, D. (1987) *Complessità e democrazia*. Op. cit.

⁵⁶⁷ ABBAGNANO, N. (2012) *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. p. 222. O conceito de crise e sua aplicabilidade ao contexto atual serão analisados detidamente no capítulo 3 desta tese.

⁵⁶⁸ BAUMAN, Z.; BORDONI, C. (2016) *Estado de Crise*. Op. cit.

⁵⁶⁹ *Idem*.

⁵⁷⁰ No âmbito dos dados efetivamente esclarecedores e dirigidos ao cidadão comum merece destaque o contributo da publicação ROMANO, P. (2017) *Conhecer a crise*. Dados e factos. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos. Neste foram compilados mais de 100 dados estatísticos referentes à crise portuguesa em domínios tais como: mercado laboral, padrões de consumo, apoios sociais, desigualdade, bancos, finanças públicas dentre outros.

econômico-financeiras que tiveram advento nos Estados Unidos da América, repercutiram em escala global e implicaram em mudanças profundas nos sistemas social, econômico⁵⁷¹ e jurídico. No entanto, não obstante guardarem semelhanças⁵⁷², as crises – e esta em particular – conservam peculiaridades.

Sob o prisma das diferenças, uma precisa ser demarcada: esta se refere à forma como a crise contemporânea está atrelada ao Estado, ou mais especificamente, ao *Welfare State*. Embora as “vítimas” de 1929 tivessem frágeis expectativas quanto à solução dos problemas que enfrentavam, as suas dúvidas não persistiam quanto ao “onde” buscar o socorro devido: no Estado⁵⁷³. Um Estado forte e detentor dos dois recursos “indispensáveis à tarefa”: o *poder* enquanto “capacidade de levar as coisas a cabo”, e a *política*, “a habilidade de decidir como as coisas devem ser feitas”⁵⁷⁴.

Ocorre que no século XXI “o estado do Estado” é diverso e as dimensões do poder e da política não mais estão necessariamente atreladas⁵⁷⁵. Mesmo com a expansão do modelo pós-westfaliano desde os anos de 1970 que as promessas de um Estado que protegeria os seus cidadãos dos infortúnios e medos (da pobreza, da exclusão, do desemprego, da falta de moradia etc.) começaram a falhar⁵⁷⁶. E a retração do Estado Social coincide com a desconfiança dos cidadãos na eficácia deste mesmo Estado para resolução das questões que se impõem⁵⁷⁷. São tempos de “interregno”, nos termos propostos por Gramsci e retomados por Zygmunt Bauman. Um período em que “o velho está morrendo e o novo não pode nascer”⁵⁷⁸.

Ademais, nas crises econômicas há a tendência de sobrecarga das justificativas que propagam a escassez dos recursos públicos como um impeditivo do suprimento das demandas – cada vez maiores – do Estado Social. No caso europeu, tal fator incidiu também nos direitos fundamentais e sociais. Assim, mais do que finanças a

⁵⁷¹ Segundo Carlo Bordoni, caso esta crise fosse de curta duração sequer seria apropriado se referir ao termo crise, mas sim a conjuntura. Nesta obra, o autor se refere ao *crash* de 1929 como depressão, e ao contexto atual como crise. BAUMAN, Z.; BORDONI, C. (2016) *Estado de Crise*. Op. cit.

⁵⁷² Segundo Krugman as crises econômicas “tendem a apresentar sinistra aparência umas com as outras”. KRUGMAN, P. (2009) *A crise de 2008 e a economia da depressão*. Op. cit. p. 163.

⁵⁷³ BAUMAN, Z.; BORDONI, C. (2016) *Estado de Crise*. Op. cit. pp. 16 ss.

⁵⁷⁴ *Idem*.

⁵⁷⁵ Sobre o divórcio do poder e da política no Estado contemporâneo BAUMAN, Z.; BORDONI, C. (2016) *Estado de Crise*. Op. cit.

⁵⁷⁶ Sobre o o *Welfare State* como modelo de Estado que protege os cidadãos do medo ver BAUMAN, Z.; BORDONI, C. (2016) *Estado de Crise*. Op. cit.; BAUMAN, Z. (2008) *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar; ZOLO, D. (2011a) *Sulla paura*. Op. cit.

⁵⁷⁷ BAUMAN, Z.; BORDONI, C. (2016) *Estado de Crise*. Op. cit. p. 21.

⁵⁷⁸ BAUMAN, Z. (2011) *44 Cartas do Mundo Líquido Moderno*. Rio de Janeiro: Zahar. p. 148.

crise implicou em mudanças nas condições de trabalho e de salário, na saúde, na previdência, nos serviços sociais, na qualidade de vida, nas relações interpessoais, no funcionamento das instituições e do conteúdo da democracia⁵⁷⁹. Daí a afirmação de que esta crise anda de mãos dadas com a crise do *Welfare State* e que de ambas decorre uma tensão jurídica e democraticamente relevante.

A primeira etapa do capítulo corresponde à caracterização da situação-problema⁵⁸⁰ e a sua contextualização. Para atender tal fim se parte do conceito de crise, sua incidência a partir de 2008 e a verificação do seu impacto na União Europeia. Em seguida a análise será circunscrita aos reflexos da crise nos Estados-Membros que adotaram medidas de austeridade sendo demonstrado que o impacto se deu em escalas diversas e afetou mais incisivamente aqueles que recorreram a “pacotes de financiamento” em Programas de Assistência Econômica e Financeira com a *Troika*.

Será proposta em seguida uma reflexão acerca da suposta incompletude de eficácia dos direitos sociais não obstante o resguardo do *Welfare State*, bem como da atualização crítica deste impasse, a partir da teoria dos custos dos direitos⁵⁸¹. Ver-se-á que, se dentre os argumentos da não eficácia dos direitos sociais está o de que estes exigem prestações positivas e custosas ao Estado, ao revés dos direitos individuais, uma abordagem a partir da teoria dos custos põe esse juízo em suspenso. No tópico seguinte serão referidos alguns dos direitos impactados pela crise econômica e pelas medidas de austeridade e na fase seguinte serão apresentadas perspectivas que sustentam o argumento da possibilidade de uma delimitação de freios ao retrocesso de direitos fundamentais que impliquem no enfraquecimento da democracia, ou a convertam numa “democracia de baixa intensidade”⁵⁸². Tais perspectivas se direcionam para o limite plausível, enquanto conceito juridicamente operativo, do princípio da dignidade da pessoa humana e para a atuação efetiva dos Tribunais, na salvaguarda da constitucionalidade e da democracia⁵⁸³.

⁵⁷⁹ GALLINO, L. (2009) *Con i soldi degli altri*. Turim: Einaudi. p. 15.

⁵⁸⁰ A retração de direitos em períodos de crise não seja um evento observável unicamente no contexto europeu, a decisão por delimitar a análise a este campo se deu, em especial porque o modelo europeu me parece a mais sólida referência para a interseção entre a democracia e o *Welfare State*, sobretudo ante o desenvolvimento diferenciado das últimas décadas do século XX.

⁵⁸¹ A partir de HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. (1999) *The Cost of Rights*. Op. cit.. E, ainda, GALDINO, F. (2005) *Introdução à Teoria dos Custos dos direitos*. Op. cit.

⁵⁸² Termo e conceito presentes em SANTOS, B. S.; AVRITZER, L. (Orgs.) (2003) *Democratizar a democracia*. Op. cit.

⁵⁸³ Cabe ressaltar que, salvo quando as particularidades do sistema multinível o exigirem, as análises teóricas não serão feitas exclusivamente à luz do direito da União Europeia. No desenvolvimento da argumentação será recorrido também às teorias dos

3.1. Aspectos gerais da crise econômica de 2008

A chamada “crise de 2008” se originou nos Estados Unidos da América, por volta dos anos 2000 e sua acelerada propagação pode ser atribuída ao fenômeno da globalização⁵⁸⁴. Esta teve um “efeito cascata” e incidiu em diversas economias do globo, de modo que lhe foi creditado o *status* de uma crise mundial.

De modo sumário é possível afirmar que esta crise eclodiu com o colapso das hipotecas imobiliárias e posterior declaração da concordata do Banco *Lehman Brothers*, que tinha sede mundial em Nova Iorque. Começou por afetar o setor da habitação e financeiro, para em seguida impactar economias inteiras no âmbito do crescimento dos Estados, nos mercados de trabalho, nos orçamentos e em praticamente todos os sectores da vida dos cidadãos⁵⁸⁵.

A suprareferida instituição bancária havia criado em idos de 1984 um sistema conhecido como *auction-rate security* (ARS) que permitia a mutuantes empréstimos por prazos de até 30 anos. A mutuária poderia com frequência semanal realizar leilões para que novos investidores pudessem substituir aqueles que porventura desistissem do empreendimento. Mas, quando este sistema de empréstimos havia atingido o seu apogeu, com mais de 400 bilhões de dólares investidos, o sistema colapsou e aconteceu o chamado de “estouro da bolha imobiliária”⁵⁸⁶.

Um após o outro os leilões fracassaram, uma vez que poucos novos investidores se apresentavam para permitir a saída dos investidores atuais. Quem imaginava que dispunha de acesso imediato ao dinheiro descobriu que estava amarrado a investimentos com duração de décadas e irredimíveis antes do vencimento. E nas sucessivas tentativas de leilões, cada fracasso levava a outro. (KRUGMAN, 2009, p. 167-168)

O fato é que o *Lehman Brothers* compunha o que no jargão da economia se denomina de “sistema financeiro de bancos paralelos” ou “sistema bancário sombra”

direitos fundamentais e constitucionais brasileiras e norte americana. Isto porque, (i) é preciso honestidade acadêmica no sentido de reconhecer as limitações ante um direito que vem sendo construído há décadas e com aprofundamentos inesgotáveis; (ii) a inexistência de uma teoria geral dos direitos fundamentais, seja a nível europeu ou mundial; e, por fim, (iii) porque entendo que tais elaborações e olhares “estrangeiros” tem o potencial de lançar luzes distintas na compreensão do tema propostos.

⁵⁸⁴ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit. p. 20.

⁵⁸⁵ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

⁵⁸⁶ Descrição ainda mais detalhada que esta apresentada acerca das ARS ver em KRUGMAN, P. (2009) *A crise de 2008 e a economia da depressão*. Op. cit.

e se refere às instituições que, embora executem funções de banco, não o são sob o ponto de vista regulatório da atuação⁵⁸⁷. Este sistema se mostrou vulnerável e desencadeou a crise em vários setores, inclusive com a falência de dois dos maiores bancos de investimento. Como conclui Krugman, “os riscos crescentes de crise no sistema financeiro e na economia como um todo foram ignorados ou descartados. E a crise eclodiu”⁵⁸⁸.

Assim sendo, 2008 pode ser demarcado como o ano em que oficialmente esta crise econômica passou a repercutir na União Europeia⁵⁸⁹, provocando retração nas economias e afetando inclusive os Estados-Membros que até então apontavam para crescimentos progressivos⁵⁹⁰. E embora o impacto tenha sido comum, este se deu em escalas diversas. Isto porque alguns Estados recorreram a resgates financeiros, justamente com o intuito de dirimir os danos das suas economias em recessão⁵⁹¹.

Destes “socorros financeiros” decorreram drásticas medidas restritivas orçamentárias, que alargaram problemas cambiais e repercutiram no âmbito dos direitos dos cidadãos. Não há, pois, como tratar desta crise europeia e os impactos efetivos dos quais me reporto, sem a reflexão acerca das medidas de austeridade, a partida compreendidas enquanto combinação de economia, política e ferramentas legais “para reduzir a dívida e controlar os gastos públicos”⁵⁹².

⁵⁸⁷ *Idem*.

⁵⁸⁸ *Ibidem*. p. 172.

⁵⁸⁹ VICTORIA, A. G. (2014) Los derechos sociales en tiempos de crisis económica. Comunicação apresentada no Congresso Internacional “*El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*”. Disponível em <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-19-14>

⁵⁹⁰ No caso da economia belga, por exemplo, esta havia se destacado na zona euro mas o crescimento econômico passou para números negativos a partir de 2012. GHAILANI, D.; VANHERCKE, B. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Belgium*. Milieu Ltd: Belgium. Quanto a Itália, no período compreendido entre 2008 e 2013 a economia encolheu 7,5% e mais de 450 mil vagas de emprego foram perdidas. TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

⁵⁹¹ Portugal à época tinha sofrido sucessivos rebaixamentos de agências de *rating*, e vivenciava os efeitos da crise que assolava a Europa. Dentre estes o desemprego que duplicou desde 2008, a emigração que alcançou números elevados e o PIB que recuou aos níveis de 2000. CANOTILHO, M. R. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Portugal*. Milieu Ltd: Belgium. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>. European Parliament. Policy Departments.

⁵⁹² TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit. p. 23.

3.2. A insuportável dureza da austeridade

*A austeridade é o remédio que cura
Dizem aqueles que não sentem seus efeitos
Mais um tempo e virá uma tal fartura
Que estarás no paraíso dos eleitos
Tudo isto existe,
Tudo isto é triste,
Tudo isto é fado.*

António Carlos Dos Santos *in* O Fado da Austeridade

Na definição proposta por Mark Blyth “austeridade é uma forma de deflação voluntária em que a economia se ajusta através da redução de salários, preços e gastos públicos para restaurar a competitividade”⁵⁹³. E, aos meus olhos, é inegável o caráter controverso das medidas de austeridade. Acerca deste problema, há pelo menos três sentidos possíveis para tratar deste mesmo tema: o dos *reflexos na sociedade, da viabilidade econômica* e do *impacto jurídico* das medidas de austeridade. Esta análise se concentra no último, mas inicia com incursões nos demais que tocam em questões democraticamente relevantes.

Aspecto (im)popular das medidas de austeridade

Neste âmbito é perceptível que para o cidadão a crise econômica ressoa como enigmática e gravosa⁵⁹⁴, de modo que mesmo as crianças a referem⁵⁹⁵. A máxima que se repete é que o remédio para crise (no caso, a austeridade) está matando o paciente e o termo *troika* hoje se refere ao FMI, a Comissão Europeia e ao Banco Central Europeu ou simplesmente a austeridade, pressupondo os efeitos negativos que esta teve sob a vida do cidadão comum. Sem adentrar num mérito cabível a uma sociologia da austeridade⁵⁹⁶, a repercussão social traz indicativos para a presente análise

⁵⁹³ BLYTH, M. (2013) *Austerity*. The history of a dangerous idea. New York: Oxford University Press. p. 12.

⁵⁹⁴ Segundo Viriato Soromenho-Marques, “se os tratados, desde o seu início, proporcionaram uma malha jurídica cada vez mais densa e opaca [...]“acrescida, ainda, a dimensão econômica e financeira da crise, torna-se tudo ainda mais complicado, nebuloso e hostil para um esforço de compreensão”. SOROMENHO-MARQUES, V. (2012) A crise como experiência de sofrimento. *Radar Ensaio*. Disponível em <http://www.viriatoromenho-marques.com/Imagens/PDFs/01%2003%202012%20VSM%20Visao%20Crise%20como%20Sofrimento.pdf>.

⁵⁹⁵ Acerca do olhar das crianças ver o excelente relatório que lhes concedeu voz no contexto de crise. GRILO, M. M. (Coord) (2013) *As crianças e a crise em Portugal*. Vozes de crianças, Políticas Públicas e indicadores sociais. Relatório-síntese. UNICEF. Comitê Português. Disponível em: www.unicef.pt

⁵⁹⁶ Em Portugal é já possível referir ao delineamento de teorias contemporâneas centradas na “sociologia da austeridade”. Uma

e – a partir do caso concreto português – passíveis de serem explanados.

Numa breve digressão cabe assinalar que o prognóstico para a economia portuguesa não era otimista antes mesmo da crise financeira global. Em 2006, o então economista-chefe do FMI havia descrito Portugal como “um país em sérios problemas” face “um crescimento anêmico de produtividade, um crescimento econômico muito baixo, um déficit orçamental elevado e a perspectiva provável de desinflação competitiva”⁵⁹⁷. Com isso vê-se que as limitações econômicas deste Estado eram pré-crise e se somavam à necessidade de cumprir as exigências da UE, especialmente como membro da Zona Euro.

Entre 2008 e 2013 o Estado sofreu ao menos duas grandes ondas de recessão econômica. A primeira, logo na sequência da falência do *Lehman Brothers* e a segunda, que se refere ao estímulo e adoção de medidas de austeridade principalmente pós 2011 e culminou com a assinatura de um programa de ajustamento econômico orientado para a austeridade⁵⁹⁸. Em Portugal, o programa da *troika* foi a contrapartida da concessão de um crédito de emergência no valor de 78 bilhões de euros.

A reiterada questão da soberania repartida e da autonomia dos Estados

Repercute na opinião pública que as medidas de austeridade são impostas pela *troika* aos governos nacionais, sendo comum a associação destas a ingerência da União Europeia, a disfunção da união monetária e a transferência de domínios genuinamente nacionais (como políticas públicas e de saúde) para o nível europeu, decorrentes de uma chamada europeização⁵⁹⁹.

O primeiro aspecto que este “senso comum” permite evidenciar remete a tensões do sistema multinível democrático. Sem embargo de uma suposta ingerência de um Estado-Membro sobre o outro⁶⁰⁰, o contexto demonstra que não se trata de um

excelente análise se vê em In FERREIRA, A. C. (2014) *Política e Sociedade: Teoria social em tempo de austeridade*. Porto: Vida Econômica.

⁵⁹⁷ PEDROSO, P. (2014) *Portugal and the Global Crisis*. The impact of austerity on the economy, the social model and the performance of the state. p. 02. Disponível em <http://library.fes.de/pdf-files/id/10722.pdf>

⁵⁹⁸ PEDROSO, P. (2014) *Portugal and the Global Crisis*. Op. cit.

⁵⁹⁹ Sobre esta concepção FREIRE, A.; MOURY, C. (2014) O apoio dos “cidadãos” e das “elites” à UE, antes e depois da crise financeira. Os países periféricos da Europa do Sul (Grécia, Portugal e Espanha) numa perspetiva comparada. *Relações Internacionais*. pp. 97-122. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/ri/n41/n41a07.pdf>

⁶⁰⁰ Conforme tratado no item 2.4 desta tese.

problema apenas nacional ou de repartição de “culpas”, pois exige (ainda) o debate sério tensão em torno das soberanias nacionais⁶⁰¹.

O contexto exige repensar o conceito clássico de soberania, pois a ideia do século XVI que a vincula ao Estado territorial⁶⁰² e ao caráter absoluto⁶⁰³ não parece mais que uma ficção jurídica⁶⁰⁴, que no âmbito da União Europeia tem sido continuamente posta em discussão. Na própria formação da UE o seu “parcelamento” está expresso em textos constitucionais dos Estados-Membros⁶⁰⁵. No caso em apreço a crise de soberania incide especificamente na falta de verdadeira autonomia dos Estados-Membros para definir as políticas econômicas e sociais para o enfrentamento da crise e na dependência do Estado ante as Instituições Europeias⁶⁰⁶. De todo modo o discurso no sentido de que tais medidas são impostas pode servir para diminuir, ao menos no plano eleitoral, o impacto impopular das medidas de austeridade.

André Freire e Catherine Mourystes realizaram um estudo sobre os efeitos da crise econômica de 2008 no apoio à União Europeia⁶⁰⁷. Segundo os autores, com o advento da crise, a própria legitimidade da União Europeia foi desafiada de diferentes maneiras, e uma destas incidiu na confiança de cidadãos que se depararam com condições econômicas nacionais e/ou individuais se deteriorando, numa afronta ao cumprimento pela União, ou ao menos daquilo “que as pessoas dela esperam nomeadamente o crescimento econômico”.

Assim, no contexto crise, houve uma diminuição profunda no nível de confiança dos cidadãos na UE, mas este efeito não foi imediato. Segundo os autores, em 2009 a confiança global dos cidadãos em Portugal, na Grécia e na Espanha na UE

⁶⁰¹ Neste exato sentido ver CANOTILHO, M. R. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit. p. 09.

⁶⁰² MORGENTHAU, H. J. (2003) *A política entre as nações*. A luta pelo poder e pela paz. Brasília: Editora da UnB. Segundo o autor naquele contexto, a soberania representava a poder dos “príncipes”, que exerciam suas autoridades dentro de um determinado território, e os protegia da “autoridade universal do imperador e do papa”. Quanto aos cidadãos estes estavam tutelados, pois os protegia da ingerência de príncipes vizinhos. Assim, “a doutrina da soberania inseria esses fatos políticos no nível de uma teoria legal, o que lhes conferia tanto a aprovação moral como a aparência de uma necessidade legal”.

⁶⁰³ MATIAS, E. F. P. (2005) *A humanidade e suas fronteiras*. Op. cit.

⁶⁰⁴ BORGES, J. S. M. (2009) *Curso de Direito Comunitário*. Op. cit. p. 69-70.

⁶⁰⁵ MAGALHÃES, J. L. Q. (2009) *Comentários ao Art. 1º*. Op. Cit..

⁶⁰⁶ *Idem*.

⁶⁰⁷ Trata-se de análise comparativa referente tanto aos cidadãos quanto aos seus representantes entre Grécia, Portugal e Espanha e os demais membros da União Europeia. Para a elaboração do artigo, os autores declaradamente se basearam nos dados do Eurobarómetro e do projeto INTUNE. FREIRE, A.; MOURY, C. (2014) O apoio dos “cidadãos” e das “elites” à UE, antes e depois da crise financeira. Op. cit. pp. 97-122.

sofreu decréscimo pouco significativo, tendo colapsado somente no início de 2010.

Isto sugere que os cidadãos têm um certo grau de “tolerância” para o abrandamento económico, e que é a sua duração no tempo, mais do que a sua ocorrência, o que afeta a confiança. Uma explicação adicional pode ser a forma como os decisores políticos europeus lidaram com a crise, em particular desde o primeiro resgate da Grécia. Estes parecem, muito frequentemente, fornecer apenas medidas ad hoc para questões mais agudas, ao invés de soluções de longa duração para problemas de fundo. As hesitações, os desacordos, dos decisores políticos europeus, sobre a melhor forma de abordar a crise, e o insucesso de muitos dos seus planos para devolver a confiança aos mercados, deram a impressão, a muitos cidadãos, de que não sabiam ao certo o que estavam a fazer. (FREIRE, A.; MOURY, C., 2014)

A crise como um acento nas discrepâncias regionais

Outro reflexo democrático das medidas de austeridade foi que estas evidenciaram as disparidades entre os Estados-Membros e se chocaram inclusive com elementos fundantes do processo de integração europeu⁶⁰⁸. Ao pontuar este tópico com o termo “acento”, o faço para pontuar que as economias nacionais, além de se encontrarem (antes da crise) em diferentes níveis de desenvolvimento, estas são organizadas mediante diferentes estilos econômicos⁶⁰⁹. A intensidade da crise se deu de modo disforme e foi menos acentuada nos Estados-Membros que, por “argumento defensável”, tinham economias estabilizadas e mais desenvolvidas⁶¹⁰.

Se da perspectiva da ciência econômica esta é uma constatação coerente, o modo como os dados estatísticos têm sido interpretados e os efeitos que tais verificações podem alcançar no âmbito social são problemáticos. Dentre outros efeitos, a austeridade fiscal provocou um “estrangulamento monetário” passível de causar “fraturas de sociedades, governos e até Estados”⁶¹¹. E assim, a já conhecida narrativa de “vencedores e perdedores”, segundo a qual os grupos mais pobres da sociedade drenam os recursos do Estado em momentos de crise econômica e tornam necessário que os membros da sociedade economicamente mais produtivos suportem o impacto adquiriu

⁶⁰⁸ SEN, A. (2012b) *Austerity is undermining Europe's grand vision*. Op. cit.

⁶⁰⁹ HABERMAS, J. (1999) Nos limites do Estado. Especial. *Jornal Folha de São Paulo*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs18079905.htm>.

⁶¹⁰ Para aprofundamento do tema ver o estudo MILIO, S. (2014) *Impact of the economic crisis on social, economic and territorial cohesion of the european union*. Directorate-General for Internal Policies Policy Department B: Structural and Cohesion Policies Regional Development. Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/529066/IPOL-REGI_ET\(2014\)529066_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/529066/IPOL-REGI_ET(2014)529066_EN.pdf).

⁶¹¹ Cruz Oliviero

uma dimensão multinível, ou noutros termos, para além das fronteiras dos Estados nacionais⁶¹².

Esta discrepância foi ressaltada mesmo nas falas de altos representantes das instituições europeias⁶¹³ e comumente nos comentários político-econômicos os Estados-Membros, aqueles do Sul da Europa são mencionados como espécie de alunos inábeis ou sob o rótulo discriminatório de PIIGS (sigla para se referir a Portugal⁶¹⁴, Itália, Irlanda, Grécia e Espanha). Esta “desastrosa classificação” que divide os Estados entre bons e maus se revelou, no mínimo, arriscada⁶¹⁵. De todo modo, também este pode ser mais um aspecto evidenciado, mas não necessariamente causado pela crise⁶¹⁶. Em artigo recente Boaventura Souza Santos trata de outro Sul dentro da Europa, que é geográfico e também metafórico. O autor se refere aos países do Sul (em particular Grécia, Espanha e Portugal) que são historicamente depreciados e como exemplo cita que entre o século XV e o XVIII podem ser encontradas diversas narrativas de viajantes

⁶¹² O’CINNEIDE, C. (2014) Austerity and the Faded Dream of a Social Europe. In NOLAN, A. (Ed.) *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*. Cambridge University Press: Forthcoming. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2317534. p. 13.

⁶¹³ Ganhou grande repercussão a declaração do presidente do Eurogrupo (Jeroen Dijsselbloem) que em entrevista ao jornal alemão *Frankfurter Allgemeine Zeitung* afirmou que “o pacto dentro da zona do Euro se baseia na confiança. Na crise do euro, os países do euro do Norte mostraram sua solidariedade com os países em crise. Como social-democrata considero a solidariedade extremamente importante. Mas quem exige isso também tem obrigações. Não posso gastar todo meu dinheiro com álcool e mulheres, e depois pedir ajuda”. Disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/internacional/1490111978_253779.html. Apesar do próprio Dijsselbloem ter garantido que na sua declaração se referia a todos os Estados-Membros “o facto de aliar a ideia de “solidariedade” à de “obrigações” descortina que os alvos eram, acima de tudo, os países do sul da Europa, como a Grécia ou Portugal, aqueles que se viram forçados a contrair empréstimos junto do Banco Central Europeu (BCE) e do Fundo Monetário Internacional (FMI) no rescaldo da crise financeira que estalou em 2008 e que continua a assombrar o bloco.” Cf. <http://expresso.sapo.pt/internacional/2017-03-22-Quem-e-Jeroen-Dijsselbloem>. Não obstante a repercussão e votos de repúdio de diversos partidos políticos e líderes de Portugal, Espanha e Grécia que vislumbraram como contrários “aos princípios fundamentais do projeto europeu” e até mesmo xenófobas as declarações do Presidente do Eurogrupo este se recusou a um pedido de desculpas e afirmou que a sua mensagem foi mal entendida ao fazer emergir um confronto entre norte e sul. <http://www.jornaleconomico.sapo.pt/noticias/dijsselbloem-nao-se-demite-e-desculpa-se-com-cultura-de-rigor-holandesa-136665>

⁶¹⁴ Referido como “um bom aluno”, Portugal (aqui me refiro às decisões dos seus representantes e não a uma consciência nacional) cumpre seus compromissos com respeito às condições da concessão do pagamento e das medidas de austeridade impostas. Esta postura é alvo também de críticas, dentre estas a de Boaventura S. Santos que afirma parecer escapar aos portugueses o quanto estão “a ser agidos”. SANTOS, B. S. (2012) *Portugal*. Ensaio contra a autoflagelação. Op. cit. p. 15.

⁶¹⁵ FREIRE, A.; MOURY, C. (2014) O apoio dos “cidadãos” e das “elites” à UE, antes e depois da crise financeira. Op. cit.

⁶¹⁶ Numa análise que parte da hipótese de “identidade instrumental, relacionada ao bem-estar”, e aprofunda a questão do possível impacto da crise econômica nas identidades nacionais. Ver JIMÉNEZ, A. M. R. [et al] (2016) *The Impact of Economic Crisis and Inequality on Attachment to the Nation*. IPSA. AISP. Paper disponível em <http://paperroom.ipsa.org/papers/view/48698>. Em suma, os resultados apresentados pelas autoras demonstram que, o encolhimento do PIB além de ter afetado negativamente o vínculo com a nação, a crise parece ter também agravado a dinâmica dentro do grupo/fora do grupo, resultando assim em um reforço da identidade nacional como mecanismo para excluir o “Outro” ante a escassez social dos serviços.

do Norte da Europa que atribuíram aos portugueses e aos espanhóis características depreciativas, como: “condições de vida precárias, preguiça e lascívia, violência, afabilidade, negligência higiênica, ignorância, superstição, irracionalidade, etc”⁶¹⁷. Segundo o autor esta dualidade Norte-Sul está arraigada na cultura europeia e pode ajudar a explicar parte das dificuldades na abordagem da crise financeira.

Assim, do modo como comumente tem sido exposto, a atribuição da “culpa” da crise recai sobre a gestão equivocada dos governos nacionais e os maus hábitos econômicos dos seus respectivos cidadãos. Esta é, contudo, uma constatação simplista, em parte equivocada e que transforma uma “responsabilidade sistêmica em responsabilidade moral”⁶¹⁸.

Ademais, a crise não deve ser reduzida às dívidas públicas, pois isto atenta contra a realidade objetiva, de que o aumento da dívida pública pode não ser causa, mas sim consequência⁶¹⁹ de uma situação que fora agravada não necessariamente por má administração pública ou privada no âmbito de determinados Estados-Membros. Pode apontar para uma saída cômoda que afasta o olhar de questões como o conteúdo democrático das decisões políticas, das possíveis falhas da arquitetura original do euro e das discrepâncias não sanadas entre as economias dos Estados-Membros. Indicam, ainda, sob um ângulo pouco mencionado, o quanto podem ser gravosas para a própria integração europeia. Em discurso pronunciado no XXV Congresso da FIDE (Federação Internacional para o Direito Europeu) realizado em Tallinn (maio/2012), Viviane Reding⁶²⁰ ressaltava o quanto a crise trouxe consigo um momento delicado para a própria arquitetura de integração da União Europeia.

A eliminação de divergências seculares entre as nações foi um dos elementos de integração mais caros aos pioneiros do projeto europeu. Mas as “desafeições” tem sido justamente fomentadas por “políticas profundamente divisórias,

⁶¹⁷ SANTOS, B. S. (2016) Para uma nova visão da Europa: aprender com o Sul. Op. cit.

⁶¹⁸ SOROMENHO-MARQUES, V. (2014) *Portugal na queda de Europa*. Op. cit. p. 120. Embasando o entendimento que a crise é sistêmica e não apenas um problema interno. SANTOS, B. S. (2012) *Portugal*. Ensaio contra a autoflagelação. Op. cit.

⁶¹⁹ Este é um desenvolvimento presente em SOROMENHO-MARQUES, V. (2014) *Portugal na queda de Europa*. Op. cit. Segundo análise (e dados) de Pedro Miguel Ramos, no que diz pertine à dívida pública, e considerando a diferença na dimensão das economias, antes da crise econômica atual, a dívida pública de Portugal e de outros tantos Estados do “sul” era inferior a da Alemanha, da França e da média dos Estados da Eurozona. RAMOS, P. M. G. N. (2013) *Torturem os números que eles confessam*. Sobre o mau uso e abuso de Estatísticas em Portugal, e não só. Coimbra: Almedina.

⁶²⁰ Vice-Presidente da Comissão Europeia e Comissária da União Europeia para a Justiça. Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-403_pt.htm.

agora refletidas em retórica como gregos preguiçosos ou alemães dominantes”⁶²¹. Daí a visão de Amartya Sen, declaradamente um defensor da unidade europeia, de que a austeridade está “minando a grande visão de Europa”⁶²².

A inviabilidade econômica da austeridade

Por volta de 2013 dois economistas sênior do FMI reconheceram que o ajuste fiscal rigoroso teve um impacto negativo na economia maior do que o esperado⁶²³. Sob outros olhos isto não foi nenhuma surpresa⁶²⁴. Bem como dois condecorados com o prêmio Nobel da Economia descreditam a eficácia de tais medidas para “salvar” os Estados. Cabe assim aludir à tese de um destes, Amartya Sen, que tem por elemento nuclear a *inviabilidade* das medidas de austeridade.

Segundo ele tal política econômica (seja enquanto imposição ou por escolha voluntária) é contraproducente, e isto não é novidade desde Keynes, que desmascarou o “remédio de austeridade” na Grande Depressão dos anos 1930⁶²⁵. A queda das rendas privadas, os altos índices de desemprego e a supressão de serviços não têm o efeito esperado, pois são práticas autodestrutivas (*essentially anti-growth*), que deprimem o crescimento econômico e reduzem as receitas dos governos⁶²⁶. Justamente à incidência de tais medidas, ele atribui à diminuição (ao invés de expansão) das economias de parte dos Estados-Membros que compõem a zona do euro⁶²⁷. Segundo o Nobel da Economia, portanto, a Europa cometeu erros em matéria de política

⁶²¹ SEN, A. (2012b) *Austerity is undermining Europe's grand vision*. Op. cit.

⁶²² *Idem*.

⁶²³ PEDROSO, P. (2014) Portugal and the Global Crisis. Op. cit.

⁶²⁴ BLYTH, M. (2013) *Austerity*. The history of a dangerous idea. Op. cit.

⁶²⁵ Noam Chomsky questiona as ações do Banco Central Europeu (BCE), e não vê nestas um fundamento “exceto em termos de guerra consciente de classes”, para enfraquecer os sistemas de previdência social e reduzir o poder dos trabalhadores. Segundo ele, um número alargado de economistas “reconhecem que a pior política possível durante uma recessão é a da austeridade. É preciso estimular as economias durante uma recessão, não levá-las ao declínio”. Enfim, as medidas de austeridade funcionam bem para os bancos, mas são terríveis para a população. CHOMSKY, N. (2014) *Mudar o mundo*. Op. cit. pp. 91-92.

⁶²⁶ SEN, A. (2012b) *Austerity is undermining Europe's grand vision*. Op. cit. Segundo o próprio Amartya se pronuncia posteriormente, existem diversas evidências na história de que a maneira mais eficaz de cortar os déficits “é resistir à recessão e combinar a redução do déficit com o rápido crescimento econômico”. E exemplifica os enormes déficits após a Segunda Guerra Mundial, aos oito anos da presidência de Bill Clinton e a redução do déficit sueco, entre 1994-98. Cf. _____. (2015) *The economic consequences of austerity*. Versão Editada. Disponível em <http://www.newstatesman.com/politics/2015/06/amartya-sen-economic-consequences-austerity>.

⁶²⁷ SEN, A. (2012b) *Austerity is undermining Europe's grand vision*. Op. cit.

económica, e a austeridade é um deles⁶²⁸.

Da perspectiva de Amartya Sen, além da densidade econômica, importa sobremaneira o termo por ele utilizado e as implicações no domínio da *política*. Isto porque, no contexto de crise, é preciso “ir muito além de Keynes” para compreender os danos ocasionados pelo “culto mal escolhido da austeridade”⁶²⁹, ideia esta que passou a ser a regra prioritária dos líderes europeus, para sanar os problemas das economias deprimidas e endividadas⁶³⁰. Ele direciona o debate para a seriedade de se questionar o que é “despesa pública” e do quanto os cortes drásticos em serviços públicos importantes minam o compromisso social vigente na Europa desde a década de 1940, e que originou o *Welfare State*⁶³¹.

Do seu argumento deriva uma interseção interessante entre as medidas de austeridade, o *Welfare State* e a democracia, pois, se os líderes europeus parecem adeptos de uma visão estreita de prioridade financeira (e a diminuição do déficit orçamental dos Estados-Membros parece ser o objetivo primordial), estranhamente tudo se dá sem qualquer discussão pública (a que ele chama de deliberações participativas), sem priorizar políticas em favor de medidas socialmente importantes, o que implica, também nesta esfera da austeridade, um déficit democrático na União Europeia. E isto explica porque razão a maioria dos governos da zona do euro (que implementou a estratégia de austeridade) foram derrotados nas eleições públicas que se seguiram.

De acordo com A. Sen, pois, os atuais problemas na União Europeia são principalmente resultados de erros políticos, como o mau desenvolvimento da união monetária, antes da unidade política, o negligenciamento da importância que os serviços públicos têm para os europeus e a tomada de decisões e implantação de políticas

⁶²⁸ SEN, A. (2017) *Referendums are like opinion polls. Sometimes they're very wrong. Economics. The Observer*. Disponível em <https://www.theguardian.com/books/2017/jan/22/amartya-sen-brexit-trump-press-freedom>. Segundo Viriato Soromenho-Marques a União Europeia, tal como se apresenta, se transformou para alguns países periféricos, em uma espécie de “máquina de juízo final” econômica, que restringe direitos ao invés de resguardá-los acima de todos os “mercados” e que no plano social, através das medidas de austeridade semeou “uma miséria social que a Europa não conhecia desde o pós-guerra”. SOROMENHO-MARQUES, V. (2014) *Portugal na queda de Europa*. Op. cit. p. 169ss.

⁶²⁹ SEN, A. (2012b) *Austerity is undermining Europe's grand vision*. Op. cit.

⁶³⁰ SEN, A. (2015b) *The economic consequences of austerity*. Op. cit..

⁶³¹ SEN, A. (2012b) *Austerity is undermining Europe's grand vision*. Op. cit.. Ainda segundo A. Sen, quando a Grã-Bretanha estabeleceu o Serviço Nacional de Saúde em 1948, “a relação dívida/PIB era maior que 200%, ou seja, mais do que o dobro do que tem sido em qualquer ponto nos últimos anos. Se o público britânico tivesse sido tão bem assustado com o rácio da dívida naqueles dias, o NHS nunca teria nascido. SEN, A. (2015b) *The economic consequences of austerity*. Op. cit.

draconianas sem “antes” ter existido qualquer discussão pública⁶³². Disto resultaram as tomadas de decisão autoritárias – “uma prática comum na elaboração de políticas financeiras europeias” – que além de antidemocráticas, se mostraram ineficazes em termos de gerar soluções⁶³³.

Se as políticas europeias foram economicamente inadequadas, socialmente perturbadoras e normativamente contrárias aos compromissos que surgiram na Europa após a Segunda Guerra Mundial, foram também politicamente ingênuas. As políticas foram escolhidas por líderes financeiros com pouca tentativa de ter séria discussão pública sobre o assunto. (SEN, 2012b).

Não obstante o exposto, as medidas de austeridade implicaram nos cortes draconianos nos orçamentos públicos e estes incidiram também no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos. Antes de adentrar especificamente na análise de tais retrocessos uma questão jurídico-constitucional soergue: os retrocessos de direitos fundamentais (sobretudo os sociais) decorrem da crise econômica ou por ela foram agravados?

3.3. A crise do *Welfare State* como anterior à crise de 2008

A partida é possível corroborar que o *Welfare State* é o sistema em que são previstos aos cidadãos níveis mínimos em domínios como renda, seguridade social, saúde, segurança, habitação, trabalho, educação, além de suporte para situações de dependência de longa duração (como a velhice e invalidez), ou circunstâncias de curta duração (desemprego, doença)⁶³⁴. Estes se dão mediante prestações públicas, que podem ser em forma de recursos financeiros ou serviços. Assim, parece redundante afirmar seu *status* de mais avançado sistema político que o mundo moderno produziu⁶³⁵.

Como forma histórica que remonta às primeiras décadas do século XX,

⁶³² SEN, A. (2015b) *The economic consequences of austerity*. Op. cit.

⁶³³ SEN, A. (2012b) *Austerity is undermining Europe's grand vision*. Op. cit.

⁶³⁴ REGONINI, G. (1998) Estado do Bem-estar (Verbete). In BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. V. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

⁶³⁵ O seu processo de construção é a de que ele se desenvolveu em três fases: a emergência (política de previdência social de Bismark), a consolidação (período entre a crise dos anos de 1930 e pós-primeira guerra) e a expansão (entre os anos de 1950 e 1980). Ao tratar da afirmação do *Welfare State*, Danilo Zolo demarca dois momentos: O *Beveridge Report/1942* que introduziu os conceitos de “saúde pública” e de “pensão social”, e a contribuição de Thomas Marshall. ZOLO, D. (2011a) *Sulla paura*. Op. cit. pp. 63-64. Idêntica referência ao *Beveridge Report* e as providências “para garantir serviços idênticos a todos os cidadãos, independentemente da sua renda” REGONINI, G. (2009) (Verbete) *Estado do Bem-estar*. Op. cit. p. 417.

este se solidificou no pós-Segunda Guerra⁶³⁶. Naquele período, a intervenção do Estado junto à população foi imperativo para a reconstrução econômica e a redução da desigualdade social⁶³⁷. Sua concepção se vincula a ideias como as de assistência pública⁶³⁸, elemento do projeto liberal-democrático, limites aos efeitos diferenciadores do mercado⁶³⁹, regulador do sistema capitalista⁶⁴⁰, intervenção estatal para prestação de serviços⁶⁴¹, “pacto social entre capital e trabalho”⁶⁴², e, ainda, luta dos movimentos operários pela questão social⁶⁴³. Nesta análise, se sublinha a sua perspectiva jurídica, ou seja, o *Welfare State* como sistema comprometido com os direitos fundamentais sociais.

Quando Danilo Zolo e Zygmunt Bauman fazem alusão a este modelo, ambos reiteram a sua importância na redução do medo e talvez sejam os únicos dos grandes pensadores modernos que fazem a referência direta dos dois elementos (medo e *Welfare State*) com a globalização. Para Zolo, isto se consubstancia na promessa do *Welfare State* de ir além do Estado de direito e de cumpri-la sob a forma dos direitos sociais⁶⁴⁴, pois através da concessão destes direitos o Estado limita os “perigos do mercado” e difunde a segurança entre os cidadãos⁶⁴⁵.

Assim, o sistema do *Welfare State* incide sobre todos os cidadãos – mesmo que não em situação de vulnerabilidade – e o bem-estar deve ser assegurado através da ação positiva do Estado⁶⁴⁶. O *status* de direito subjetivo o distingue do Estado meramente assistencialista ou de modelos em que a intervenção do poder público se dê

⁶³⁶ DRAIBE, S. M. (2015) *Welfare State* (Verbetes). In DI GIOVANNI, G. NOGUEIRA, M. A. (Orgs.) *Dicionário de políticas públicas*. São Paulo: Editora da Unesp; Fundap.

⁶³⁷ MATIAS, E. F. P. (2005) *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. Op. cit.

⁶³⁸ A ideia de vinculação depreende-se de REGONINI, G. (2009) (Verbetes) *Estado do Bem-estar*. Op. cit. p. 417ss.

⁶³⁹ DRAIBE, S. M. (2015) *Welfare State* (Verbetes). Op. cit. p. 1028.

⁶⁴⁰ MATIAS, E. F. P. (2005) *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. Op. cit.

⁶⁴¹ STRECK, L. L. (2004) *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense.

⁶⁴² LEAL, R. G. (2008) *Densificações democráticas do serviço público no Brasil: alguns pressupostos*. Op. cit.

⁶⁴³ Por questão social entenda-se a luta pela regulação de direitos como previdência, assistência sociais, transporte, moradia, etc., e que vai alavancar a passagem do Estado Mínimo para o Estado Intervencionista. In STRECK, L. L. (2004) *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 55.

⁶⁴⁴ ZOLO, D. (2011a) *Sulla paura*. Op. cit. p. 63-65. Neste mesmo sentido ZOLO, D. (2011b) *Rumo a um ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*. Florianópolis: Editora Boiteux; ZOLO, D. (2006b) *Teoria e crítica do Estado de Direito*. In COSTA, P.; ZOLO, D. (Org.) *O Estado de Direito*. Teoria, história e crítica. São Paulo: Martins Fontes.

⁶⁴⁵ Também no sentido do Estado como “mecanismo de segurança de uma sociedade caracterizada pelo desenvolvimento da indústria” ver LEAL, R. G. (2008) *Densificações democráticas do serviço público no Brasil*. Op. cit. p. 92.

⁶⁴⁶ STRECK, L. L. (2004) *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 56.

apenas por filantropia⁶⁴⁷. A consecução do bem-estar está na base do sistema político e os Estados Sociais o reafirmam nos direitos econômicos e sociais⁶⁴⁸. Evidencia-se, assim, a sua relação com Estado de direito e a democracia, pois no *Welfare State* deve ser resguardado, indistintamente, o acesso aos direitos fundamentais⁶⁴⁹.

Este é um ponto de referimento que influi na argumentação aqui desenvolvida, pois o *Welfare State* pode estar conexo ao Estado de direito e a democracia por este liame particular: a garantia dos direitos fundamentais, ou mais especificamente, dos direitos sociais. Neste contexto o verbo *poder* importa porque o *Welfare State*, Estado de direito e democracia não são necessariamente pressupostos um dos outros. Para tal constatação basta referir os Estados democráticos que não implantaram o modelo do *Welfare State*, bem como a possibilidade de um Estado Social de direito não ter necessariamente conteúdo democrático⁶⁵⁰. Sob este olhar, seria despropositado atribuir à efetividade dos direitos sociais ao advento deste modelo de Estado.

A este respeito, Danilo Zolo e Norberto Bobbio elaboraram críticas no sentido de que o *Welfare State* não havia realizado a mínima parte do seu compromisso na efetividade dos direitos sociais⁶⁵¹. E ao constatar os períodos em que os mencionados autores elaboraram suas teorias neste domínio, se percebe que o não cumprimento dos direitos sociais não é apenas um efeito da crise econômica. Mas não causa também estranhamento que a crise do *Welfare State*, de democracia e o retrocesso dos direitos tenham relevo com a crise econômica, pois conforme suprarreferido, há entre estes “engrenagens” comuns, dentre as quais a garantia dos direitos sociais.

⁶⁴⁷ GLORIA REGONINI. (Verbete) *Estado do Bem-estar*. Op. cit.

⁶⁴⁸ SILVA, J. A. (2017b) *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit.

⁶⁴⁹ MATIAS, E. F. P. (2005) *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. Op. cit.

⁶⁵⁰ Neste último sentido vide SILVA, J. A. (2017b) *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit. pp. 112 ss. Contudo, quanto ao Estado de direito e Estado democrático, conforme lições de Gomes Canotilho e Vital Moreira, são componentes que, embora possam ser consideradas especificamente, são indissociáveis. Segundo estes, “o Estado de direito é democrático e só sendo-o é Estado de direito”. CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. (1985) *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora. p. 73. *Contra* o caráter indissociável do Estado de direito e Estado democrático, ver: SILVA, J. A. (2017b) *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit. pp. 117ss.

⁶⁵¹ ZOLO, D. (2011a) *Sulla paura*. Op. cit. E o mesmo o reafirma em ZOLO, D. (2011b) *Rumo a um ocaso global?* Op. cit. E, ainda, BOBBIO, N. (1990) *L'età dei Diritti*. Torino: Einaudi.

Caminha o Welfare para a demolição ou um ponto de não retorno?

O retrocesso do Estado social era um risco presente desde a construção europeia e neste sentido se pronunciava Mendès France em 1957 quando defendia que a harmonização deveria se fazer paralelamente ao aumento dos benefícios sociais⁶⁵². De modo geral, tanto a institucionalização quanto o desenvolvimento do *Welfare State* foi marcado por embates⁶⁵³ e sua crise foi anunciada desde meados dos anos de 1970⁶⁵⁴. Há análises que endossam a tese e influenciam a linha aqui defendida de que o retrocesso de direitos resguardados pelo Estado de Bem-Estar Social teve seus efeitos agravados, mas não estritamente causados pela crise de 2008. Esta era já uma tendência observável e teoricamente debatida.

Quando Jürgen Habermas tratou do esgotamento dos “impulsos utópicos” no século passado, o autor se referia também ao projeto do Estado social, que se nutria da “utopia de uma sociedade do trabalho”, mas que havia perdido a capacidade “de abrir possibilidades futuras”⁶⁵⁵. Ao mencionar o *Welfare State* neste contexto, o autor não o delimita no campo das utopias como se irrealizável o fosse. Ao contrário, Habermas o afirma como um programa histórico e que fora mundialmente efetivo. A utopia, neste caso, diz respeito à energia que o impulsionava e foi esta que se exauriu e “perdeu seu ponto de referência na realidade”⁶⁵⁶.

Assim, o que Habermas questiona são limites internos do Estado Social em assegurar com sua intervenção, a relação pacífica entre capitalismo e democracia, sobretudo ante “os imperativos do mercado mundial e das políticas de investimento das

⁶⁵²SOROMENHO-MARQUES, V. (2014) *Portugal na queda de Europa*. Op. cit. p. 168.

⁶⁵³ Esta é uma posição que pode ser encontrada em STRECK, L. L. (2004) *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense.

⁶⁵⁴ Também Boaventura S. Santos situa na década de 1970 as primeiras manifestações da crise do *Welfare State*. O autor as atribui ao declínio da capacidade financeira do Estado para atender as despesas que a propósito o distingue na sua forte componente promocional do bem-estar a consagração constitucional de direitos sociais e econômicos. SANTOS, B. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. (1995) *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – CES. Disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm. No mesmo sentido, Colm O’Cinneide aponta para “começos” desse declínio lento que podem remontar às “mudanças ideológicas da década de 1980” (o compromisso europeu com os direitos sociais começou a diminuir e a corrosão durante a década de 1990 e início dos anos 2000 (com as reformas destinadas a aumentar a competitividade dos estados europeus). O’CINNEIDE, C. (2014) *Austerity and the Faded Dream of a Social Europe*. Op. cit. p. 1.

⁶⁵⁵ HABERMAS, J. (1987) A nova intransparência. A crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Revista Novos Estudos*. CEBRAP. Dossiê Habermas. N.º 18. p. 106.

⁶⁵⁶ *Idem*.

multinacionais”⁶⁵⁷. O autor evidencia as limitações de manutenção do compromisso deste modelo de Estado, que podem ser traduzidos à opinião pública como causados pela estagnação econômica, o aumento dos índices de desemprego ou uma crise do erário público “numa sugestiva ligação com os custos do Estado”. Mas não são estes os cerne da questão e ele destaca que

[...] o Estado social esbarra na resistência dos investidores privados, fato tão mais claro quanto mais exitosa a implementação de seus programas. Naturalmente há mais causas para a diminuição da rentabilidade das empresas, para a contração da disposição de investir e para a queda da taxa de crescimento. Mas as condições de valorização do capital são afetadas pelas políticas do Estado de bem-estar não apenas de fato, mas sobretudo na percepção subjetiva das empresas. (HABERMAS, 1987, p. 108)

As construções teóricas de Jürgen Habermas neste domínio não lançam dúvidas sobre a incontroversa liderança dos mercados, tampouco sobre seu entendimento de que “a tomada de partido pela globalização ampara-se numa ortodoxia neoliberal”⁶⁵⁸. Não parece ser esta, portanto, a questão a ser posta em discussão. Dentre os demais fatores aqui elencados, o que no contexto de crise importa ressaltar, é a tendência, apontada pelo próprio Habermas, de que “os mercados reagem somente a informações codificadas na linguagem de preços. Eles são surdos a efeitos externos que eles produzem em outros campos”. Nesta “constelação pós-nacional” a substância democrática é subtraída, e hoje “são antes os Estados que se acham incorporados aos mercados, e não a economia política às fronteiras estatais”. Ante tal “carência democrática de legitimação”, o autor aponta para déficits democráticos que surgem “quando o círculo daqueles que tomam parte nas decisões democráticas não coincide com o círculo daqueles que são afetados por essas decisões”.

Um esclarecimento que merece destaque é que Habermas refuta os posicionamentos que “saúdam” ou “recusam com o horror” à globalização, e o fazem de modo superficial. Segundo o autor, não há como defender, nesta constelação pós-nacional, que os Estados se fechem como se fossem “porcos espinhos”⁶⁵⁹. Não obstante suas críticas, para Habermas, a globalização – e agora me refiro à sua dimensão econômica – desencadeou inegáveis avanços qualitativos, como, por exemplo, no

⁶⁵⁷ *Ibidem*. p. 107.

⁶⁵⁸ HABERMAS, J. (1999) *Nos limites do Estado*. Op. cit.

⁶⁵⁹ HABERMAS, J. (2001) *A constelação pós-nacional*. Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi. p. 103.

âmbito das transações internacionais, na expansão e intensificação do comércio entre os Estados, na movimentação de mercados financeiros conectados eletronicamente. De acordo com o autor, estas são evidências que não estão postas em questão. Um problema que Habermas apontou, e que a partir de então passo a destacar, é que estas tendências (por si só) não respondem questões importantes, como a referente ao dano que este processo pode desencadear “nas condições de funcionamento e de legitimação do processo democrático enquanto tal”⁶⁶⁰.

Esta tensão entre os interesses do capitalismo, a manutenção do *Welfare State* e a democracia é atualizada por diversos autores, dentre estes Zygmunt Bauman, que também a confronta com o fenômeno de globalização crescente. Segundo o autor, o Estado confinado territorialmente não é mais capaz de cumprir e sequer reafirmar as promessas de proteção dos seus cidadãos⁶⁶¹. Bauman não associa este fenômeno apenas ao Estado Social, mas à forma contemporânea do Estado nacional que, inserido no âmbito da globalização dos mercados, renuncia ou não é mais capaz de manter a sua “união sólida e inabalável com a nação”⁶⁶². Mas nem por isso o autor se põe em uma posição de antiglobalização. Ao contrário, ele desacredita dos movimentos que entendem ser essa ideia sequer possível. Isto seria como se colocar contra o nascer do Sol, ele afirma. O grande desafio, portanto, não é “desfazer” o processo de globalização, mas entender “como” o controlar⁶⁶³.

Na sua maior parte norteados pela linha da irreversibilidade do processo de globalização econômica, são também consideráveis os autores que aludem a um processo de “desmontagem do Estado de bem-estar” como um fenômeno mesmo nas sociedades democráticas e uma tendência crescente dos que defendem que o poder econômico tem um poder de ação que prevalece sobre os sistemas políticos, os tribunais e a opinião pública⁶⁶⁴.

A desregulamentação dos mercados – característica que tem sido enfatizada como negativa – cedeu espaço para que empresas multinacionais adquirissem ainda maior poder de mobilidade, de redução de mão de obra, de pagar menores salários

⁶⁶⁰ HABERMAS, J. (2001) *A constelação pós-nacional*. Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi. p. 85.

⁶⁶¹ BAUMAN, Z. (2008) *Medo líquido*. Op. cit. E, especificamente quanto a crise do Estado como crise de territorialidade, ver: BAUMAN, Z.; MAURO, E. (2016) *Babel: entre a incerteza e a esperança*. Rio de Janeiro: Zahar.

⁶⁶² BAUMAN, Z. (2005) *Identidade: Entrevista a Benedetto Vecchi*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

⁶⁶³ *Idem*.

⁶⁶⁴ SEVCENKO, N. (2001) *A corrida para o século XXI: no loop da montanha russa*. São Paulo: Companhia das Letras. p. 30 ss.

e impostos e assim, afrontasse fundamentos históricos das sociedades democráticas⁶⁶⁵. O exemplo das grandes empresas multinacionais do setor financeiro ilustra bem este problema, afinal, estas detêm enorme poder, mas “não participam nos processos eleitorais nem podem ser democraticamente responsabilizadas”⁶⁶⁶. Uma questão que o Professor Wladimir Brito aponta como um dos efeitos mais significativos da globalização: a “transferência do poder para *locus* não democraticamente construídos”⁶⁶⁷.

Esta tensão entre globalização e democracia continua a desafiar os mais diversos domínios do saber, sobretudo em relação aos efeitos que à primeira tem produzido sobre a segunda, seja no âmbito social, cultural, jurídico ou econômico. Daí a provocação sugerida por Emmanouil Tsatsanis manter-se atual e pertinente: “Será que a globalização facilitou a dissiminação e o triunfo da democracia numa escala global, ou escavou a democracia até ao ponto em que só a casca institucional permanece desprovida de qualquer substância?”⁶⁶⁸. Segundo o autor, para esta questão existem duas respostas possíveis e que oferecem argumentos igualmente válidos. Por um lado, a globalização promove a democratização, inclusivamente através da liberalização econômica e da difusão (a nível cultural, por exemplo) das ideias democráticas. Por outro lado, é cada vez mais escasso o poder que os políticos democraticamente eleitos têm de efetuar mudanças, mesmo dentro dos seus próprios Estados. Em consequência, os cidadãos “crescem cada vez mais desconfiados e hostis em relação ao sistema político” e se percebe um progressivo esvaziamento da democracia. Ou seja, a democracia caminha para o que Colin Croach chamou de *postdemocracy*⁶⁶⁹ – conforme já mencionado a partir das análises de Danilo Zolo sobre a “degeneração” dos regimes democráticos. Disto resulta o paradoxo (tratado no item 1.6 desta tese) consistente no

⁶⁶⁵ SEVCENKO, N. (2001) *A corrida para o século XXI*. Op. cit. p. 31. Esta é uma argumentação que se aproxima do que Luciano Gallino acerca do comprometimento das bases de subsistência humana como consequência do desequilíbrio do sistema econômico-financeiro em vigor. GALLINO, L. (2009) *Con i soldi degli altri*. Op. cit. Sobre o Estado impossibilitado frente ao poder das corporações e dos grandes fluxos comerciais e financeiros ver BAUMAN, Z.; MAURO, E. (2016) *Babel: entre a incerteza e a esperança*. Rio de Janeiro: Zahar.

⁶⁶⁶ BRITO, W. (2017) *40/30 de Constituição e de Integração*. Op. cit. p. 28.

⁶⁶⁷ *Ibidem*. p. 31.

⁶⁶⁸ TSATSANIS, E. (2015) *O futuro da governação democrática na era da globalização: o triunfo ideológico de uma forma de governo ultrapassada*. pp. 177ss. Disponível em www.researchgate.net/publication/279749949_O_futuro_da_governacao_democratica_na_era_da_globalizacao_o_triufo_ideologico_o_de_uma_forma_de_governo_ultrapassada.

⁶⁶⁹ CROUCH, C. (2003) *Postdemocrazia*. Op. Cit.

número cada vez maior de Estados democráticos que coexiste com os questionamentos acerca da eficácia deste regime político.

Assim, aqui não se ignora a importância dos mercados, nem se insurge contra a globalização em todas as suas vertentes. O problema, na esteira do afirmado por Bauman, não se situa na existência dos grandes mercados financeiros, mas sim na desregulamentação que põe em risco (ou mesmo em suspensão) a estrutura das sociedades democráticas. Sob este aspecto, a tendência das teorias encaminha-se em dois sentidos: o primeiro, com viés mais conservador, alude que se trata de uma crise; o segundo, mais catastrófico, que se trata da desmoronamento do *Welfare State*.

De acordo com Danilo Zolo, a democracia funcionou bem no pós-guerra e enquanto andou de mãos dadas com o *Welfare State*. Ele reconhece que este último foi uma solução razoável ante os problemas que apareceram após o colapso da experiência comunista e socialista e dos processos de globalização, mas não faz apostas quanto ao seu seguimento. Ao menos não da forma como fora idealizado. Para o autor, o que se percebe é uma “vitória planetária da economia de mercado” e do processo de “demolição do *Welfare State*” como consequência daquela.

Assim, refletindo à luz dos reflexos de uma era da globalização econômica e da desregulação dos mercados, Zolo defende que há um enfraquecimento da identidade coletiva dos cidadãos, um empobrecimento da identidade política do Estado que teve retirada a sua capacidade de gerar de modo autônomo a própria economia e de proteger os seus cidadãos das consequências negativas da concorrência global⁶⁷⁰. E assim Danilo Zolo acaba por provocar uma circularidade desconcertante, da qual não parece haver saída e que evidencia a perspectiva não progressista do autor, pois a partir do seu pensamento é possível defender que a civilização não caminha necessariamente em direção ao melhor⁶⁷¹.

Ao deslocar a questão para a contemporaneidade, parece inegável que o transcorrer do tempo implicou em custos mais altos para o *Welfare State* – ao menos quando considerados fatores, que embora representem algo em tese apenas positivo, contribuíram para tal. Com a melhoria da qualidade de vida, o número de idosos aumentou as despesas dos Estados com aposentadorias, além do acréscimo na demanda

⁶⁷⁰ ZOLO, D. (2010) *Tramonto globale*. Op. cit., pp. 30ss.

⁶⁷¹ Como o próprio Zolo afirma, em referência direta a Norberto Bobbio, o pessimismo é um dever. ZOLO, D. (2010) *Tramonto globale*. Op. cit.

serviços de saúde cada vez mais especializados. Assim, mesmo que o envelhecimento das populações seja uma tendência mundial, em Portugal, por exemplo, a rapidez com que esse processo se manifestou causa perplexidade. Constando no quadro dos países com a população mais envelhecida da União Europeia, enquanto nos anos de 1980 a proporção era de 44 idosos para cada 100 jovens⁶⁷², o número de idosos em Portugal desde 2000 tem ultrapassado o número de jovens, traduzindo-se na relação de 141 idosos por cada 100 jovens em 2014.

Em estudo publicado pelo Instituto Nacional de Estatística⁶⁷³ (*Statistics Portugal*) para assinalar o Dia Mundial da População (11 de julho) foi elaborada uma análise de indicadores demográficos relativos ao envelhecimento da população relativos a Portugal no contexto da União Europeia. Os números publicados corroboram que Portugal apresenta, no conjunto dos 28 Estados-Membros, o 5º valor mais elevado do índice de envelhecimento e o 3º valor mais baixo de renovação da população em idade ativa. Enquanto cresce a proporção de idosos, nos Estados-Membros nos quais, como Portugal, vivencia-se de modo mais gravoso a crise econômica, há ainda o alto índice de imigração populacional. Segundo dados da Eurostat a população portuguesa sofreu um recuo de 0,5% entre janeiro de 2014 e janeiro de 2015, o que em números exatos indica que Portugal passou a ter menos 52.479 habitantes do que em igual período do ano anterior. Interessante ressaltar que este recuo demográfico não segue o percentual em linhas ascendente de 0,26% do conjunto de países da União Europeia⁶⁷⁴. A baixa taxa de natalidade europeia contribui negativamente e isso é claro a curto e em longo prazo.

⁶⁷² ROSA, M.J.V.; CHITAS, P. (2013) *Portugal e a Europa: os Números*. Op. cit.

⁶⁷³ Conforme dados do INE. Ainda segundo o relatório, o envelhecimento demográfico acentua-se em Portugal, “em resultado da queda da natalidade e do aumento da longevidade nos últimos anos, verificou-se em Portugal o decréscimo da população jovem (0 a 14 anos de idade) e da população em idade ativa (15 a 64 anos), em simultâneo com o aumento da população idosa (65 e mais anos de idade). Entre 1970 e 2014, a proporção da população jovem diminuiu 14 pontos percentuais (p.p.), passando de 28,5% do total da população em 1970 para 14,4% em 2014. Por sua vez, o peso relativo da população idosa aumentou 11 p.p., passando de 9,7% em 1970 para 20,3% em 2014. A população em idade ativa aumentou 3 p.p. entre estes anos: 61,9% em 1970 e 65,3% em 2014. Cf. https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=224679354&DESTAQUESmodo=2

⁶⁷⁴ Cf. artigo publicado em Eurostat, *the statistical office of the European Union*. Disponível em <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/6903510/3-10072015-AP-EN.pdf/d2bfb01f-6ac5-4775-8a7e-7b104c1146d0>

Acesso em 10 de julho de 2015. Ainda de acordo com o *release* da Eurostat em referência ao ano de 2014, a população aumentou em dezesseis Estados-Membros da União Europeia e diminuiu em doze destes. Os maiores aumentos foram observados em Luxemburgo (23,9 por 1 000 habitantes), Suécia (+ 10,6%), Malta (+ 9,3%), Áustria (+ 9,1 %) e na Dinamarca (+ 7,5 %). Em contraste, as maiores quedas foram registradas no Chipre (-12,9 %), Grécia (-8,4 %), Letónia (-7,7%) e na Lituânia (-7,6%). Ainda assim, a Alemanha continua a ser o Estado-Membro mais povoado da União Europeia, respondendo por 16,0% da população total, seguida por França (13,1%), Reino Unido (12,9%), Itália (12,0%), Espanha (9,1%) e Polónia (7,5%).

Contudo, apesar dos elementos que apontam para o grave retrocesso do *Welfare State* e dos efeitos da globalização sobre este, Lênio Streck defende que este modelo teve também avanços e se encontra no que chama de um “ponto de não-retorno”, o que torna impensável a volta às bases do Estado Mínimo⁶⁷⁵. O autor não ignora que este modelo de Estado mantenha-se sujeito a retrações, inclusive no cerne das suas características marcantes, como o que se viu nas políticas das décadas de 1980 (governos Reagan e Thatcher), mas mesmo naquelas circunstâncias não se pode mencionar a (des)construção da totalidade dos mecanismos de *welfare*. Os “problemas de caixa” são ainda anteriores, desde a década de 1960 e os anos de 1970 as aprofundaram. Ainda que não se referisse à crise, o autor já apontava as crises financeiras como o fenômeno que “parece estar por trás de todas, ou da maioria, das críticas que se fizeram a ele e das propostas de sua revisão tendentes a um retorno”⁶⁷⁶.

A grande crise que Streck concebe (e aqui resta claro que a desvincula da seara estritamente econômica) é uma “crise filosófica” porque atinge um dos seus fundamentos: “a desagregação da base do Estado do Bem-Estar calcada na *solidariedade*, impondo um enfraquecimento ainda maior no conteúdo tradicional dos direitos sociais, característicos deste Estado”⁶⁷⁷. Assim, tratar da questão dos fundamentos dos direitos sociais (e sua fundamentalidade) tem, ainda, relevância, pois, o *lugar* que ocupam e a sua *eficácia* – enquanto direitos fundamentais – no âmbito de um Estado de direito democrático são questões que acarretam amplas controvérsias.

3.4. Importa (ainda) tratar da eficácia e dos custos dos direitos sociais

Em um conhecido artigo, o Professor Gomes Canotilho relaciona uma problemática que persiste na teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a qual denominou de metodologia “*fuzzy*” (coisas vagas) e “camaleões normativos” (expressão utilizada pelo constitucionalista alemão J. Jsensee quando trata da

⁶⁷⁵ STRECK, L. L. (2004) *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense.

⁶⁷⁶ *Ibidem*. p. 58.

⁶⁷⁷ STRECK, L. L. (2004) *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Op. cit. p. 59. Sobre a importância da solidariedade no *Welfare State* ver: HABERMAS, J. (1987) *A nova intransparência*. Op cit.

imprecisão normativa destes direitos). Esta reflexão ressoa com vigor – embora a publicação original remonte aos anos de 1998⁶⁷⁸ e o próprio autor tenha reconsiderado alguns aspectos – e diz respeito à indeterminação, obscuridade e/ou fluidez dos direitos sociais nos ordenamentos jurídicos.

A confusão terminológica e a dificuldade de situar metodologicamente tais direitos se mantêm atual e importante, sobretudo quando se observa que no âmbito dos direitos fundamentais que sofreram retrocessos no contexto de crise, a grande maioria deles pode ser classificada como direitos sociais. Este tópico se propõe instrumentalizar as análises subseqüentes e clarear questões como possibilidades de conceito, fundamentalidade, eficácia e caráter econômico relevante dos direitos sociais.

Segundo Mark Tushnet, é possível identificar ideias sobre os direitos sociais e econômicos desde os tempos antigos, mas a inserção destes num discurso distintamente moderno (o do constitucionalismo) foi um fenômeno do final do século XIX⁶⁷⁹. Segundo o autor, foi a partir da “nova onda” do constitucionalismo no pós-guerra – na qual grande parte das constituições passou a prever garantias de direitos sociais e econômicos – que se tornou possível a execução judicial destes direitos.

Algumas correntes teóricas defendem que os direitos sociais não são “verdadeiros direitos”, mas sim “garantias institucionais”, e negam a estes a classificação de direitos fundamentais⁶⁸⁰. O argumento, em geral, vem ilustrado a partir da Lei Fundamental da Alemanha (1949) que não incorporou os direitos sociais (do trabalho, da educação, da saúde, da assistência) em seu ordenamento⁶⁸¹ e encontrou na sua doutrina autores que se dirigiram contra os direitos fundamentais sociais na Constituição “porque estes seriam, na sua maioria, não realizáveis na atualidade por parte dos Estados”⁶⁸².

⁶⁷⁸ CANOTILHO, J. J. G. (1998) Metodología "fuzzy" y "camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. Op. cit. Na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro as expressões e seus desdobramentos foram citados em pelo menos dois julgados de grande repercussão no âmbito do direito à saúde (concessão de liminar/tutela para fornecimento de medicamentos): SL 47 AgR/Pernambuco e, ainda STA 175 AgR/Ceará. Disponíveis em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254> e ainda em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/sta175.pdf>.

⁶⁷⁹ TUSHNET, M. V. (2013) Social and Economic Rights: Historical Origins and Contemporary Issues. *E-publica*. V. 1. Nº 3. Disponível em <http://nektarbrand.com/maquetes/e-publica/v1n3a02.html>.

⁶⁸⁰ SILVA, J. A. (2017a) *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit. p. 148.

⁶⁸¹ KRELL, A. J. (2002) *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores.

⁶⁸² *Ibidem*. p. 46.

Estas correntes, contudo, têm sido refutadas por autores que reconhecem nos direitos sociais a natureza de direito fundamental do “ser social” e reafirmam sua juridicidade a partir da sua consagração cada vez mais recorrente nos textos de leis, sobretudo as constitucionais⁶⁸³. Além do prisma da positivação, os direitos sociais implicaram no maior acesso da massa trabalhadora as prestações do Estado⁶⁸⁴ e podem ser entendidos como direitos fundamentais realizados através do Estado. Na lição de Marcelo Neves, enquanto o Estado de direito é a inclusão juridicamente realizada, o Estado do bem-estar é a inclusão política, sendo os direitos fundamentais sociais imprescindíveis “a institucionalização real dos direitos fundamentais referentes à liberdade civil e a participação política”⁶⁸⁵.

Este é um debate profícuo, sobre o qual o Professor Gomes Canotilho lança uma luz que pode nos servir de ponto de partida quando reconhece que, embora no âmbito de um constitucionalismo internacional grande parte dos Estados tenha aderido a tratados que resguardam “a bondade jurídico-material” dos direitos sociais, no âmbito nacional persistem obstáculos quanto a “dignidade constitucional destes direitos” ou a sua fundamentalidade⁶⁸⁶.

A título de exemplo, na Constituição portuguesa os direitos fundamentais são divididos em duas categorias: as liberdades civis e políticas “clássicas” de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais do outro. A não colocação de todos os direitos fundamentais em um rol único tem sentido a partir de uma característica importante: os direitos incluídos no primeiro grupo têm um regime jurídico mais rigoroso que inclui, entre outras regras, a aplicabilidade direta⁶⁸⁷. Mas, em geral, a doutrina portuguesa tem se firmado no sentido de que não há hierarquia entre os direitos fundamentais tendo ambos os grupos o mesmo valor legal. A esta corrente doutrinária que equipara os direitos de liberdade e os direitos sociais, Carlos Morais vai chamar de “unidade dogmática”⁶⁸⁸.

⁶⁸³ *Idem.*

⁶⁸⁴ NEVES, M. (1994) *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica. p. 107.

⁶⁸⁵ NEVES, M. (1994) *A Constitucionalização Simbólica*. Op. cit. p. 72.

⁶⁸⁶ O professor Gomes Canotilho se refere também à categoria da fundamentalidade (Alexy) no que concerne a “especial dignidade de proteção dos direitos”. CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit. p. 378.

⁶⁸⁷ CANOTILHO, M.; FROUFE, P. M.; SILVEIRA, A. (2012). The Protection of the Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions. *Reports of the XXV FIDE Congress*. Tallin: Estônia.

⁶⁸⁸ O autor apresenta uma análise crítica à contribuição da referida corrente e pondera sobre se a defesa jurisdicional dos direitos

A classificação aqui adotada segue a linha que apresenta os direitos fundamentais a partir das categorias de direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais (enquanto redução da locução direitos sociais, econômicos e culturais), logo insere estes últimos no âmbito dos direitos fundamentais.

A distinção tradicional dos direitos entre positivos e negativos

Na lição de Ingo Sarlet, os direitos fundamentais de primeira dimensão (civis e políticos) são, em geral, produtos do pensamento liberal-burguês do século XVIII, sendo marcados desde sua origem pelo cunho individualista. Os direitos fundamentais se desenvolveram como direitos do indivíduo frente ao Estado e por se dirigirem a uma abstenção deste último são comumente referidos como direitos de cunho negativo. Dentre estes se pode mencionar os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, e ainda, os direitos de participação política, todos de notória inspiração jusnaturalista e que revelam a “íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia”⁶⁸⁹. O autor reforça outras já mencionadas teorias de que a relação entre os direitos fundamentais e a democracia é de interdependência, de modo que os primeiros podem ser considerados, simultaneamente, “pressuposto, garantia e instrumento” democrático. É nesta perspectiva, portanto, que a doutrina tem sustentado que sem a garantia de direitos fundamentais “não há verdadeiramente democracia”⁶⁹⁰.

Norberto Bobbio também demonstrou esta essencialidade dos direitos fundamentais para a existência da democracia, mas quando se pronunciava quanto à positividade destes direitos seguia uma corrente mais tradicional. O autor dividia os direitos entre negativos e positivos, sendo os primeiros os direitos de liberdade que impõem um não-agir do Estado, e os segundos os direitos sociais que demandam do Estado uma ação positiva. Quanto a estes últimos, prossegue o autor, o grande desafio para efetivação é encontrar condições econômicas objetivas para concretizá-los.

A referência à distinção entre direitos positivos e negativos e às

sociais, tornados vulneráveis por medidas legislativas no contexto da crise, fica a dever em relação à “tese da indivisibilidade entre direitos de liberdade e direitos sociais”. MORAIS, C. B. (2014) *De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”*. E-pública. V. 1 N.º 3. Disponível em <http://www.e-publica.pt/pdf/artigos/Vol.%201-%20N%C2%BA%203-Art.05.pdf>.

⁶⁸⁹ SARLET, I. W. (2011) A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado. pp. 46-47

⁶⁹⁰ *Ibidem*. p. 61.

condições econômicas para a exequibilidade dos direitos sociais são ainda questões importantes no plano teórico e prático, mas que do modo como proposto pelo autor tem sido uma classificação contraditada por um conjunto significativo de enunciados já aceitos⁶⁹¹.

Uma obra bastante referenciada no Brasil e que desenvolve tal temática sob o prisma contemporâneo foi elaborada por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein⁶⁹² e se trata de um estudo, no qual a positividade dos direitos é o tema central e discorre sobre a relação entre o custo de implementação de um direito e a sua significação social⁶⁹³. Nesta obra os autores refutam o que denominam de “senso comum sobre os direitos” e defendem que todos os direitos são positivos, isto é, dependem da atuação estatal⁶⁹⁴. Conseqüentemente todos, sejam positivos ou negativos na classificação tradicional, implicam em custos ao Estado.

A tese dos autores aponta para um aspecto que aqui muito importa de que a divisão clássica entre direitos positivos e negativos pode servir para encobrir uma maior discussão acerca das ações políticas, que sob o manto da ausência de custos de determinados direitos permite a consagração de uma orientação conservadora de proteção máxima daqueles estritamente individuais em detrimento dos chamados direitos sociais⁶⁹⁵.

Quanto aos direitos tipicamente tidos por negativos, como o direito à propriedade ou à liberdade estes são também positivos, pois não podem ser protegidos ou aplicados sem financiamento público. Tais direitos dependem, por exemplo, além da normatização de uma ação contínua por parte de agentes do Estado (como magistrados, policiais, bombeiros, manutenção da polícia etc) que são mantidos e pagos pelo erário público. Todos os direitos custam até porque as suas tutelas não se dão em um *budgetary vaccum*⁶⁹⁶.

Quanto aos direitos tipicamente positivos – como à educação e à saúde, que em geral não são autonomamente exercidos pelos indivíduos e demandam “a atuação estatal em forma de prestação positiva para sua efetivação” – também não são

⁶⁹¹ Elaboração a partir de POPPER, K. (2007) *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix.

⁶⁹² HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. (1999) *The Cost of Rights*. Op. cit..

⁶⁹³ Tal obra é a principal referência de GALDINO, F. (2005) *Introdução à Teoria dos Custos dos direitos*. Op. cit.

⁶⁹⁴ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. (1999) *The Cost of Rights*. Op. cit..

⁶⁹⁵ GALDINO, F. (2005) *Introdução à Teoria dos Custos dos direitos*. Op. cit.

⁶⁹⁶ *Idem*.

indiferentes à escassez de recursos⁶⁹⁷. Na feliz afirmação de Ana P. Barcellos, “a diferença entre os direitos sociais e os individuais, no que toca ao custo, é uma questão de grau e não de natureza”⁶⁹⁸. De todo modo, a distinção não perdeu o sentido de existir porque pode ser importante sob o aspecto dogmático e principalmente pelo prático (da sua utilidade), pois esta ótica da efetividade pode orientar as “escolhas sociais”⁶⁹⁹.

De acordo com Flávio Galdino, a distinção entre direitos positivos e negativos serve de principal vetor de orientação tanto no plano teórico (porque formula a linha dos Estados contemporâneos, do Liberal ao Social) quanto no plano prático “da distinção de recursos escassos em relação ao atendimento de direitos fundamentais”⁷⁰⁰. Na sua leitura, que aqui é endossada, ao se ignorar a compreensão de que todos os direitos custam, ou “não nascem em árvores”, a análise se exime de descortinar, inclusive, a opção ideológica e escolhas políticas subjacentes a tutela de um ou outro direito. Sob esta ótica, os custos dos direitos podem servir de meros óbices à consecução de direitos fundamentais ante uma falta de suporte financeiro, quando na verdade os custos são também pressupostos que tornam possível a realização dos direitos⁷⁰¹.

O autor releva não ser exaustivo interpor que não é necessariamente a exaustão orçamentária que implica na falta de efetividade de um direito subjetivo fundamental, mas também as opções políticas e estas podem, nesta medida, serem justas ou injustas. O que não é aceitável é o argumento da exaustão de recursos que se preste apenas a encobrir as escolhas políticas e públicas (com seu inafastável conteúdo ético) que preteriram a tutela de um determinado direito fundamental, reforçando a retórica de que alguns direitos, inclusive fundamentais, não podem ser objetos de tutela efetiva em períodos de escassez de recursos.

Em sentido próximo, Ingo W. Sarlet alerta que quando diminuta a disponibilidade de recursos é que se impõe incisivamente “uma deliberação responsável a respeito de sua destinação”, o que remete a necessidade de aprimoramento “dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público”⁷⁰², tanto no plano do

⁶⁹⁷ GALDINO, F. (2005) *Introdução à Teoria dos Custos dos direitos*. Op. cit. p. 163.

⁶⁹⁸ BARCELLOS, A. P. A. (2011) *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Op. cit. p. 280.

⁶⁹⁹ GALDINO, F. (2005) *Introdução à Teoria dos Custos dos direitos*. Op. cit.

⁷⁰⁰ *Idem*.

⁷⁰¹ *Idem*.

⁷⁰² SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. (2010) Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.

processo de administração das políticas públicas quanto no da atuação do legislador quanto na esfera administrativa⁷⁰³. E a estes acrescenta, em referência direta a Rogério Gesta Leal, uma “ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos capazes de serem efetivados”⁷⁰⁴.

Também o Professor Gomes Canotilho em mais de uma ocasião apreciou o controverso caráter positivo ou negativo dos direitos sociais. Segundo o autor, “não parece haver dúvidas de que a concretização destes envolve custos e dispêndio de recursos financeiros do Estado”⁷⁰⁵, ou seja, que os direitos fundamentais, em sentido geral, e os direitos fundamentais sociais, de modo mais específico, “se encontram vinculados a alguns pressupostos e dentre estes, a capacidade econômica do Estado”⁷⁰⁶. Mas desde idos de 1998 ele já sinalizava que “sob o pálio das críticas à crise do Estado Social tem sido negada a evolução e acolhimento dos direitos fundamentais sociais ao âmbito jurídico-positivo dos direitos fundamentais”⁷⁰⁷.

Têm sido assentes, portanto, as teses de que todos os direitos fundamentais tem uma dimensão positiva e, conseqüentemente, alguma relevância econômica que pode implicar em custos, sejam estes direitos fundamentais ou fundamentais sociais. Neste sentido, ao realçar que tanto os direitos civis e políticos quanto os sociais demandam do Estado atuações positivas e negativas se pressupõe que isso requer políticas públicas direcionadas, que acabam também por contemplar em custos⁷⁰⁸. E ainda que a destinação dos recursos públicos para a tutela de um ou outro direito implica também em escolhas públicas e políticas. Estas que, ao que parece até então, tendem a preterir os direitos fundamentais sociais.

Assim, uma vez perspectivada a problemática da positividade dos direitos sob o prisma dos custos como um dos pressupostos para o atendimento das

In SARLET, I. W.; TIMM, L. B.; (Orgs.) *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 31.

⁷⁰³ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. (2010) Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. Op. cit. p. 31.

⁷⁰⁴ *Idem*. A obra do professor Rogério G. Leal a que faz referência se trata de LEAL, R. G. (2006a) *Administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

⁷⁰⁵ Quanto ao inefável caráter custoso dos direitos sociais ver CANOTILHO, J. J. G. (1998) Metodología "fuzzy" y "camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. Op. cit. p. 41.; E, ainda, PIOVESAN, F. (2012) *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva.

⁷⁰⁶ CANOTILHO, J. J. G. (2003) Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Op. cit. p. 473.

⁷⁰⁷ CANOTILHO, J. J. G. (1998) Metodología "fuzzy" y "camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. Op. cit.

⁷⁰⁸ PIOVESAN, F. (2012) *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva. p. 130.

demandas, sobretudo dos direitos fundamentais sociais, é inevitável ponderar, mesmo com brevidade, acerca de aspectos com os quais esta se encontra umbilicalmente relacionada: as questões da reserva do possível, do mínimo existencial e da vedação do retrocesso social.

A reserva do possível

Luís Roberto Barroso chama de “insinceridade normativa” a circunstância em que a norma jurídica prevê situações não realizáveis no plano fático⁷⁰⁹. Não parece plausível, pois, tratar dos direitos numa perspectiva jurídica sem atentar que os direitos custam e isso pode ser muito dispendioso. Neste sentido o debate teórico tem sido realizado sob o aspecto da denominada “reserva do possível” que de forma geral é uma expressão que

procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas de serem por eles supridas [...] a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. (BARCELLOS, 2011, p. 277)

De acordo com vasta doutrina (Gomes Canotilho, Ingo Sarlet, Ana Paula Barcellos dentre outros) a construção teórica da “reserva do possível” tem origem alemã e na sua esfera se inclui que a efetividade dos direitos sociais, enquanto prestação material está condicionada a reserva dos recursos financeiros do Estado. Esta noção traduz a ideia de que os direitos sociais dependem desta real disponibilidade que “estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público”⁷¹⁰.

Assim, a reserva do possível pode ser entendida como um parâmetro que não se volta somente para a normatividade de um direito subjetivo, mas para o aspecto prático de que a efetividade daquele direito pode depender também da disponibilidade

⁷⁰⁹ BARROSO, L. R. (2006a) *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Op. cit.

⁷¹⁰ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. (2010) Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. Op. cit. p. 29. O autor menciona que tal noção foi acolhida na jurisprudência e doutrina alemãs “desde o paradigmático caso *numerus clausus* versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

de recursos financeiros. A rigor e perspectivada nestes termos, a reserva do possível é um limite plausível e plenamente compreensível, que pode servir de orientação tanto no ponto de vista teórico quanto prático.

Contudo, um dos problemas identificados nos usos da expressão se dá quando ela serve por si só de justificativa para cerceamento ou retrocessos de direitos. No Brasil, por exemplo, em diversas circunstâncias a “reserva do possível” foi invocada como argumento de um “sempre iminente apocalipse econômico” e em especial relacionada a impor limites aos direitos sociais, como já o alertou Ana P. Barcellos.

A autora suprapropõe duas espécies deste mesmo fenômeno: a reserva do possível fática e a jurídica. A primeira pode ser identificada como a ausência de recursos, “algo próximo da exaustão orçamentária”, enquanto a segunda se refere “a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular”⁷¹¹.

Assim, é preciso colocar a reserva do possível no seu devido lugar, que perspectiva a limitação de recursos como um fato importante e que pode ser limite a efetivação de um determinado direito. Levar os direitos a sério, já alertavam Holmes e Sustain, é também levar a sério a escassez dos recursos⁷¹². Contudo, que não deve ignorar que a determinação da alocação dos recursos (mesmo que escassos) existentes implica também em escolhas políticas e públicas e que podem ser, nos termos de Guido Calabresi e Philip Bobbitt, *tragic choices*⁷¹³.

Nesta tensão perene entre a reserva do possível e a previsão jurídica dos direitos fundamentais sociais, uma alternativa de equilíbrio pode ser encontrada no estabelecimento de um limite, que ao não ser suprimido respeita à proteção da dignidade e do bem-estar humano juridicamente tutelado ao mesmo tempo em que não ignora a faticidade de uma suposta escassez dos recursos públicos. Um dos elementos teóricos que serve a esta perspectiva é o do mínimo existencial.

⁷¹¹ BARCELLOS, A. P. A. (2011) *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Op. cit. p. 279.

⁷¹² HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. (1999) *The Cost of Rights*. Op. cit..

⁷¹³ CALABRESI, G.; BOBBITT, P. (1978) *Tragic choices (The Conflicts Society Confronts in the Allocation of Tragically Scarce Resource)* New York: W. W. Norton Company.

O estabelecimento do mínimo existencial

A vinculação dos direitos fundamentais sociais à garantia de um mínimo existencial é evidente⁷¹⁴, como também o é que a imprecisão acerca do conteúdo deste mínimo tem consequências de ordem teórica e prática.

A origem do termo é atribuída à doutrina alemã do pós-guerra (início da década de 1950) sendo Otto Bachof o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade “do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia dos recursos mínimos para uma existência digna”⁷¹⁵. Este considerava que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto expressamente no art. 1.º da Lei Federal Alemã não reclamava apenas a garantia da liberdade, mas “também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada”⁷¹⁶.

Em geral a noção do mínimo existencial pode ser entendida como “um conjunto de condições mínimas de existência humana digna”⁷¹⁷, o que distingue a sua vinculação direta ao princípio da dignidade da pessoa humana que constitui o núcleo essencial em que radica a maior parte dos direitos sociais. Sob este prisma é evidente a relação intrínseca que estas noções guardam entre si.

É nesta noção de conjunto de direitos essenciais que o mínimo existencial aponta para a necessidade de resguardar os indivíduos da “lógica aleatória e impessoal do mercado capitalista”, bem como visa garantir as condições materiais (como o direito à educação, à saúde, à alimentação) para afirmação dos demais direitos fundamentais⁷¹⁸. Contudo, além do amparo quanto aos eventuais problemas materiais tal garantia pode não ser suficiente e o conteúdo concreto deste “padrão mínimo social” variar substancialmente e a depender do contexto e do Estado em questão⁷¹⁹. Mais uma vez foi

⁷¹⁴ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. (2010) Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. Op. cit.

⁷¹⁵ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. (2010) Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. Op. cit. p. 20. Conforme citado por Ana P. Barcellos o termo é referido também por John Rawls que afirma que sem o mínimo social “não há a fruição efetiva dos direitos à liberdade bem como se inviabiliza *ab initio* qualquer Justiça distributiva. O mínimo existencial ou social portanto constitui uma verdadeira condição da Liberdade”. BARCELLOS, A. P. A. (2011) *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Op. cit. p. 159.

⁷¹⁶ *Idem*.

⁷¹⁷ GALDINO, F. (2005) *Introdução à Teoria dos Custos dos direitos*. Op. cit. p. 193.

⁷¹⁸ BARCELLOS, A. P. A. (2011) *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Op. cit. p. 135.

⁷¹⁹ KRELL, A. J. (2002) *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um direito

a linha desenvolvida no debate jurídico-constitucional alemão que pode auxiliar na delimitação do conteúdo do mínimo. Naquele contexto o mínimo existencial foi desdobrado em dois: o mínimo fisiológico (condições materiais para uma vida condigna) e o sociocultural (assegura um mínimo de inserção na vida social)⁷²⁰.

Esta é uma análise coerente porque se ante a dificuldade de estabelecer este mínimo for considerado apenas o conteúdo “essencial” dos direitos sociais, tal noção pode ser restrita a um mínimo vital. E, como alerta Cristina Queiroz, resumir o mínimo existencial à sobrevivência e negar a necessidade de constitucionalizar os direitos sociais, uma vez que já reconhecido o direito à vida⁷²¹. Mesmo ante a dificuldade teórica de se estabelecer o conteúdo deste mínimo, seja na doutrina alemã, portuguesa ou brasileira, o que não parece encontrar resistência é que o seu conteúdo essencial se encontra diretamente fundado no direito à vida e, ainda, na dignidade da pessoa humana, bem como se considerado o seu desdobramento sociocultural o mínimo existencial se encontra fundado no princípio do Estado Social⁷²².

O princípio da vedação do retrocesso social

Se os direitos têm dentes⁷²³, os direitos sociais parecem ter a mordedura mais leve⁷²⁴. Para tutelar tal evidência, este tópico trata da proibição do retrocesso social, uma criação doutrinária de origem alemã⁷²⁵ que se relaciona com o núcleo essencial dos direitos fundamentais e constitui uma espécie de “limite aos limites”⁷²⁶ para os direitos fundamentais. Numa analogia com o mínimo existencial, a proibição do retrocesso também não se restringe à tutela da mera sobrevivência física⁷²⁷, e abriga

constitucional “comparado””. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores. p. 63.

⁷²⁰ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. (2010) Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. Op. cit.

⁷²¹ QUEIROZ, C. (2006) *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra.

⁷²² *Idem*.

⁷²³ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. (1999) *The Cost of Rights*. Op. cit.

⁷²⁴ Em sentido relativamente diverso, porque defende que os direitos sociais, ao menos no âmbito constitucional português, não devem ser classificados como “fracos” ver MORAIS, C. B. (2014) De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”. Op. cit.

⁷²⁵ BARCELLOS, A. P. A. (2011) *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Op. cit. p. 85.

⁷²⁶ SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

⁷²⁷ SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 452.

avanços de toda a humanidade, e por assim o ser não devem ser “destruídas, anuladas ou combatidas”⁷²⁸.

Percebe-se que o princípio figura como uma proteção que o próprio direito se reveste, a fim de evitar o retrocesso de direitos e garantias fundamentais. A problemática em torno da sua efetividade, guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica”, sendo esta última “uma expressão inarredável do Estado de direito”⁷²⁹. Isto porque, tais retrocessos implicam não apenas nos direitos individuais, mas na ordem jurídica e social como um todo⁷³⁰.

Muito da sua difusão na comunidade luso-brasileira expressamente se atribui às elaborações (e traduções) do Professor Gomes Canotilho que, em suma, o apresenta como um princípio da não reversibilidade ou da vedação da evolução reacionária. Segundo o autor, trata-se de um princípio que desde as suas elaborações primeiras tinha um elevado teor ideológico, indicava para um aumento contínuo das prestações sociais, e expressava a ideia de que uma vez que determinados direitos sociais e econômicos (como por exemplo, dos trabalhadores, à assistência, à educação) fossem obtidos em um “determinado grau de realização”, estes passavam a constituir, “simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo”⁷³¹.

Um dos primeiros acórdãos do Tribunal Constitucional Português que contemplou este princípio foi o acórdão n.º 39/84, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de uma norma que revogava parte do Serviço Nacional de Saúde⁷³². Neste caso concreto, o Tribunal se referia a “direitos derivados a prestações (assistência social, subsídio de desemprego, etc.) que significam o direito de judicialmente ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social”⁷³³.

Todavia, é possível balizar o ano de 2002 como um dos marcos para o

⁷²⁸ ROCHA, C. L. A. (2001) O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Op. cit. p. 59.

⁷²⁹ SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 434.

⁷³⁰ *Idem*. p. 437.

⁷³¹ CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.

⁷³² POMPEU, G. V. M., PIMENTA, C. A. A. (2015) O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI. *Revista Direito e Desenvolvimento*. V. 6. N.º 2. Disponível em <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/616>.

⁷³³ Acórdão n.º 39/84 Tribunal Constitucional Português. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>.

tratamento jurisprudencial diverso do princípio da vedação do retrocesso. No acórdão n.º 509/02⁷³⁴, que dispunha sobre a retirada do chamado “Rendimento social de inserção (RSI)”, o tribunal se manifestou no sentido de que aquele princípio somente atuaria em casos limites, e a fundamentação da decisão de inconstitucionalidade acabou por ser o princípio do mínimo existencial, um dos corolários da dignidade da pessoa humana. Segundo o referido acórdão, portanto,

A proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais.

Este Tribunal já teve, aliás, ocasião de se mostrar particularmente restritivo nesta matéria, pois que no Acórdão n.º 101/92 [...] parece ter considerado que só ocorreria retrocesso social constitucionalmente proibido quando fossem diminuídos ou afectados «direitos adquiridos».

No campo doutrinário o próprio Professor Gomes Canotilho reconheceu que a posição rigorosa acerca da aplicabilidade do princípio precisava ser relativizada, como por exemplo, nos casos de grandes crises ou quando o Estado se encontrasse sob o risco de uma falência orçamentária⁷³⁵.

Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. ‘A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social (CANOTILHO, 2004, p. 111).

E também Jorge R. Novais que critica a relevância atribuída a este princípio:

a fórmula e o eventual princípio da proibição do retrocesso surgiram, então, como invenção engenhosa destinada a justificar uma protecção jurídica reforçada a direitos a que se recusara natureza constitucional, jusfundamental. Tratava-se, em qualquer caso, nesse contexto, de uma invenção alemã para resolver uma dificuldade ou uma eventual lacuna constitucional alemã. O que surpreende é o sucesso quase universal que a fórmula obtém, incluindo em países e ordens constitucionais que não apresenta qualquer justificação ou utilidade, mais precisamente, nas ordens constitucionais em que os direitos sociais são juridicamente considerados direitos fundamentais, direitos constitucionais, beneficiando, portanto, da protecção que decorre de sua natureza formal e materialmente constitucional. (NOVAIS, 2010, p. 241)

⁷³⁴ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>.

⁷³⁵ CANOTILHO, J. J. G. (2004) *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina.

Mas ainda que relativizado o Professor Gomes Canotilho defende que o princípio tem que limitar a reversibilidade dos direitos adquiridos, como por ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde. Assim, preserva-se a segurança jurídica dos cidadãos e se garante o respeito à dignidade da pessoa humana⁷³⁶. Esta dignidade constitui parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo um parâmetro que jamais deverá ser relativizado⁷³⁷. Portanto, a própria relativização do princípio também tem limites, e um destes é a proteção da dignidade da pessoa humana.

Tratando-se de um contexto de crise a relativização do princípio da vedação do retrocesso social, tanto no âmbito jurisprudencial quanto doutrinário, parece mais iminente, de modo que adotá-lo como parâmetro de limite à retração dos direitos poderia restar insuficiente, embora não desimportante. Daí a necessidade de, mesmo brevemente, abordá-lo.

Assim, a partir de então será tratada de uma das perspectivas possíveis para a demarcação de um limite, de conteúdo juridicamente apreensível, à retração dos direitos fundamentais. Conforme até então mencionado, é um princípio que, inclusivamente, guarda íntima relação com cada uma das noções neste tópico referidas – e que a partir de então se coloca no centro da discussão. Trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.5. O impacto da crise econômica e das medidas de austeridade nos direitos fundamentais

*Os dados são pistas
que a mente precisa organizá-las.*

Rubem Alves *In* Filosofia da Ciência.

O Estado de direito democrático pressupõe a existência de uma dimensão organizativa e procedimental, além da garantia dos direitos fundamentais. Esta é uma afirmação tão assente na teoria democrática quanto a de que a proclamação de direitos

⁷³⁶ CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. p. 339.

⁷³⁷ AGOSTINHO, L. O. V.; BREGA FILHO, V. (2011) *Proibição de retrocesso e crise econômica: conciliação quase impossível*. In AGOSTINHO, L. O. V.; HERRERA, L. H. M. (Orgs.) *Tutela dos direitos humanos e fundamentais*. Ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito. Birigui: Boreal Editora.

não implica necessariamente na sua efetividade⁷³⁸. Noutros termos é possível assentir que a crescente posituação dos direitos nem sempre acompanha a sua eficácia jurídica e social⁷³⁹ e isto impõe reconhecer a distância que pode separar os direitos da realidade⁷⁴⁰. Estas são assertivas que embasam duas das premissas do argumento aqui defendido: (a) há um vasto rol de direitos fundamentais proclamados no âmbito da União Europeia que coexiste com (b) a tensão entre a realidade e os direitos positivados. Disto decorre que, num contexto disfuncional de crise, a circunstância primeira permanece e a última agrava-se. Não obstante o reconhecimento formal, os retrocessos implicaram nos direitos e no direito (enquanto sistema jurídico). Contudo, conforme demonstrado, o fenômeno é mais complexo do que seria possível depreender de uma relação causa e efeito, na qual o retrocesso dos direitos é a decorrência esperada de uma crise financeira. O contexto da União Europeia apresentou variáveis, atreladas a fatores mais densos, como o da situação dos Estados antes da crise e do grau de ingerência das medidas de austeridade nas economias dos mesmos.

Neste tópico será analisado um diferencial terceiro que se refere ao “como” e em quais domínios específicos os gestores públicos implementaram cortes orçamentários. Não obstante a afirmativa do custo econômico dos direitos, na análise dos dados, verificou-se tendências quando perspectivados os direitos fundamentais com maior recorrência e intensidade afetados. Um dos parâmetros que norteará esta análise é a “regra da justiça”, nos moldes propostos por Perelman e que pressupõe “a aplicação de um tratamento idêntico a seres ou situações que são integrados numa mesma categoria”⁷⁴¹. No caso dos cidadãos europeus, embora residentes em Estados-Membros diversos, é possível considerá-los como parte de um todo, que nesta seara da garantia dos direitos fundamentais mais os unifica que os distingue.

Sem mitigar as etapas precedentes e essenciais no percurso investigativo este tópico demarca um ponto fulcral, pois são apresentados os dados qualitativos e quantitativos que registram os retrocessos referidos.

⁷³⁸ BOBBIO, N. (2004) *L'età dei diritti*, Op. cit.

⁷³⁹ Neste sentido ver SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

⁷⁴⁰ RODRIGUES, J. C. (2012) *Sobre a abundância de direitos em tempos de crise*. Op. cit e, ainda, BOBBIO, N. (2004) *A era dos direitos*. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier.

⁷⁴¹ PERELMAN, C. ; OLBRECHTS-TYTECA, L. (2005) [1992] *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Op. cit. p. 248.

Aspectos terminológicos relevantes

Numa referência direta a Bobbio, Danilo Zolo sustenta que “*la teoria dei diritti manca sia di fondamento filosofico che di rigore analítico*”⁷⁴². Segundo Zolo, é esta falta de um critério de autorregulação cognitiva que dificulta o uso do léxico e isto acaba por gerar o que o autor chama de um “caótico pluralismo terminológico” de termos similares como: direitos fundamentais, direitos naturais, direitos subjetivos, direitos individuais, direitos humanos, liberdades fundamentais etc. Assim, disto decorre a constante divergência terminológica e o “eterno problema de nomes”⁷⁴³.

Na perspectiva *habermasiana*, os direitos fundamentais “são constitutivos para toda associação de membros jurídicos livres e iguais; nesses direitos reflete-se a socialização horizontal dos civis, quase *in statu nascendi*”⁷⁴⁴. Logo, concretizam as liberdades que protegem os cidadãos de interesses opostos e garantem direitos que são “fundamentos funcionais da democracia”⁷⁴⁵, na ditosa expressão de Gomes Canotilho.

São indisponíveis e irredutíveis (quanto ao seu núcleo essencial), e “representam a tradicional tutela das liberdades burguesas: liberdade pessoal, política e econômica”⁷⁴⁶. Sua ascendência filosófica advém das doutrinas do contrato social, enquanto sua origem jurídica provém “dos princípios de direito natural positivados”⁷⁴⁷. Guardam em si a própria dignidade do ser humano, pois nos direitos fundamentais se fazem presentes projeções da dignidade da pessoa⁷⁴⁸.

Estes direitos não são, portanto, uma mera decorrência do Estado, nem possuem fundamentalidade apenas formal. Como explica Agra, estes podem ser vislumbrados também sob o prisma de uma fundamentalidade material que decorre da relevância do seu conteúdo, essencial para o ordenamento jurídico⁷⁴⁹.

⁷⁴² ZOLO, D. (2010) *Tramonto globale*. Op. cit. p. 76.

⁷⁴³ SAMPAIO, J. A. L. (2010) *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: DelRey Editora.

⁷⁴⁴ HABERMAS, J. (2003) *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. I. Op. cit. 169.

⁷⁴⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. p. 291.

⁷⁴⁶ GOZZI, G. (1998) Estado contemporâneo (Verbetes). In BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. V. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília. p. 401.

⁷⁴⁷ BONAVIDES, P. (2009) *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 628.

⁷⁴⁸ SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 434.

⁷⁴⁹ AGRA, W. M. (2012) *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 134.

Não há entre eles uma hierarquia, embora permaneça na doutrina as classificações dos mesmos em grupos de direitos. Uma categorização frequente é dividi-los no grupo dos direitos civis e políticos, e em econômicos, sociais e culturais. Aqueles do primeiro grupo são os que estão sujeitos ao efeito imediato e são definidos em termos absolutos. Quanto ao segundo grupo, possuem mecanismos de monitoramento mais suaves e estão, na sua maioria, sujeitos a uma concretização progressiva e consequentemente não imediata⁷⁵⁰.

Há também a distinção entre os direitos fundamentais (grupo genérico) e sociais (específico) no sentido de que os primeiros “constituem um dique contra a intervenção do Estado”, sendo em tese previsíveis. Ao contrário, os segundos são imprevisíveis e “representam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida”⁷⁵¹. Nesta tese, tais distinções terão lugar apenas quando imprescindíveis ao argumento. Em geral, serão analisadas enquanto direitos fundamentais (inclusive os direitos sociais), pois assim entendo ser mais pertinente ante a especificidade do contexto europeu e das muitas das garantias consubstanciadas no *Welfare State*.

Nos relatórios apreciados o uso dos termos direitos fundamentais, direitos sociais, direitos humanos, direitos fundamentais sociais e direitos humanos fundamentais podem ser indistintamente referidos, pois tais relatórios se baseiam em documentos jurídicos e convenções de ordens constitucionais que contemplam terminologias diversas⁷⁵². Neste tópico, contudo, serão utilizadas as expressões “direitos fundamentais” e “direitos sociais” em face da maior inclinação dos instrumentos jurídicos da União Europeia pelo seu uso⁷⁵³, e com o intuito de uniformizar uma classificação, ao menos para os fins desta análise. Acerca dos primeiros, uma definição possível é a de que os direitos fundamentais são:

⁷⁵⁰ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

⁷⁵¹ GOZZI, G. (1998) Estado contemporâneo (Verbete). Op. cit. p. 401.

⁷⁵² Segundo João Maurício Adeodato, tentar fixar “uma determinação semântica clara” entre tais conceitos, se trata de se referir ao “velho problema da relação contém/está contido, como nas categorias de Aristóteles”. ADEODATO, J. M. (2002). *Filosofia do direito*. Op. cit. p. 09. Mas, embora não seja possível um consenso, mas sim uma aproximação terminológica sobre o que tais termos podem significar, convém desde então apontar como definições possíveis as de que direitos humanos “são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)”; e direitos fundamentais são os direitos humanos “jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”. CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. p. 393.

⁷⁵³ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

as normas mínimas para garantir que uma pessoa é tratada com dignidade, e incluem, principalmente: os direitos enumerados ou referidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE); direitos que fazem parte das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros; direitos reconhecidos na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e Liberdade Fundamental e, na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; direitos listados nas Cartas Sociais da União e do Conselho da Europa; direitos constitucionais nacionais relevantes. Além disso, esta lista de direitos é complementado por os direitos garantidos nos instrumentos internacionais mais amplas, como a Universal Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). (TAMAMOVIĆ, 2015, p. 28)

A base empírica do argumento defendido se encontra na série de relatórios *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the União Europeia*⁷⁵⁴ editados pelo Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs do Parlamento Europeu e elaborados por autores distintos. São ao todo oito relatórios, referentes a estudos realizados por peritos dos sete Estados-Membros e um último que se trata de uma análise comparativa. Por indução será possível, a partir da análise destes dados particulares, apontar algumas perspectivas que resguardem tais direitos de forma geral⁷⁵⁵.

Da metodologia escolhida e aplicada na elaboração dos relatórios, destaco três. O primeiro diz respeito aos critérios adotados para a seleção dos Estados-Membros. Considerando a celebração (ou não) de acordos com a *Troika* e a diversidade dos sistemas jurídicos vigentes (continental e *common law*), foram selecionados sete Estados: Bélgica, Chipre, Grécia, Irlanda, Itália, Portugal e Espanha⁷⁵⁶. O estabelecimento de tal critério metodológico já aponta para a perspectiva de que a crise econômica, apesar de ter afetado a União Europeia como um todo, não impactou os Estados-Membros de igual modo e intensidade, mas em simultâneo aponta que a imposição das medidas de austeridade não foi o único fator para a regressão dos direitos fundamentais. Tais constatações fazem sentido a partir do enfoque especial que os relatórios concedem aos Estados-Membros afetados pela crise, mas que não

⁷⁵⁴ Nos parágrafos que seguem serão transcritos, com leves alterações, os dados dos relatórios, publicados originalmente, em fevereiro de 2015. São, ao todo, oito relatórios, disponíveis na mesma plataforma de pesquisa na qual consta o Estudo Comparativo transcrito em tópico específico nas referências bibliográficas. TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

⁷⁵⁵ Este procedimento de metodológico de partir da análise de dados particulares para encaminhar-se a noções gerais, segundo o método racional-indutivo foi inspirado por FACHIN, O. (2006) *Fundamentos de Metodologia*. Op. cit.

⁷⁵⁶ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit..

necessariamente impuseram cortes orçamentários em todas as áreas pesquisadas.

Os estudos projetaram um grupo de Estados que se aproximam o máximo de uma representatividade dos Estados-Membros da União Europeia⁷⁵⁷. Neste aspecto em particular talvez tivesse sido oportuno acrescentar Estados-Membros (por exemplo, França, Finlândia ou Alemanha) que, apesar do contexto de crise, não parecem ter sofrido os mesmos revezes na seara dos direitos fundamentais. Assim, na análise comparativa constaria mais um significativo contraponto além dos já propostos.

O segundo refere-se ao lapso temporal. O período do estudo teve a data limite definida em 30 de junho de 2014 e, salvo alguns acréscimos que se mostraram significativos, a sua versão final foi apresentada em fevereiro de 2015. Mesmo após esta data sabe-se que continuaram ocorrendo alterações no quadro da eficácia dos direitos fundamentais. Isto seria de grande valia analisar, pois quiçá seria possível demonstrar que o abrandamento da situação de crise teria (ou não) uma repercussão direta no âmbito dos direitos. Mas, assim como necessário em trabalhos desta natureza foi delimitado um termo, sob o risco de o trabalho desviar-se do objetivo e transformar-se num relato infindo, afinal, “todo discurso é limitado no tempo”⁷⁵⁸.

E, ainda, um terceiro aspecto: a decisão acerca do rol de direitos fundamentais a serem investigados. *Prima facie* é possível afirmar que, em contextos disfuncionais, não necessariamente todos os direitos fundamentais são afetados na sua integralidade e com a mesma intensidade. Outra justificativa metodológica apresentada no estudo comparativo foi de que a análise de todos os direitos fundamentais seria uma tarefa excessivamente volumosa⁷⁵⁹.

Foi feita, portanto uma seleção com base em critérios quantitativos e qualitativos. O critério quantitativo foi adotado de acordo com a natureza e a frequência com que os direitos fundamentais eram reportados em fontes como órgãos da União Europeia e instituições internacionais, e em fontes mais abertas, como artigos científicos e os meios de comunicação⁷⁶⁰. No que diz respeito ao critério qualitativo, este se concentrou em fatores como: a estimativa do impacto que a restrição destes direitos teria sobre o gozo de outros direitos; a representação dos grupos de direitos econômicos,

⁷⁵⁷ *Idem.*

⁷⁵⁸ PPERELMAN, C. ; OLBRECHTS-TYTECA, L. (2005) [1992] *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Op. cit. p. 162.

⁷⁵⁹ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

⁷⁶⁰ *Idem.*

sociais e culturais, bem como civis e políticos; e ainda, que a seleção destes direitos garantisse a viabilidade do estudo⁷⁶¹.

Os direitos fundamentais contemplados nos relatórios referentes aos sete Estados-Membros foram: direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à pensão, ao acesso à justiça, e ainda, à liberdade de expressão e de reunião. Ressalto que o impacto da crise sobre outros direitos foi observado em Estados-Membros específicos, como: direito a habitação (Bélgica, Chipre, Irlanda e Espanha); à propriedade (Chipre, Grécia e Itália); direitos trabalhistas (Chipre, Grécia e Portugal); liberdade de informação (Grécia); direito de segurança social (Irlanda e Portugal); direito à água (Irlanda); restrição de direitos de estrangeiros (Bélgica) e crimes de ódio e incitação ao ódio (Grécia).

Os direitos a que foi dada maior ênfase nos relatórios serão tratados a partir de então em tópicos específicos. Primeiro, por terem sido objeto de apreciação em todos os Estados-Membros. Segundo, porque decidi dar proeminência aos direitos econômicos e sociais, os mais comprometidos pela crise, dentre estes sobretudo os direitos à educação, à saúde, ao trabalho e à previdência.

O corte mais profundo nos direitos sociais pode ser demarcado como um traço das economias que sofrem crises econômicas. A justificativa da necessidade de reagir à crise autentica a necessidade dos cortes, que surgem como a resposta convencional que direciona o fatiamento orçamental para as áreas que consomem a maior parte do PIB dos Estados desenvolvidos e que tem uma política social mais avançada, tais como as pensões, a saúde e a educação⁷⁶². Para além das proteções e efetividade, se afirma que tais direitos oneram imediata e excessivamente as gerações presente e futura.

Direito à educação

A educação é um direito universal previsto nos ordenamentos jurídicos de todos os Estados-Membros observados e assegurado por distintos instrumentos jurídicos da União Europeia. Quando nesta análise mencionado, se refere à educação obrigatória, básica e gratuita destinada a crianças e adolescentes a partir de 06 até os 18

⁷⁶¹ *Idem.*

⁷⁶² TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

(dezoito) anos⁷⁶³, mas engloba teia mais complexas que inclui a melhora gradativa das condições materiais do corpo docente e da qualidade da educação acessível. Na CDFUE este direito está previsto como:

Artigo 14. O Direito à educação

1. *Todas as pessoas têm direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua.*
2. *Este direito inclui a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório.*
3. *São respeitados, segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos, e o direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas.*

Não obstante a importância que *per si* justificaria o seu carácter prioritário no cerne das decisões políticas, no período analisado ao menos seis dos Estados-Membros realizaram intervenções significativas neste campo, com exceção da Bélgica. Em geral estas consistiram em:

- a) a redução do número de escolas (mediante fusões ou mesmo encerramentos)⁷⁶⁴;
- b) a diminuição no número de professores;
- c) o aumento da carga horária dos docentes em atividade;
- c) a redução do salário dos professores;
- d) o aumento do número de alunos por turma;
- e) a diminuição dos custos administrativos com a educação;
- f) a cobrança de tarifas de ônibus para o transporte de crianças (antes era ofertado gratuitamente);
- g) redução de unidades curriculares como: Educação Esportiva, Educação Física, Educação Artística, Educação Cívica, Educação para a Saúde e Educação Ambiental, além de reforço do Português e Matemática.
- h) extinção de áreas não curriculares, como Estudo Supervisionado e

⁷⁶³ Em Portugal, os ciclos da educação obrigatória são compostos por quatro períodos: educação primária (quatro anos), ensino básico (dois anos), terceiro ciclo de ensino básico (três anos) e ensino secundário (também três anos). CANOTILHO, M. R. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit. A título de referência histórica, em Portugal, a Carta Constitucional de 29 de Abril de 1826 já previa (§ 30.º) o direito à educação primária e gratuita a todos os cidadãos do então reino português. Cf. Carta Constitucional. Disponível em <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1533.pdf>.

⁷⁶⁴ Cabe assinalar que nem todas as fusões e encerramentos de escolas podem ser atribuídos à crise ou as medidas de austeridade. No Chipre, medidas de tal natureza estavam programadas antes mesmo do advento da crise. TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

Área do Projeto.

i) redução de custos em ciência e educação.

Em Portugal houve aumento da evasão escolar e o agravamento das condições de trabalho dos professores, com um aumento de 151% no número de desemprego entre os docentes (tendo por parâmetro 2011), especialmente devido ao desaparecimento de áreas curriculares e do apoio extra escolar aos alunos⁷⁶⁵. Neste Estado-Membro, mediante a Lei n. 68/2013, de 29 de agosto de 2013 restou estabelecido a carga horária de 40 horas por semana para todos os professores da rede pública, que antes era de 35 horas, sem qualquer retribuição financeira extra⁷⁶⁶. No âmbito da redução de custos em ciência e educação, a Lei do Orçamento do Estado para 2013 (Lei n.º 66-B) o fixou em € 160 milhões⁷⁶⁷. No Memorando de Entendimento que o governo português firmou com a Troika restou estabelecido que Portugal deveria “reduzir os custos na área da educação, com o objetivo de economizar 195 milhões de euros”, de modo que os gastos do Estado em educação hoje são os mais baixos da União Europeia.

Já o relatório italiano conclui que os cortes orçamentários não reduziram significativamente a qualidade da educação, pois a Itália tem, antes da crise, um histórico de subinvestimento na educação obrigatória. Mesmo assim, o acesso à educação pode ter sido negativamente afetado pela concentração de escolas, uma das medidas mais recorrentes nesta área⁷⁶⁸.

Num plano geral, constata-se o aumento do número de desempregos de profissionais da educação e até mesmo na deteriorização das condições das salas de aula, como as referentes à limpeza e ao aquecimento.

⁷⁶⁵ CANOTILHO, M. R. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Portugal*. Op. cit.

⁷⁶⁶ *Idem*.

⁷⁶⁷ *Idem*.

⁷⁶⁸ NASTASI, G.; PALMISANO, G. (senior reviewer) (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Italy*. Milieu Ltd: Belgium. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>. European Parliament. Policy Departments.

Direito à saúde

Uma premissa de partida é a de que direito à saúde é um típico direito social, de caráter primário, inviolável, absoluto, e “a partir do qual os demais direitos podem ser exercidos”⁷⁶⁹. Ademais, vinculado a este direito estão outros que, na lição do Professor Rogério G. Leal, são “fatores determinantes e condicionantes”, como o são direitos aqui também contemplados, por exemplo: o direito à moradia, ao trabalho, a renda, a educação, e o acesso aos bens e serviços essenciais⁷⁷⁰. Em sentido amplo, o direito à saúde significa que “os governos devem gerar condições em que todos podem ser tão saudáveis quanto possível”; enquanto *strictu sensu* designa “o direito de ter acesso a serviços de saúde”⁷⁷¹.

Foram observadas medidas que afetam o acesso aos cuidados de saúde em todos os Estados-Membros analisados. Mais uma vez, somente a Bélgica apresenta um quadro distinto, tendo introduzido apenas medidas para aliviar as dificuldades, sem que nenhuma das intervenções retirasse (ou mesmo dificultasse) o acesso dos seus cidadãos aos serviços. Na Grécia e no Chipre, entretanto, houve grandes reformas nos sistemas de saúde, enquanto em países como Portugal, as intervenções visaram apenas partes do sistema. Outras medidas foram direcionadas para:

- a) restringir o acesso aos cuidados de saúde;
- b) redução de salários e congelamento do recrutamento de pessoal
- c) intervenção nos custos de medicamentos;
- d) aumento do tempo de espera para consultas e cirurgias;
- e) diminuição dos cuidados preventivos e de proteção;
- f) introdução de taxas de participação em determinados serviços;
- g) redução do número de leitos hospitalares.

Segundo o estudo comparativo, os impactos de tais medidas foram vistos na redução do acesso aos cuidados de saúde, no encargo financeiro adicional para os cidadãos, redução do número de equipes e instalações médicas, aumento do tempo de

⁷⁶⁹ LEAL, R. G. (2006b) A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. *A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 6. N.º 25. p. 26.

⁷⁷⁰ *Ibidem*. p. 28.

⁷⁷¹ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit. p. 37.

espera para consultas e cirurgias, uso de alternativas aos cuidados de saúde pública – por exemplo, os cidadãos recorreram aos serviços de saúde privados ou de ONGs – aumento das necessidades médicas não atendidas, diminuição dos cuidados preventivos e de proteção, mudanças no mercado de produtos farmacêuticos, incluindo a escassez no abastecimento. Como era de se prever, as pessoas pobres e sem-teto, idosas, com deficiência bem como as suas famílias, mulheres e imigrantes em situação irregular estão entre os que foram desproporcionalmente mais afetados pelas medidas impostas.

Direito ao trabalho

No direito ao trabalho (entendido como o direito de se envolver e manter-se no mercado em condições justas⁷⁷² e dignas), todos os Estados-Membros analisados fizeram intervenções neste campo, de modo que, dentre os direitos observados, foi provavelmente a área mais afetada pela crise.

Ocorre que neste domínio é preciso observar os dados estatísticos com cautela. Conforme alerta Pedro Nogueira Ramos, quando a contagem não é de pessoas, mas de atributos, estes não são facilmente observáveis. E, dentre os exemplos, o autor menciona justamente a contagem de desempregados. Isto porque, nem todos os indivíduos que não estão trabalhando, são efetivamente desempregados. É preciso, pois, fazer um esforço prévio para conceituá-los⁷⁷³.

De acordo com os dados, como um dos reflexos da crise, em Portugal, entre os anos de 2008 e 2013 mais de 500.000 empregos foram suprimidos. A taxa de desemprego atingiu recordes históricos, de modo que em Portugal teve um aumento de 8,5% em 2008 para 16,4% em 2013⁷⁷⁴. Muitas das medidas foram destinadas a facilitar o despedimento de funcionários enquanto outros foram destinados para atenuar os efeitos das tendências negativas no mercado de trabalho⁷⁷⁵. As principais medidas foram relacionadas a:

- a) acréscimos nos percentuais de perda de emprego;
- b) diminuição de salários e do tempo de aviso prévio;

⁷⁷² TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit. p. 15.

⁷⁷³ RAMOS, P. M. G. N. (2013) *Torturem os números que eles confessam*. Op. cit.

⁷⁷⁴ CANOTILHO, M. R. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Portugal*. Op. cit.

⁷⁷⁵ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit. p. 64.

- c) aumento da jornada de trabalho, sem pagamento adicional;
- d) a facilitação do uso de funcionários temporários e a tempo parcial;
- e) imposição de mobilidade involuntária;
- f) diminuição da proteção no desemprego.

Outro estudo estatístico apresenta dados interessantes acerca do trabalho. Destes destaco dois. O primeiro é a constatação que os mais jovens tiveram perdas de rendimentos mais significativas que os mais velhos. E o segundo, evidenciando a complexidade dos reflexos da crise, atesta que nem mesmo os níveis mais altos de escolaridade garantiram perdas menores de renda. Justamente ao contrário, a perda de rendimentos para aqueles que têm curso superior foi em torno de 20% enquanto daqueles que têm menos que o sexto ano foi em torno de 13%⁷⁷⁶. E há ainda um dado, nem sempre incluso nas sondagens acerca do trabalho, e se refere à emigração. Aqueles que deixam o país não são incluídos nas estatísticas de desemprego. De acordo com os dados do relatório português, mais de 100.000 pessoas deixaram Portugal em 2011, mais de 120.000 em 2012, e 128.000 em 2013. Quando considerado que Portugal tem uma população de aproximadamente 10 milhões de pessoas, cerca de 3,5% dos seus cidadãos deixaram o país neste triênio⁷⁷⁷.

Em Portugal a Lei Orçamentária de 2011⁷⁷⁸ (Lei 55-A/2010) vedou a prática de quaisquer atos que consubstanciassem valorizações remuneratórias dos funcionários públicos, designadamente as progressões, promoções, nomeações, atribuição de prémios de desempenho bem como a abertura de procedimentos concursais.

Direito à pensão

O direito à pensão é referido no relatório comparativo como sendo um direito adquirido. Este foi objeto de revisão antes mesmo da crise, mas esta última

⁷⁷⁶ RODRIGUES, C. F.; FIGUEIRAS, R. JUNQUEIRA, V. (Coord.) (2016) *Introdução ao estudo – Desigualdade do Rendimento e Pobreza em Portugal, 2009-2014*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos

⁷⁷⁷ CANOTILHO, M. R. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Portugal*. Op. cit.

⁷⁷⁸Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1295&tabela=leis

influenciou, de forma significativa, a criação de novas regras e cortes orçamentários. A isto se acrescenta que pensionistas são considerados como um dos grupos vulneráveis⁷⁷⁹. Nada obstante, todos os Estados-Membros observados têm feito intervenções no direito à pensão, embora em alguns se possam observar medidas mais incisivas, como na Grécia, onde uma medida gravosa instaurou um precedente perigoso para a segurança e a estabilidade jurídicas. Trata-se de uma medida especial que alterou os requisitos para a concessão de reforma dos pais de crianças com deficiência. Tais requisitos foram alterados com efeito retroativo, de modo que muitos pais, que haviam deixado o emprego, com a expectativa de lhes ser atribuída uma pensão, perderam seus benefícios. Considerando que os processos administrativos para concessão de pensão são longos, os cidadãos podem ficar à mercê de não auferirem renda por períodos de até dois anos.

Na Irlanda e em Portugal foram introduzidas alterações no funcionamento do sistema de pensões. Além disso, de modo geral, foram introduzidas outras medidas, nomeadamente relacionadas com:

- a) aumento da idade de reforma e a exigência de antiguidade;
- b) o cálculo e revalorização das pensões;
- c) cortes nas pensões já concedidas;
- d) regras aplicáveis ao trabalho após a aposentadoria;
- e) introdução de novas regras, como a de uma renda mínima;
- f) incentivo dos trabalhadores a permanecer mais tempo no trabalho.

Como impacto das medidas de austeridade sobre o direito à pensão verifica-se a diminuição do padrão de vida para muitos dos atuais reformados, bem como para os futuros pensionistas.

Direito ao acesso à justiça

O direito ao acesso à justiça é uma expressão imprecisa, mas pode ser tomada como sendo “o modo e o acesso aos instrumentos jurídicos necessários para

⁷⁷⁹ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

tornar os direitos efetivos”⁷⁸⁰. Este acesso deve ser justamente assegurado ao invés de comprometido durante as recessões econômicas.

Trata-se de direito de suma importância por ser pré-requisito para o gozo pleno e efetivo dos direitos, além de trazer consigo uma capacitação e empoderamento que permite que os cidadãos façam valer os seus direitos e, caso lesados, possam obter a reparação devida⁷⁸¹. Já o dizia Tomas Hobbes que “o direito ao fim confere direito aos meios necessários para aquele fim”⁷⁸². Mas o próprio autor completava ser “vão alguém ter direito ao fim se lhe for negado o direito aos meios que sejam necessários”⁷⁸³. Através do direito ao acesso à justiça – aliado a uma atividade jurisdicional eficiente – o processo judicial pode ser instrumento democrático para a realização dos demais direitos.

Observou-se que todos os Estados-Membros fizeram intervenções nesta seara, seja direta ou indiretamente. As medidas dizem respeito a aspectos diversos, tais como:

- a) número de tribunais e funcionários judiciais;
- b) acesso à assistência jurídica, regras de procedimento para o acesso a recursos legais e custos de ações;
- c) aumento da carga de trabalho dos tribunais (Grécia e Irlanda).

Joana Covelo de Abreu, em artigo no qual escrutina o direito à tutela jurisdicional efetiva no âmbito da União Europeia (art. 19.º, n.º 1 e 2, parágrafo do TUE e art. 47.º da CDFUE) afirma que “uma das dimensões de direito fundamental a ela associado é o direito a gozar de apoio judiciário em circunstâncias de carência econômica”⁷⁸⁴. Sem adentrar no arenoso terreno do profícuo debate sobre a tutela jurisdicional efetiva, esta dimensão última toca no direito aqui mencionado e não deve ser ignorada.

⁷⁸⁰ CAPPELLETTI, M. (1988) *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. p. 08.

⁷⁸¹ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

⁷⁸² HOBBS, T. (1998) [1642] *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes. p. 31.

⁷⁸³ *Idem*.

⁷⁸⁴ ABREU, J. C. (2017) As interações entre jurisdições no contexto da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: para onde caminha a tutela jurisdicional efetiva? In *IX Encontro de Professores de Direito Público*. Lisboa: Universidade Católica Editora. pp. 132-148.

Outros direitos fundamentais impactados

Acerca de outros direitos foram observadas as seguintes interferências pontuais. Conforme descrito e analisado nesta tese a crise abalou a crença dos cidadãos na própria democracia e desencadeou uma série de protestos pelas ruas europeias. Embora fossem geralmente pacíficos, noutras ocasiões tornaram-se violentos, com ações de vândalos e envolveram fortes confrontos com a polícia. Sob o argumento da necessidade de resguardar tais situações, foram editadas leis que restringiam a liberdade de expressão e de reunião. Estas limitaram tais direitos de modo que, em maior ou menor grau, as referidas liberdades foram afetadas em todos os Estados-Membros analisados.

O direito à habitação foi afetado na Bélgica, Chipre, Irlanda e Espanha, com o aumento de execuções hipotecárias e, em consequência, dos despejos, bem como por via das intervenções na atribuição de habitação social e subsídios de aluguel. Na Espanha e no Chipre, o impacto neste direito está em grande parte relacionado com interrupções no mercado imobiliário, a incapacidade dos proprietários de pagar hipotecas e as execuções hipotecárias que se seguiram em razão destas circunstâncias. Na Bélgica, devido ao aumento dos preços dos aluguéis, o número de despejos quase triplicou em sete anos. Ao mesmo tempo, na Bélgica, Chipre e Irlanda, os subsídios de aluguel ou a disponibilidade de habitação social são inadequados e insuficientes para responder às necessidades das pessoas na sequência da crise⁷⁸⁵.

O direito de propriedade foi afetado na Grécia através de aumentos maciços na tributação e intervenções no comércio com títulos estaduais. No Chipre foi afetado pela apreensão de depósitos bancários superiores a 100.000 euros - os chamados haircuts. Na Itália argumenta-se que o direito à propriedade foi afetado pela falha do Estado em pagar a tempo as reivindicações de entidades privadas com contratos públicos.

O direito a liberdade de informação foi afetado na Grécia, mais precisamente a liberdade de imprensa, em particular após o encerramento da emissora nacional. E o direito à água foi regulado na Irlanda, com a introdução da medição de água, a partir de janeiro de 2015.

⁷⁸⁵ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Comparative analysis. Op. cit.

3.5.1. Tendências de caráter geral

A partir da análise dos dados é possível referir tendências por estes apontadas e implicam em retrocessos democráticos, uma vez tomada a perspectiva multinível europeia na qual a dignidade da pessoa humana compõe o núcleo central democrático. Considera-se, portanto, as ações contrárias à dignidade e à “dignificação da pessoa humana, ou seja, à sua possibilidade de transcender e lançar para lá de seus próprios e permanentes limites”⁷⁸⁶, o que parece plenamente plausível ao se observar o elevado standard de proteção europeu. A análise aqui elaborada se detém aos efeitos da crise e das medidas de austeridade quando estas foram implementadas ou logo após a sua introdução, de modo que não se tem a pretensão de discorrer sobre repercussões vindouras.

Em sentido amplo, a primeira tendência observada foi a de que a maioria dos direitos que sofreu retrocessos se trata de direitos fundamentais sociais. Neste particular, esta é uma convergência que ressoa em três dimensões teoricamente já referidas: (i) a tese defendida por Norberto Bobbio e Danilo Zolo acerca da ineficácia dos direitos sociais; (ii) o argumento juridicamente relevante de que os direitos têm custos, especialmente os sociais ou prestacionais, de modo que, por implicarem ações positivas do Estado, pressupõem a existência de uma reserva orçamentária ao invés de escassez de recursos; e (iii) a retração de direitos sociais se coaduna com o retrocesso do *Welfare State* (referido por Zolo, Boaventura, Habermas, Bauman) e afronta conquistas seculares que permitiram a passagem da cidadania cívica e política para a cidadania social, mormente das classes trabalhadoras⁷⁸⁷. Os cortes profundos no âmbito dos direitos sociais, que gradativamente vinham sendo aumentados a partir da década de 1980, são ocorrências que contrariam também as teorias da irreversibilidade das conquistas democráticas⁷⁸⁸ – defendidas por autores como Przeworski ou Lipset – no domínio dos direitos fundamentais. Esta é uma circunstância de difícil aquiescência, sobretudo quando se considera a relação intrínseca do Estado de direito democrático e a efetividade dos direitos fundamentais.

⁷⁸⁶ ROCHA, C. L. A. (2001) *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Op. cit. p. 56.

⁷⁸⁷ SANTOS, B. S. (2006b) *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez. P. 243.

⁷⁸⁸ Esta é das conclusões de Boaventura Santos nas suas proposituras que visam ampliar o cânone democrático. SANTOS, B. S. ; AVRITZER, L. (Orgs.) (2003) *Democratizar a democracia*. Op. cit..

Assim, sob a justificativa da necessidade de cortes foram os direitos sociais e as “benesses” do *Welfare State* que tiveram os maiores cortes. Neste contexto, em geral os Estados mantiveram a proteção aos direitos fundamentais de propriedade e as suas liberdades de mercado, mas não o fizeram em relação aos direitos sociais, tradicionalmente os direitos sobre os quais recaem os maiores “quinhões de culpa” das contas públicas. Com o advento da crise era previsível que este seria um dos setores alvo de maiores cortes orçamentários, pois nas últimas décadas comumente tem sido estabelecida a relação direta entre o crescimento do *Welfare State* e o aumento das despesas públicas⁷⁸⁹.

A segunda observação de caráter geral se refere ao impacto mais significativo na redução de serviços prestados a crianças, mesmo aquelas as quais são destinadas políticas de educação especial, como as portadoras de deficiência, ciganas e filhas de migrantes. Tal constatação foi reiteradamente mencionada nos relatórios do Parlamento Europeu, da ONU, da Caritas Internacional e do UNICEF. Mesmo em medidas diversas todos demonstraram os efeitos negativos na qualidade de vida das crianças⁷⁹⁰ e no seu bem-estar, tanto no nível da saúde e educação, quanto nos apoios sociais do Estado às famílias, especialmente as mais carenciadas⁷⁹¹.

Quatro exemplos podem ilustrar este aspecto. No Chipre foi diminuído o orçamento geral com transportes e imposta uma taxa específica para o transporte escolar, que antes era gratuito. No relatório (PE) daquele Estado-Membro, consta que crianças passaram a ter que caminhar milhas para chegar a escola todos os dias⁷⁹². Em Portugal a taxa de pobreza entre crianças, especialmente as que vivem com mãe solteira ou grandes famílias, foi significativamente maior do que quando comparado à população média⁷⁹³.

Na Grécia (Estado-Membro que tem a quarta maior taxa de pobreza

⁷⁸⁹ Na Europa, em especial, a destinação de recursos públicos nas áreas sociais corresponde a mais da metade da despesa geral dos governos, sendo a União Europeia responsável por cerca de 40% das despesas de proteção social pública do mundo. TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

⁷⁹⁰ CANOTILHO, M. R. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Portugal*. Op. cit.

⁷⁹¹ GRILO, M. M. (Coord) (2013) *As crianças e a crise em Portugal*. Vozes de crianças, Políticas Públicas e indicadores sociais. Op. cit.

⁷⁹² DEMETRIOU, C. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Cyprus*. Milieu Ltd: Belgium. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>. European Parliament. Policy Departments.

⁷⁹³ CANOTILHO, M. R. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Portugal*. Op. cit.

infantil da UE) o risco de pobreza entre as crianças aumentou cerca de 4 pontos percentuais entre 2008-2012 – e a taxa de privação material para as crianças quase dobrou no mesmo período, passando de 18,7% para 34,8%⁷⁹⁴. E, por último, a Espanha que segundo relatório comparativo da UNICEF sobre o bem-estar infantil com base em critérios como saúde, segurança, educação e habitação, mas sem relacionar o bem-estar ao PIB per capita dos Estados – a partir de 2009 caiu de 5.º do ranking para a 19.º posição entre os 29 países em análise⁷⁹⁵.

A terceira tendência geral se relaciona com a anterior e se refere à desigualdade com que as medidas de austeridade impactaram em determinados grupos sociais, como as mulheres, os trabalhadores jovens, as pessoas com deficiência, os migrantes, os trabalhadores de baixa renda e os reformados. Na lógica da vulnerabilidade, isto aprofundou as desigualdades e a distância que os separa do padrão do trabalhador europeu – o que indica um decréscimo significativo das condições sociais destes grupos no quadro geral da União Europeia. Numa escala entre os mais ricos e os mais pobres, a perda foi superior para o segundo grupo, o que se contrapõe ao argumento de que os mais carentes de recursos foram preservados das políticas de austeridade. Ao contrário, os dados demonstram que “em termos líquidos”, o grupo dos 10% mais pobres perdeu, em média, 69 euros/mês (que representa a quebra de 25%), enquanto os 10% mais ricos perderam 340 euros/mês (menos 13% do que recebiam em 2009)”⁷⁹⁶.

E a quarta tendência foi a de que embora a crise tenha afetado a União Europeia como um todo, os seus efeitos foram distintos nos planos nacionais. Mesmo no período da crise algumas economias continuaram a crescer em torno de 6,5%. Ao mesmo tempo, em Portugal houve uma retração na ordem dos 5%, dos rendimentos das famílias⁷⁹⁷ implicando num aumento dos indicadores de pobreza. Isto reforça a tese do impacto direto das medidas de austeridade sobre os rendimentos dos cidadãos, pois quando este dado é confrontado com os demais Estados-Membros sujeitos a processos

⁷⁹⁴ REPORT CARITAS EUROPE. (2014) *The european crisis and its human cost. A call for fair alternatives and solutions*. Disponível em http://www.caritas.eu/sites/default/files/caritascrisisreport_2014_en.pdf.

⁷⁹⁵ ADAMSON, P. [et al] (2012) Office of Research UNICEF. *Child well-being in rich countries A comparative overview*. Disponível em http://www.unicef.pt/docs/FINAL_RC11-ENG-LORES-fnl2.pdf.

⁷⁹⁶ RODRIGUES, C. F.; FIGUEIRAS, R.; JUNQUEIRA, V. (Coords.) (2016) *Introdução ao estudo – Desigualdade do Rendimento e Pobreza em Portugal, 2009-2014*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

⁷⁹⁷ *Idem*.

de ajustamento e medidas de austeridade todos apresentaram quadros de decréscimo (4,3% na Irlanda, 9% na Espanha, e absurdos 36,5% na Grécia)⁷⁹⁸.

3.5.2. Tendências observadas em direitos específicos

Não parece haver dúvidas de que o direito à educação é um direito humano que proporciona o empoderamento, viabiliza a realização de outros direitos e salvaguarda a democracia⁷⁹⁹. O direito à educação uma ideia-chave proposta por Bobbio serve de auxílio para compreender a relação entre tal retrocesso e a democracia. Quando o autor analisou o contraste entre os regimes democráticos reais e ideais, a educação para a cidadania. Naquele contexto Bobbio se referia à educação para além do domínio escolar, pois se trata também de um pressuposto para o exercício da cidadania. Sob esse aspecto é evidente a repercussão negativa que os retrocessos nesta área podem implicar na dimensão democrática, não apenas material (com a retração efetiva de um direito subjetivo), mas também formal, enquanto condição básica ao exercício da cidadania. Então, para Bobbio, essa é uma falha estrutural democrática que distancia a democracia real da ideal.

O cerne da obra *O futuro da democracia* é que, embora muito se estivesse discutindo acerca da fundamentação dos direitos, o tempo não era de fundamentar, mas de efetivar. Isso porque, segundo o autor, os direitos sociais eram frágeis e não efetivos. Constavam mais como boas intenções e uma veste democrática para Estados que de fato não o eram. Assim, elencar um vasto rol de direitos e não os efetivar, comprometeria o que Bobbio tinha como a tríade essencial: direitos humanos, democracia e paz. Para o autor, não havia que se falar em democracia sem a efetividade dos direitos humanos.

Utilizando o direito à educação como ilustração do que se argumenta urge considerá-lo como um compromisso no qual o tempo e a continuidade são essenciais⁸⁰⁰. Uma implicação disso é a necessidade de proteger a educação contra as

⁷⁹⁸ *Idem.*

⁷⁹⁹ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

⁸⁰⁰ KOICHIRO, M. (2004) *La UNESCO y la idea de humanidad*. Brasília: Unesco. p. 143.

turbulências, os retrocessos e as mudanças da política cotidiana⁸⁰¹. Da análise comparativa dos dados emergiu, por mais de uma vez, o risco que as medidas de austeridade representam no plano pedagógico, sobretudo na qualidade da educação na escola pública. Com a “reforma” dos conteúdos programáticos, houve um acréscimo das horas dedicadas a disciplinas como português e matemática e um decréscimo dos conteúdos de natureza artística e desportiva.

A partir da tese das promessas não cumpridas de Norberto Bobbio o retrocesso do direito à educação traz consigo um agravante à estabilidade democrática, ao menos sob duas perspectivas. A primeira (material) evidencia-se na análise dos dados que demonstram o decréscimo de condições de acesso e desenvolvimento de um direito fundamental e que, como tal, acarreta um prejuízo gravoso à democracia. O segundo é de que os dados expõem os efeitos imediatos da crise, e que como outrora mencionado, são o resultado de medidas “justificadas” como respostas pragmáticas. Todavia, ocultam os reflexos sobre a democracia e os seus cidadãos. A dicotomia analítica bobbiana da democracia real/ideal, com ênfase nas suas promessas não cumpridas, pode servir de norte para refletir sobre o caso em apreço. Além do desgaste imediato na vida cotidiana dos cidadãos europeus – e do retrocesso, sob a perspectiva material da democracia, conforme demonstrado – medidas restritivas como as elencadas ameaçam o desenvolvimento do processo democrático como um todo.

A democracia representativa, conforme já mencionado, não se ampliou como prediziam as expectativas. Não é desejável especular sobre o que Norberto Bobbio afirmaria acerca da democracia material europeia no contexto de crise. Todavia é possível, a partir de categorias criadas e desenvolvidas por ele, arrazoar e constatar que os retrocessos da democracia material neste início de século poderiam indicar ao menos duas implicações: a restrição dos espaços democráticos e a fragilização da educação para a cidadania.

Ocorre que numa circunstância como a que aqui se analisa, a situação parece ser ainda mais gravosa quando se percebe que, além de não haver a ampliação dos espaços democráticos, o que se vê é a diminuição dos então existentes. A escola é um dos âmbitos no qual Bobbio entendia que a democracia poderia ser exercitada, ampliada, desenvolvida. A sobrecarga de horas de trabalho dos professores, a fusão de

⁸⁰¹ *Idem.*

escolas, a supressão de disciplinas ratifica o retrocesso do direito à educação e o descumprimento de preceitos democráticos.

Os decréscimos/restrições do direito à educação guardam ainda outro risco implícito, que é o entrave que pode representar para a emancipação social dos indivíduos, uma argumentação desenvolvida por Boaventura Santos, mas que, em certa medida, converge com as ideias de Bobbio sobre a educação para a cidadania. Apesar de não definir expressamente o que é a emancipação social, Boaventura utiliza-se do recurso retórico de elaborar diversas perguntas sobre o termo – o que conduz a compreendê-lo como uma das formas de luta contra a opressão, que pressupõe a emancipação individual e que pode levar ao fortalecimento da democracia participativa. O indivíduo indiferente – ou retraído ao lugar da passividade da vida política – é o contrasenso de um dos objetivos do regime democrático, ou seja, o de alçar o indivíduo da vida cotidiana moderna ao seu lugar na comunidade⁸⁰².

Contudo, os supramencionados teóricos divergem no aspecto mais profundo desta dimensão da participação dos cidadãos nos atos da vida pública. Este é um aspecto que será desenvolvido mais adiante, mas de antemão é possível afirmar que Norberto Bobbio segue a linha inaugurada por Max Weber, segundo a qual é inevitável que os cidadãos não tenham controle sobre o processo de decisão política e econômica, e ainda radicaliza tal argumento quando afirma que isso se deu quando o cidadão fez opção pelo Estado do bem-estar social e pela sociedade de consumo de massa⁸⁰³. Boaventura diverge deste forçoso alheamento e perda do controle do cidadão e propõe, em sentido contrário, reinventar a emancipação social e a democracia participativa, ambas como formas de ampliar a própria democracia⁸⁰⁴.

O direito ao trabalho também traz no seu cerne problemas democráticos ante a sua não realização efetiva. Foi recorrente nos relatórios a menção de que este fora, provavelmente, o domínio em que se consubstanciaram retrações mais significativas⁸⁰⁵. Tanto nos posicionamentos teóricos de Danilo Zolo quanto de Jürgen

⁸⁰² ROSENFELD, D. L. (1994) *O que é democracia*. Op. cit.

⁸⁰³ BOBBIO, N. (2009) *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra. A ideia de que Bobbio radicaliza o argumento werberiano, ver em SANTOS, B. S.; AVRITZER, L. (Orgs.) (2003) *Democratizar a democracia*. Op. cit.

⁸⁰⁴ SANTOS, B. S.; AVRITZER, L. (Orgs.) (2003) *Democratizar a democracia*. Op. cit.

⁸⁰⁵ Dentre estes, recomenda-se FISCHER-LESCANO, A. (2014) *Human Rights in Times of Austerity Policy. The EU institutions and the conclusion of Memoranda of Understanding*. Vienna. Legal opinion commissioned by the Chamber of Labour. Centre of European Law and Politics (ZERP) Faculty of Law, University of Bremen. Disponível em

Habermas se percebe um acento tônico sobre tal questão, sobretudo quando os autores trataram da crise do *Welfare State*, descreveram a tendência da “flexibilização” do direito do trabalho e ambos afirmaram que o esvaziamento daquele modelo de Estado se dava mais profundamente no domínio do trabalho. É possível delimitar como um marco da intensificação do fenômeno da *flexicurity* com eco na Europa a partir do início da década de 1990⁸⁰⁶. No Brasil, a presidenta do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Rocha traz uma consideração importante neste aspecto, na qual a autora procede a uma análise sobre a influência do processo de globalização neste domínio e que se coaduna com as teorias dos autores supramencionados. Segundo a autora

a sociedade ocidental, de uma forma muito especial, assimilou, desde a Revolução Industrial, o trabalho ao emprego. Passou-se a garantir o emprego como direito fundamental e não mais apenas o trabalho, o que estabeleceu, então, a valorização do empregado e não do cidadão trabalhador. Ao emprego associou-se a idéia de trabalho e de força de trabalho na sociedade e o empregado passou a ser dignificado em detrimento do trabalhador não empregado. (ROCHA, 2001, p. 60)

No contexto de crise, as análises dos autores portugueses que se debruçaram sobre as relações entre o direito ao trabalho e a crise também apontam no sentido, que de plano parece óbvio, de que a recessão econômica teve graves implicações no âmbito laboral.

Num mercado de trabalho segmentado, a destruição de postos de trabalho afectou de forma diferente cada grupo etário, bem como um impacto no estatuto contratual dos trabalhadores. A política pública no mercado de trabalho mudou de uma orientação reformista para a desregulamentação, apesar de restrições constitucionais apertadas, enquanto o salário mínimo foi congelado. Surgiu uma tendência descendente nos salários e a dinâmica da negociação colectiva mudou significativamente. (PEDROSO, 2004)

Todavia, aqui destaco o posicionamento presente em uma análise formulada pela Professora Mariana Canotilho⁸⁰⁷ e que, aos meus olhos, permite transpor a tendência da flexibilização (ou precarização) do trabalho – nos moldes como fora apontada por Danilo Zolo e Jürgen Habermas há mais de duas décadas – para o contexto

https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/press-release/files/legal_opinion_human_rights_in_times_of_austerity_policy_final.pdf.

⁸⁰⁶ POSSENTI, I. (2012) Lavoro e diritti sociali. Le premesse neoliberali della flexicurity europea. *Jura Gentium*. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. Disponível em <http://www.juragentium.org/topics/rights/it/possentix.pdf>

⁸⁰⁷ CANOTILHO, M. (2016) Austeridad y derecho constitucional: el ejemplo portugués. *Democrazia & Sicurezza*. Periódico científico da Università degli Studi Roma Tre. Disponível em <http://www.democraziaesicurezza.it/Rivista>.

de crise europeu. Aqui sigo uma pista aberta pela autora que – quando se refere às profundas reformas das leis trabalhistas implementadas a partir do ano 2011 em Portugal – afirma que no domínio das reformas das leis laborais, a crise e as medidas de austeridade indicam a aceleração ou o aprofundamento de alterações já em curso⁸⁰⁸. Assim sendo, apenas quando avança para a situação do corte dos salários e das pensões é que a autora entende ter sido rompida a “continuidade das soluções legislativas” observadas nas últimas décadas⁸⁰⁹. Uma leitura mais detida e perspectivada jurisprudencialmente do retrocesso no domínio laboral será tratada adiante no tópico referente à jurisprudência da crise. Todavia, fica desde então o registro, também presente nas análises da Professora Mariana Canotilho, de que “há fortes razões para acreditar que o direito ao trabalho foi o direito fundamental mais afetados, em suas diferentes dimensões”, no contexto de crise⁸¹⁰.

No que se refere ao direito à habitação, outros elementos significativos emergem e exigem uma análise mais detida. Antes de tudo convém delimitar que o direito à habitação adequada, tal como os demais aqui elencados, se relaciona com a existência digna e por assim o ser é reconhecido em uma ampla gama de ordenamentos jurídicos e acordos internacionais que prezam pelos direitos humanos.

A recomendação dos organismos internacionais é de que não seja interpretado de forma restrita, mas sim como o direito de viver num espaço com disponibilidade material, de serviços, instalações e infraestruturas. Remete, portanto, a um lugar em que sejam resguardadas a segurança, a paz e a dignidade dos indivíduos⁸¹¹. Inclui ainda uma série de elementos a ele conexos, dentre os quais destaco a segurança de posse, pois não pode ser considerada uma habitação adequada aquela em que os seus ocupantes não têm um grau de segurança que garanta a proteção legal contra despejos forçados, assédio e outras ameaças. Enfim, é um direito amplo que não se restringe a possuir “quatro paredes e um teto”⁸¹².

Embora este direito tenha sido impactado em mais de um Estado-

⁸⁰⁸ Em nota a autora exemplifica a partir do Código do Trabalho deste Estado-Membro que em 2003 introduziu uma série de mudanças paradigmáticas e contestáveis no domínio das relações laborais e dos direitos dos trabalhadores.

⁸⁰⁹ CANOTILHO, M. (2016) *Austeridad y derecho constitucional*. Op. cit. p. 33.

⁸¹⁰ *Idem*.

⁸¹¹ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Op. cit.

⁸¹² Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *The Right to Adequate Housing*. Fact Sheet No. 21/Rev.1.v. p. 03. Disponível em http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_en.pdf.

Membro ao que parece em nenhum deles a questão da habitação e as subsequentes execuções hipotecárias alcançou índices tão alarmantes quanto na Espanha. Segundo dados oriundos do *Consejo General del Poder Judicial* e constantes na *Plataforma de afectados por la hipoteca* apenas no período compreendido entre os anos de 2008 e 2012 a insolvência familiar desencadeou 415.117 encerramentos de processos e o registro do número total de despejos foi de 244.278⁸¹³. Cabe a ressalva que, somente a partir de 2013 estes dados judiciais passaram a distinguir entre os despejos originários por falta de pagamento de hipotecas e os por falta de pagamento de aluguel. Assim, no período entre janeiro e junho de 2013 apurou-se 37.545 despejos por falta de pagamento do aluguel e 21.765 daqueles originados em processos de encerramento. Ou seja, o primeiro grupo alcançou cifras que correspondem praticamente ao dobro do segundo grupo.

A partir dos referidos dados, o caso espanhol provoca duas reflexões relevantes para o que aqui se debate: as decisões referentes à destinação dos recursos públicos, a falta de soluções jurídicas efetivas para a resolução de problemas graves em matéria de direitos fundamentais e ainda o conteúdo de dignidade afetado.

Entre 1997 e 2007, a construção de habitação e infraestrutura adquiriu grandes proporções e se estima que 6,6 milhões de casas foram construídas na Espanha. Em paralelo com a realidade europeia, praticamente a mesma quantidade que foi construída na França, Itália e Alemanha juntas. E assim, o Estado espanhol tem cerca de 25,5 milhões de casas disponíveis, um dos maiores índices de habitação per capita na União Europeia⁸¹⁴. Atribui-se este fenómeno aos créditos disponíveis pelo setor da construção e o contexto de aumento da liquidez no cenário internacional, especialmente após a entrada em vigor o euro⁸¹⁵. Ocorre que, apesar do aumento da habitação disponível, houve uma queda real dos salários que somado a este boom imobiliário endividou excessivamente a classe média. Replicaram-se as acusações de cláusulas de legalidade duvidosa e práticas abusivas como:

⁸¹³ VALIÑO, V. (Coord) (2013) *Emergencia habitacional en el estado español: la crisis de las ejecuciones hipotecarias y los desalojos desde una perspectiva de derechos humanos*. Observatorio Desc. Plataforma de afectados por la hipoteca. p. 12ss Disponível em http://afectadosporlahipoteca.com/wp-content/uploads/2013/12/2013-Informe_habitatge-17Dic.pdf.

⁸¹⁴ VALIÑO, V. (Coord) (2013) *Emergencia habitacional en el estado español*. Op. cit. Ainda segundo tal estudo muitos destes edificios foram construídos longe dos centros urbanos ou em locais turísticos, tendo respondido os processos especulativos mas não resolvem as demandas residenciais reais. Em paralelo, a Espanha também se tornou o país da UE com mais autoestradas e comboios de alta velocidade por km².

⁸¹⁵ *Idem*.

(i) Concessão das chamadas hipotecas crecientes que começavam com parcelas acessíveis, mas depois podiam triplicar;

(ii) Inclusão forçada de produtos adicionais de utilidade questionável como os chamados swaps ou seguros de desemprego que somente teriam efetividade se a pessoa desempregada antes tivesse um contrato de caráter permanente;

(iii) Estabelecimento de garantias cruzadas, através das quais familiares e amigos com recursos limitados, bem como pessoas desconhecidas, se comprometiam a responder não só por sua própria hipoteca, como dos demais em caso de inadimplência;

(iv) Promoção de hipotecas puente que incentivavam o acesso a melhores condições de moradia através da venda da residência habitual, o que com a eclosão da crise fez com que muitas pessoas restassem duplamente hipotecadas⁸¹⁶.

Neste contexto adveio ainda outro agravante: o sistema jurídico espanhol não prevê a insolvência do consumidor caso as vendas dos imóveis não sejam suficientes para cobrir o montante total da dívida e assim, em rigor, mesmo já não sendo proprietário do imóvel, o cidadão permanece como devedor e deve continuar pagando o restante da dívida⁸¹⁷. Recorreu-se então à legislação conhecida como “Código de Boas Práticas Bancárias” adotada em 2012. Seu objetivo era reestruturar dívidas de hipotecas para aqueles que enfrentavam dificuldades extraordinárias a cumprir os pagamentos e tornar os processos de encerramento mais flexíveis⁸¹⁸. Ocorre que o mencionado “Código” se baseia na adesão voluntária dos bancos, o que foi visto como inadequado para lidar com os conflitos sociais causados pela crise a este respeito. E apesar de outros regulamentos adotados a questão das execuções de hipotecas permanece no topo da agenda do governo espanhol e dos cidadãos.

O TJUE foi instado a se pronunciar acerca desta exata situação no âmbito de dois litígios relativos às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores a propósito da cobrança de dívidas não pagas decorrentes de contratos de empréstimo hipotecário. São litígios que merecem ser referidos.

O primeiro se trata do Processo C-537/12 (*Banco Popular Espanhol vs*

⁸¹⁶ Dados oriundos de VALIÑO, V. (Coord) (2013) *Emergencia habitacional en el estado español.*, Op. cit.

⁸¹⁷ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU.* Op. cit. E ainda VALIÑO, V. (Coord) (2013) *Emergencia habitacional en el estado español.*, Op. cit.

⁸¹⁸ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU.* Op. cit.

M. T. Rivas Quichimbo e a W. E. Cun Pérez)⁸¹⁹ instaurado no *Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Catarroja*, segundo o qual

18. Em 28 de maio de 2005, *W. E. Cun Pérez e M. T. Rivas Quichimbo* celebraram um contrato de um empréstimo pelo montante de 107300 euros, garantido pela hipoteca da habitação familiar.

19. A contar de 31 de outubro de 2009, os devedores deixaram de pagar as prestações do empréstimo.

20. Assim, pronunciando-se sobre o pedido apresentado em 20 de janeiro de 2012 pelo *Banco Popular Español SA*, o *Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Catarroja* (Tribunal de Primeira Instância e de Instrução n.º 1 de Catarroja) autorizou a execução hipotecária do bem imóvel dado em garantia, por decisão de 8 de fevereiro de 2012, ordenando ao devedor de proceder ao pagamento dos montantes de 97667,49 euros a título de capital restante devido e de 17962,02 euros a título de juros e despesas. (sem grifos no original)

O segundo se trata do Processo C-116/13 (*Banco de Valencia S. A. vs M. Valldeperas Tortosa e a Miret Jaume*) ajuizado no *Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca* que, em suma, refere

28. *V. Tortosa e M. Jaume*, por escritura de 26 de julho de 2007, assinaram com o *Banco de Valencia SA* um contrato de empréstimo imobiliário no montante de 300000 euros para financiar a compra da sua habitação familiar. Nesse mesmo ato, os contraentes do empréstimo hipotecaram o bem financiado para garantia do reembolso do empréstimo.

29 O referido contrato previa, numa cláusula específica intitulada «vencimento antecipado do empréstimo hipotecário», a possibilidade de a instituição de crédito, em caso de incumprimento de alguma das obrigações contratuais, de rescindir unilateralmente o contrato de empréstimo sem notificação prévia e de exigir o reembolso do restante capital devido, dos juros e das despesas. Por força dessa cláusula, o banco podia, nomeadamente, rescindir o contrato a partir da primeira mensalidade não paga, sem ter de tomar em consideração o respeito anterior das obrigações contratuais pelos devedores.

30 Não tendo os devedores pago quatro prestações correspondentes aos meses de março a junho de 2012, o *Banco de Valencia SA* deu por vencido antecipadamente o prazo e, em 5 de junho de 2012, deu início a um processo de execução hipotecária a fim de obter o pagamento do montante de 279540,58 euros a título do capital e do montante, provisório, de 83862,17 euros, a título de juros de mora vencidos posteriormente à liquidação notarial junta à petição, e das despesas. (sem grifos no original)

Em ambos os casos os tribunais de primeira instância submeteram ao TJUE questões prejudiciais, dentre estas a que intenta esclarecer se a Diretiva 93/13820

⁸¹⁹Disponível

em

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d634b036f60a814ff98567f7dcb47606fb.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLc3b0?text=&docid=144848&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=301954>

⁸²⁰ Diretiva 93/13 (Relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores). Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&from=PT>.

(que dispõe sobre cláusulas abusivas nos contratos de consumo) deveria ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como as que estavam em causa nos processos principais, que impede um órgão jurisdicional, em sede de um processo de execução hipotecária de apreciar “oficiosamente ou a pedido de uma parte, o carácter abusivo de uma cláusula contida num contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, quer este tenha ou não deduzido oposição”. Nos casos em apreço, uma vez que o processo de execução fosse iniciado, qualquer ação que porventura o consumidor pudesse intentar (quanto ao montante da dívida ou a validade do título, por exemplo) não teria sobre a primeira o carácter suspensivo, o que implicaria num risco real do consumidor perder a habitação destinada a sua moradia e da própria família, caso o juízo da execução decidisse pela venda da mesma em hasta pública. Nestes casos também o fator “tempo” se mostrava essencial. Assim, por decisão do Presidente do TJUE os processos foram apensados para efeitos da fase escrita, da fase oral e do acórdão, por força do art. 99º do Regulamento que prevê:

quando uma questão submetida a título prejudicial for idêntica a uma questão sobre a qual o Tribunal de Justiça já se tenha pronunciado, quando a resposta a essa questão possa ser claramente deduzida da jurisprudência ou quando a resposta à questão submetida a título prejudicial não suscite nenhuma dúvida razoável, o Tribunal de Justiça pode, a qualquer momento, mediante proposta do juiz-relator, ouvido o advogado-geral, decidir pronunciar-se por meio de despacho fundamentado.

Neste caso a decisão do TJUE se refere ao Processo C-415/11 (*Mohamed Aziz vs Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa – Catalunya Caixa*)⁸²¹ que tinha por objeto a apreciação da mesma Diretiva 93/13. O senhor M. Aziz se trata de um cidadão marroquino que em 19 de julho de 2007 celebrou com a Caixa Catalunya um contrato de empréstimo com garantia hipotecária. O imóvel em questão era a casa de morada da família e M. Aziz era proprietário da mesma desde 2003. Passo a citar

19 O capital emprestado pela Catalunya caixa foi de 138 000 euros. Devia ser reembolsado em 33 anuidades, com 396 mensalidades, a partir de 1 de agosto de 2007.

[...]

23 M. Aziz pagou regularmente as suas mensalidades, de julho de 2007 a maio de 2008, mas deixou de o fazer a partir do mês de junho de 2008. Nestas condições, em 28 de outubro de

⁸²¹ Acórdão Aziz de 14 de março de 2013. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=135024&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=307209>

2008, a Catalunyacaixa recorreu a um notário para obter um ato de determinação da dívida. O notário certificou que resultava dos documentos apresentados e do conteúdo do contrato de empréstimo que a liquidação da dívida era de 139 764,76 euros, o que correspondia às mensalidades não pagas, acrescidas dos juros ordinários e dos juros de mora.

24 Após ter interpelado M. Aziz, sem sucesso, a Catalunyacaixa, em 11 de março de 2009, intentou uma ação executiva contra o devedor no Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Martorell, pedindo o pagamento da quantia de 139 674,02 euros, a título principal, de 90,74 euros, a título de juros vencidos, e de 41 902,21 euros, a título de juros e custas.

25 Como M. Aziz não deduziu oposição, em 15 de dezembro de 2009, aquele órgão jurisdicional ordenou a execução. Assim, foi enviada a M. Aziz uma injunção de pagamento, que este não cumpriu nem contestou.

26 Neste contexto, em 20 de julho de 2010, foi promovida a venda do imóvel em hasta pública, não tendo sido apresentada nenhuma proposta. Por conseguinte, em conformidade com o disposto no Código de Processo Civil, o Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Martorell admitiu a adjudicação desse bem por 50% do seu valor. O referido órgão jurisdicional fixou também para 20 de janeiro de 2011 a data em que devia ocorrer a transmissão da posse do imóvel para o adjudicatário. Em consequência, M. Aziz foi despejado do seu domicílio.

Dos três casos concretos mencionados, e aqui identificados enquanto violações do direito à habitação condigna no contexto de crise se evidenciam graves e comuns aspectos no seu âmbito de proteção. O primeiro deles é a manifesta discrepância do valor que fora inicialmente pactuado nos contratos e o montante “devido” nas ações de execução. Em todos os processos, mesmo depois de 4, 5 anos de pagamentos nos prazos devidos o montante final quando acrescido de juros e custas ultrapassa o valor inicial do contrato. No caso M. Valldeperas Tortosa e a Miret Jaume, por exemplo, o montante de € 300.000, após cerca de 5 anos de pagamentos, converteu-se em € 363.402,75 somados o montante e o provisório devidos.

O segundo fator – e não menos juridicamente insólito – foi que o fundamento adotado pelo TJUE não foi o do direito à habitação condigna amplamente garantido em normas nacionais e internacionais, mas normas europeias que regem as relações de consumo. A apreciação do direito à habitação como um “conteúdo existencial e vinculado diretamente à própria dignidade da pessoa”, como ocorre com o imóvel que serve de moradia ao titular do domínio⁸²², não foi nestes casos sequer mencionado. De acordo com os dados do *Colegio de Registradores de la Propiedad* nas províncias de Madrid, Sevilha e Barcelona, por exemplo, a porcentagem de execuções hipotecárias com incidência na habitação principal dos cidadãos totalizou 91,1%, 90,7% e 90,5%, respectivamente⁸²³. Donde é possível aferir que tais impactos implicam no

⁸²² SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais*, Op. cit. p. 76.

⁸²³ VALIÑO, V. (Coord) (2013) *Emergencia habitacional en el estado español*, Op. cit. p. 12.

conteúdo da dignidade humana não apenas do “contratante”, mas de famílias inteiras, expondo a vulnerabilidade crianças, idosos, enfim, a todos indistintamente.

E o terceiro respeita à influência da crise financeira na não quitação dos contratos de empréstimo e/ou hipotecários. Considerar o aumento do desemprego e o contexto de endividamento generalizado na Espanha fornece mais que pistas, são quase evidências. Naquele Estado-Membro “o desemprego aumentou de 8% em 2007 para 26,6% no segundo trimestre de 2013”, afetando famílias nas quais a impossibilidade de pagar um aluguel ou hipoteca se tornou um dos maiores problemas⁸²⁴.

3.5.3. Recomendações e perspectivas indicadas nos relatórios sobre os impactos da crise

Da gama de relatórios que foi utilizada para demonstrar em dados os impactos da crise econômico-financeira nos direitos fundamentais, os dados referentes aos domínios mais afetados foram neste tópico elencados e analisados. Para além deste contributo de imenso valor ao argumento da tese, este ponto se encerra com algumas recomendações, constantes nos relatórios específicos de cada Estado-Membro analisado e que aqui são postas como ponto de reflexão sobre outras perspectivas possíveis a um contexto de crise em que são verificáveis retrocessos de direitos fundamentais. Assim sendo, destaco dentre outras:

Do relatório português⁸²⁵: (a) Considerar as medidas de austeridade na perspectiva dos direitos fundamentais, devendo ser estes periodicamente reavaliados por instituições independentes, como a Ouvidoria; (b) Promover maior acesso à fiscalização jurisdicional, nomeadamente no nível da União Europeia; (c) Confrontar as medidas de austeridade com a CDFUE e permitir o acesso mais fácil ao Tribunal de Justiça, tanto pelos cidadãos como pelos seus representantes europeus.

Do relatório italiano⁸²⁶: a) Basear as revisões de gastos futuras em avaliações sólidas que incluam consultas transparentes às partes interessadas e o público

⁸²⁴ *Idem.*

⁸²⁵ CANOTILHO, M. R. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU.*

⁸²⁶ NASTASI, G.; P., Giuseppe (senior reviewer) (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU.* Op. cit.

em geral, a fim de aumentar a base de conhecimento, tornar visíveis os interesses setoriais e melhorar a legitimidade das políticas resultantes; b) Direcionar os cortes de gastos também ao desperdício de uso de recursos públicos.

Quanto ao relatório belga⁸²⁷ este recomenda: a) Desenvolver uma cultura de avaliação do impacto dos cortes orçamentais antes da implementação, através de um monitoramento independente e periódico, com o intuito de garantir que não prejudiquem a prestação de serviços aos grupos afetados pela crise, ou seja, os níveis mínimos essenciais de cumprimento dos direitos sociais.

Do relatório específico do Chipre⁸²⁸: a) Desenvolver uma mentalidade de defesa dos direitos como uma consideração primordial, apesar da austeridade; b) Adaptar o conteúdo do ensino escolar às novas realidades, oferecendo explicações para a crise e com ênfase na importância de manter um sistema de valores da democracia e o respeito pela diversidade em dificuldades; c) Vontade política de dar predomínio aos direitos, em vez de impor a austeridade como princípio e como ideologia. A falta de fazê-lo significará que os valores democráticos que as gerações lutaram terão desaparecido no momento em que finalmente sairmos da crise econômica.

Do relatório espanhol⁸²⁹: a) Analisar o impacto dos cortes orçamentários nas oportunidades de igualdade e no princípio da educação inclusiva; b) Aprovar uma regulamentação dos processos de insolvência pessoal em que o devedor possa cumprir de boa fé as suas obrigações financeiras de forma ordenada e realista e receber uma dedução sobre as suas dívidas.

Do relatório irlandês⁸³⁰: a) Colocar os direitos das pessoas, e não as economias, no centro da tomada de decisões, dando prioridade aos que estão em maior necessidade; b) As leis, políticas e medidas fiscais devem ser baseadas em padrões de direitos humanos; c) A inclusão das organizações públicas e da sociedade civil de forma

⁸²⁷ GHAILANI, Dalila (OSE) with VANHERCKE, Bart . (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Belgium*. Op. cit.

⁸²⁸ DEMETRIOU, Corina. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Cyprus*. Op. cit.

⁸²⁹ VILA, J. L.; FREIXES, T. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Spain*. Milieu Ltd: Belgium. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>. European Parliament. Policy Departments.

⁸³⁰ KELLY, G; NOLAN, A. (senior reviewer) (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Ireland*. Milieu Ltd: Belgium. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>. European Parliament. Policy Departments.

participativa nas decisões orçamentárias.

E, enfim, do relatório grego⁸³¹: a) Avaliar o impacto antes da adoção de medidas que possam afetar o gozo dos direitos fundamentais; b) Quando não existirem outras alternativas disponíveis, deve ser demonstrado que as medidas a serem adotadas foram menos prejudiciais para a realização dos direitos fundamentais; c) O quadro jurídico deve ser progressivamente consolidado, a fim de garantir a segurança jurídica e a transparência.

Vê-se, assim, que os relatórios indicam que os cortes nas despesas públicas se deram em sua maioria de forma horizontal, indiscriminada, objetivando cumprir as metas de poupança financeira e raramente visando o desperdício de recursos públicos. Não ignoram a urgência para a redução da despesa pública no auge da crise, mas defendem que a utilização de recursos públicos deve ser objeto de uma avaliação de impacto sistemática e prévia.

Dentre as diversas recomendações dispostas nos relatórios, percebe-se uma tendência ao questionamento sobre o porquê das medidas de austeridade, sobretudo aquelas que se referiam à redução da prestação de serviços públicos essenciais e retrações de direitos fundamentais não terem sido submetidas a nenhum tipo de consulta popular. Talvez assim, e mediante os mecanismos próprios que poderiam ter sido desenvolvidos em cada um dos Estado-Membros, ou seja, no âmbito nacional e não necessariamente a nível da União Europeia, as alegações da ilegitimidade democrática de tais medidas tivessem sido sanadas, ou no pior dos quadros, diminuídas.

Além disso, que as medidas de austeridade não deveriam servir apenas como instrumento temporário para a consolidação da dívida pública, mas principalmente como um meio para resolver as deficiências estruturais que levaram à crise. Ocorre que a imposição de medidas de austeridade como resposta do mainstream à crise econômica implicou em desafios a direitos e valores fundamentais da União Europeia além da retração dos seus sistemas de proteção social⁸³². Neste sentido, um passo importante que se seguiu à publicação dos relatórios foi a realização de uma audiência pública para discutir e apresentar os resultados da situação dos direitos

⁸³¹ KALTSOUNI, S; KOSMA, A. FRANGAKIS, N. (senior reviewer) (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Greece*. Milieu Ltd; Belgium. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>. European Parliament. Policy Departments.

⁸³² Cf. TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

fundamentais na União Europeia. Ao que parece uma prática comum que abre a discussão para além de dados formais ou números fechados e a aproxima dos cidadãos.

Em artigo recente, Joana Abreu argumenta que na União Europeia há um organograma jurisdicional bastante completo, ou seja, que “há aqui proteção judicial suficiente”⁸³³. Até este ponto o argumento da autora parece encaminhar-se para a hipótese de que este arquétipo jurídico da União Europeia nos moldes atuais bastaria para a tutela dos direitos fundamentais e humanos. Ocorre que, seguida da reafirmação do alto grau de proteção europeu, a autora levanta um aspecto que irá desdobrar logo a seguir: “tirando o facto de não existir um mecanismo específico de proteção dos direitos fundamentais”⁸³⁴. A autora se refere, neste caso, ao fato de não haver “uma estrutura jurisdicional a que os particulares se possam dirigir diretamente para o acautelamento dos seus direitos fundamentais, tal como estes são protegidos pelo direito da União”.

Ao que se vê, a prospectiva lançada pela autora também pode servir de referência as anteriormente mencionadas. Segundo Joana Abreu, portanto, não obstante força vinculativa da CDFUE, o caminho a seguir parece continuar a ser o TEDH, âmbito jurisdicional ao qual cabe, ao menos em teoria, “a última palavra em matéria de proteção de direitos fundamentais” e é conferido aos cidadãos particularmente considerados a legitimidade para recorrer em caso de violação à CEDH.

Um posicionamento (não isento de críticas) que a autora apresenta neste aspecto é de que “o aperfeiçoamento do sistema multinível de proteção dos direitos fundamentais passa mais por criar um mecanismo de proteção no espaço da União Europeia, e não tanto pela adesão à CEDH”. Todavia, a realidade da jurisprudência portuguesa – sobre a qual se volta mais detidamente – demonstra que, na sua maioria, os Tribunais superiores invocam a CEDH e a CDFUE apenas a título enunciativo, sem compaginar com os casos concretos. Na crítica formulada pela autora, os juízes nacionais ainda se “digladiam” com o fenómeno da interconstitucionalidade e “ainda não conseguem, na plenitude, lidar com o direito da União Europeia e com as relações de proximidade que este apresenta com a jurisprudência do TEDH e as derivações da CEDH”. Para superar o impasse, a autora propõe o escrutínio da possibilidade de se criar um mecanismo próprio de proteção dos direitos fundamentais e, neste sentido,

⁸³³ ABREU, J. C. (2017) *As interações entre jurisdições no contexto da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Op. cit. pp. 131ss.

⁸³⁴ *Idem*.

aponta como solução possível a centralização na Comissão Europeia da legitimidade ativa oficiosa e não oficiosa, a qual seria “dotada de poderes de apresentar ação para fiscalização da observância dos direitos fundamentais assegurados no seio da União Europeia” . Nesta proposta, os particulares poderiam apresentar queixa diretamente à Comissão e ao que parece a autora propõe uma aproximação dialógica entre a Comissão, os tribunais e os cidadãos.

3.6. O princípio da dignidade da pessoa humana como perspectiva democrática

*No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade.
Quando uma coisa tem um preço,
pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente;
mas quando uma coisa está acima de todo o preço,
e portanto não permite equivalente,
então ela tem dignidade.*

Immanuel Kant *In* Fundamentação da metafísica dos costumes.

Propor a dignidade da pessoa humana como um parâmetro que pode servir à democracia para limitar o retrocesso dos direitos fundamentais impõe estabelecer critérios precisos, pois se trata de um termo que carrega uma noção plena de teor retórico, ambiguidades e de sentidos. Ademais, cabe lembrar que a própria democracia já se fez “retórica constitucional nos primeiros momentos do Estado moderno”⁸³⁵.

Não obstante a pluralidade de interpretações possíveis, o termo dignidade enceta no intelecto (seja do senso comum ou da comunidade acadêmica) noções muito aproximadas⁸³⁶, algo que, aos meus olhos, parece quase intuitivo. Assim, sob a perspectiva jurídica, quando direitos – como à vida, à igualdade, à saúde, à moradia, ao trabalho, etc, – são desrespeitados, subjaz a ideia de que a dignidade humana foi atingida⁸³⁷ e o conteúdo democrático da sociedade afetado.

⁸³⁵ ROCHA, C. L. A. (2002) Democracia, constituição e administração pública. *A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte. Ano 2. p. 92. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/737>.

⁸³⁶ SIQUEIRA, A. C. B; COUTINHO, A. L. C. (2017) Dignidade humana: uma perspectiva histórico-filosófica de reconhecimento e igualdade. *Problemata*. Revista Internacional de Filosofia. V. 8. N.º 1. pp. 7-23. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/problemata/index>.

⁸³⁷ *Idem*.

O critério aqui adotado – para perspectivar a dignidade da pessoa humana como salvaguarda democrática ao retrocesso de direitos – segue a linha proposta por Luis Roberto Barroso⁸³⁸, que defende que a dignidade da pessoa humana pode ser tomada como um parâmetro efetivo para o direito. Segundo o autor, ao definir conteúdos mínimos se tenciona libertar a dignidade do “estigma de uma ideia vaga e inconsistente” e a converter num conceito mais objetivo, claro e operacional. Assim, poderá ser apreendido como um elemento argumentativo relevante, sobretudo na atuação de juízes e tribunais.

O método utilizado pelo Professor Barroso foi escalonado pelo autor em quatro fases: (i) o registro e análise da origem do conceito e repercussões no plano nacional, internacional e no discurso transnacional; (ii) a delimitação da sua natureza jurídica (se direito fundamental, valor absoluto ou princípio, são algumas referências); (iii) a definição de conteúdos mínimos para a dignidade humana visando torná-la um instrumento capaz de legitimar soluções para problemas complexos; e, ainda (iv) o estabelecimento de critérios para sua aplicação, tornando-a apta a “estruturar o raciocínio jurídico no processo decisório, bem como para ajudar a executar ponderações e escolhas fundamentadas”⁸³⁹.

A perspectiva aqui adotada se fundamenta no método desenvolvido pelo Professor Luís R. Barroso e, modestamente, a partir deste, tenta avançar. Isto porque quando o autor se empenha na construção da perspectiva do uso da dignidade da pessoa humana nos tribunais, o faz com os olhos voltados para os tribunais brasileiros. Pretende-se, então, perspectivar este uso como uma possibilidade de parâmetro democrático, aplicável nesta medida também pelos tribunais constitucionais europeus, mais precisamente os tribunais portugueses, que foram conclamados a atuar no contexto da crise econômico-financeira, a propósito da constitucionalidade das medidas de austeridade. Assim, se é possível afirmar que historicamente o princípio da dignidade humana apresentou acepções distintas, também as violações ao princípio encontram continuamente novas formas de se manifestar⁸⁴⁰, e o contexto de crise – mesmo que

⁸³⁸ O método utilizado bem como a origem das citações a que faço referência, salvo quando expressamente destacado, se encontram em BARROSO, L. R. (2010) *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit. p. 03. Segundo o autor, este fora influenciado e inspirado por outros constitucionalistas dentre os quais destaca Ingo Sarlet e Ana Paula Barcellos que naturalmente serão também aqui citados.

⁸³⁹ BARROSO, L. R. (2010) *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit. p. 3ss.

⁸⁴⁰ ROCHA, C. L. A. (2001) *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Op. cit.

ponderado a partir do elevado *standard*, que é o padrão europeu contemporâneo – pode ter evidenciado riscos a uma destas suas atuais configurações.

A origem

A partida é possível asseverar que do ponto de vista ético a dignidade humana se tornou um consenso no mundo ocidental, uma “ideia onipresente”⁸⁴¹, “um princípio basilar e incontornável de nossa ordem política democrática”⁸⁴² e uma limitação que o direito não deve desconhecer⁸⁴³.

Na lição de Carmen Lúcia A. Rocha, mesmo que a sua expressão como fundamento da ordem jurídica não seja reconhecida em um determinado sistema normativo, na atual quadratura histórica, a dignidade da pessoa humana “continua a prevalecer e a informar o direito positivo”, estando presente “em todo sistema constitucional no qual os direitos fundamentais sejam reconhecidos e garantidos”⁸⁴⁴.

Contudo, a ideia de ser o homem dotado de dignidade remonta ao pensamento clássico e à tradição cristã, com inegável fundamentação religiosa assente no preceito bíblico do “homem feito à imagem e semelhança de Deus”⁸⁴⁵. A partir desta concepção a dignidade do homem o distinguia das demais criaturas⁸⁴⁶.

Na Idade Média atribui-se a Tomás de Aquino o uso do termo “*dignitas humana*” e se tributa ao espanhol Francisco de Vitória o título de seu maior expoente no século XVI. Mas foi com o advento do Iluminismo e o desenvolvimento do pensamento jusnaturalista que a ideia migrou para a filosofia e se alicerçou em fundamentos como

⁸⁴¹ BARROSO, L. R. (2012) Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Boston College International and Comparative Law Review*. V. 35. Issue 2. Article 2. Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol35/iss2/2/>.

⁸⁴² RABENHORST, E. R. (2005) *A dignidade do homem e os perigos da pós-humanidade*. Periódico UFPB. *Verba Juris*. Ano 4. n.º 4. pp. 115. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14815>.

⁸⁴³ Sobre se tratar de consenso ético e parâmetro inafastável do direito ver MONREAL, E. N. (1988) *O direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. E ainda BARROSO, L. R. (2010) *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit. Uma crítica que destoa do consenso, ver: WALDRON, J. (2013) *Is Dignity the Foundation of Human Rights?* Op. cit.

⁸⁴⁴ ROCHA, C. L. A. (2001) *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Op. cit. p. 51.

⁸⁴⁵ SAMPAIO, J. A. L. (2010) *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Op. cit. E ainda, BARROSO, L. R. (2010) *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit. Este é um dos aspectos que justifica o entendimento de alguns autores que a dignidade é uma “espécie de resquício teológico impossível de ser justificado racionalmente”. RABENHORST, E. R. (2005) *A dignidade do homem e os perigos da pós-humanidade*. Op.cit. p. 115.

⁸⁴⁶ SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais*. ,Op. cit.

os da razão e da autodeterminação do indivíduo⁸⁴⁷. Immanuel Kant vai postular no seu segundo imperativo um dos marcos do princípio da dignidade como “um valor intrínseco não relativo” de toda pessoa⁸⁴⁸, daí ser o mesmo reconhecido como o grande “filósofo da dignidade”⁸⁴⁹. A partir de tais fundamentos foi se desenvolvendo a ideia de que a pessoa humana era a fonte de todos os direitos subjetivos⁸⁵⁰.

Contudo somente após a Segunda Guerra – talvez, sem *Auschwitz* a dignidade não fosse hoje um “princípio matriz do direito contemporâneo”⁸⁵¹ – e também por clara influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a ideia de dignidade humana migrou expressivamente para o mundo jurídico e passou a ser reconhecida em grande parte dos documentos internacionais e das Constituições democráticas. Trata-se a partir de então de um conceito jurídico e um dado essencial da construção normativa⁸⁵², o que nem por isso dizima todas as aporias.

A recepção da dignidade humana no direito nacional, internacional e comparado

Um marco da previsão constitucional da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana foi Constituição alemã de 1949 (art. 1.º, I) que deu lugar a uma ampla jurisprudência que a alçou a dignidade humana ao *status* de “valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional”⁸⁵³. Hoje a previsão constitucional do amparo à dignidade da pessoa humana é consagrada em diversos Estados-Membros da

⁸⁴⁷ BARROSO, L. R. (2010) *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit.

⁸⁴⁸ MAGALHÃES, J. L. Q. (2009) *Comentários ao Art. 1.º*. Op. cit. O segundo imperativo kantiano se refere à máxima do fim em si mesmo, ou seja, “Age de tal forma que uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo como fim e nunca simplesmente como meio”.

⁸⁴⁹ ROCHA, C. L. A. (2001) *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Op. cit. p. 51. No mesmo sentido ver BARROSO, L. R. (2012) *Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse*. Op. cit.

⁸⁵⁰ ADEODATO, J. M. (2002). *Filosofia do direito*. Op. cit.

⁸⁵¹ ROCHA, C. L. A. (2001) *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Op. cit. p. 52. Segundo o autora “tendo o homem produzido o holocausto não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao poder”.

⁸⁵² ROCHA, C. L. A. (2001) *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Op. cit. p. 51.

⁸⁵³ BARROSO, L. R. (2010) *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit. No mesmo sentido do pionerismo da Constituição alemã ver ROCHA, C. L. A. (2001) *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Op. cit. Cabe, contudo, o registro que outros Estados europeus também previam a dignidade da pessoa humana nas suas Constituições, como se constata na Constituição portuguesa de 1933 (art. 6º n.º 3) e a Constituição anterior da própria Alemanha (Weimar de 1919). SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais*, Op. cit. Notas à página 97.

União Europeia, dentre estes as Constituições da Espanha (preâmbulo e art. 10.1), da Grécia (art. 2.º, I), da Irlanda (preâmbulo) e de Portugal (art. 1.º). E mesmo nos Estados nos quais não há menção expressa, como na França e na Itália, a jurisprudência tem invocado a sua força jurídica⁸⁵⁴.

No âmbito transnacional europeu (que Barroso analisa numa perspectiva que mais se assemelha ao direito comparado entre os Estados europeus, ou, em outros termos, de um diálogo entre constitucional) o art. 2.º do TUE dispõe que

Art. 2.º. A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

Bem como assevera que no âmbito internacional

Artigo 21.º. A ação da União na cena internacional assenta nos princípios que presidiram à sua criação, desenvolvimento e alargamento, e que é seu objetivo promover em todo o mundo: democracia, Estado de direito, universalidade e indivisibilidade dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, respeito pela dignidade humana, princípios da igualdade e solidariedade e respeito pelos princípios da Carta das Nações Unidas e do direito internacional.

Mais recentemente, a CDFUE prevê no seu preâmbulo que a União se baseia “nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano”; o capítulo primeiro se intitula “Dignidade” e o seu art. 1.º prevê que “a dignidade do ser humano é inviolável”. Já no ordenamento constitucional português, a dignidade da pessoa humana está tutelada pelo artigo 1.º e o seu conteúdo, conforme se pronunciou o Tribunal Constitucional deste Estado-Membro, equivale ao espaço cultural humanista a que Portugal pertence⁸⁵⁵. É a base da República, e o “o fundamento último e limite à atuação do Estado democrático”⁸⁵⁶.

Ao referir sobre o papel da dignidade da pessoa humana na interpretação das normas constitucionais⁸⁵⁷, a Professora Mariana Canotilho⁸⁵⁸ afirma que tal exegese

⁸⁵⁴ BARROSO, L. R. (2010) *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit.

⁸⁵⁵ Acórdão n.º 105/90. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html>.

⁸⁵⁶ CANOTILHO, M. (2016) *Estado Constitucional e Desenvolvimento Económico*. Relatório do Tribunal Constitucional Português. XI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. Estado Constitucional y Desarrollo Económico. p. 8. Disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cibero_201606_relatorio.pdf.

⁸⁵⁷ Neste caso a análise da autora tem por objeto a interpretação das normas que se referem ao regime económico.

“deverá orientar-se pelo respeito pela dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional fundamentalíssimo”. E ainda que, nestes termos, “o regime económico deverá, sem exceções, respeitar a pessoa, nas várias dimensões vitais da sua existência real. O que implica também, para o Estado, a vinculação a deveres de proteção e promoção de condições de vida compatíveis com a dignidade da pessoa humana”.

Assim, aos meus olhos, o reconhecimento da dignidade (nos moldes previstos na Constituição portuguesa) indicam que esta não se despoja do seu sentido ético e filosófico, está intrinsecamente ligada ao sistema democrático, bem como integra os fundamentos do direito e de um projeto político para este Estado, mesmo quando ainda não membro da União Europeia. Igualmente, do ponto de vista jurídico e, ao menos inicialmente, é possível justificar racionalmente a dignidade humana a partir das diversas fontes formais do direito que amparam a assertiva de que a todos os seres humanos “devem ser concebidos como portadores da mesma dignidade”⁸⁵⁹. Mas, para perspectivar a dignidade no parâmetro aqui proposto⁸⁶⁰, é preciso avançar para além da sua afirmação jurídica.

Natureza jurídica

Não é sem divergências que o princípio da dignidade da pessoa humana tem se desenvolvido. As necessidades mínimas, os sentimentos de bem-estar, a sensação de segurança – somente para citar alguns exemplos – são ideias ligadas à noção de dignidade e que podem ser divergentes quanto aos seus alcances e conteúdos a depender da cultura e do tempo em questão⁸⁶¹. Não obstante tal predicado – a qual Barroso chama de “plasticidade” – o conceito de dignidade pode ser assimilado como retórico ou servir para legitimar o seu uso num senso moral ou paternalista.

No plano abstrato, poucas ideias têm o poder de seduzir os espíritos como aquela da dignidade humana⁸⁶² – e isso pode ser problemático e um sintoma do que já foi chamado de uma “hipertrofia da dignidade da pessoa humana”⁸⁶³. Como

⁸⁵⁸ CANOTILHO, M. (2016) *Estado Constitucional e Desenvolvimento Económico*. Op. cit. p. 8.

⁸⁵⁹ RABENHORST, E. R. (2005) *A dignidade do homem e os perigos da pós-humanidade*. Op. cit. p. 107.

⁸⁶⁰ Parâmetro que se aproxima mais uma vez da dicotomia real/ideal bobbiana.

⁸⁶¹ MAGALHÃES, J. L. Q. (2009) *Comentários ao Art. 1º*. Op. cit.

⁸⁶² BARROSO, L. R. (2010) *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit.

⁸⁶³ CANOTILHO, J. J. G. (2008) *O Direito Constitucional como Ciência de Direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a*

também o são as tentativas de conceder à dignidade humana o *standard* de princípio externo e superior ao próprio direito⁸⁶⁴ – e que se firmam na premissa de que “há certos conteúdos normativos que valem por si mesmos”. Concepções desta monta tornam a perspectiva jurídica a ser aqui apontada notadamente disfuncional.

Assim, na distinção da sua natureza jurídica, interessa lembrar que da análise dedicada à sua origem se constatou que a dignidade humana teve por berço (antes do direito) a filosofia, e sob este prisma é um conceito axiológico, um valor ligado “à ideia de bom, justo, virtuoso”⁸⁶⁵. Não há porque negar seu conteúdo moral⁸⁶⁶. Todavia, quando se avizinha do direito e se torna um conceito jurídico e deontológico esta se torna também “expressão de um dever-ser normativo” que nem por isso deixa de ser moral ou político e aufere o *status* de princípio jurídico⁸⁶⁷. Segundo Jeremy Wraldon⁸⁶⁸ o princípio da dignidade humana é, além de um princípio de moralidade, um princípio de direito, e assim é um tema que pode ser abordado tanto como uma ideia moral como através da lei.

A partir da constatação da natureza jurídica da dignidade, parece ainda mais cabível a recomendação de João M. Adeodato quanto à necessidade de trazer a dignidade para o “âmbito normativo da positivação do direito”⁸⁶⁹. Este é um enquadramento também proposto por Ingo Sarlet – no Brasil, uma das grandes referências no tema – para quem, num passo adiante, a dignidade humana se trata de um princípio fundamental com *status constitucional* do qual podem ser “deduzidas posições jurídicas fundamentais” conquanto não se trate de “autêntico e típico direito

localização incerta da socialidade. Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”. Porto Alegre: *Revista de Doutrina do TRF 4º Região*. N.º 22. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm.

⁸⁶⁴ BARROSO, L. R. (2010) *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*: Op. cit. Segundo o autor com frequência, a dignidade funciona “como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade”. p. 03.

⁸⁶⁵ *Ibidem*. p. 09.

⁸⁶⁶ *Idem*. Ainda conforme Barroso é justamente neste plano ético que muitos autores defendem a dignidade da pessoa humana como a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

⁸⁶⁷ BARROSO, L. R. (2010) *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit.

⁸⁶⁸ WALDRON, J. (2009) *Dignity, Rank, and Rights*. The Tanner Lectures on Human Values Delivered at University of California, Berkeley. p. 209 Mas o autor não defende a ideia de dignidade como um *telos* ou um fundamento dos direitos humanos. Segundo Jeremy Waldron, faz melhor sentido entender que a dignidade é um status normativo.

Tenho minhas dúvidas sobre a alegação de que Os direitos derivam de qualquer fundamento único, seja dignidade, igualdade, autonomia

⁸⁶⁹ ADEODATO, J. M. (2009) *A retórica constitucional*. Op. cit. p. 01-02.

fundamental”⁸⁷⁰. Entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, prossegue Sarlet, há uma “íntima vinculação” – e, neste sentido, a dignidade humana pode ser um elemento referencial para a aplicação, a interpretação, bem como servir de limite às restrições de direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui o reduto intangível de cada indivíduo, e neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2011, p. 108-109) (sem grifos no original)

Luis R. Barroso endossa este entendimento quando afirma ter a dignidade humana a natureza jurídica de princípio jurídico e como tal de “normas jurídicas com certa carga axiológica, que consagram valores ou indicam fins a serem realizados, sem explicitar comportamentos específicos” e possuem eficácia direta, interpretativa e negativa. Esta é “parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais” e um parâmetro da ponderação em caso de concorrência entre direitos estes⁸⁷¹, portanto um valor moral que absorvido pela política tornou-se fundamental nos Estados democrático e quando migrou para o direito passou a ser reconhecido como princípio jurídico⁸⁷². Ademais a dignidade da pessoa humana figura dentre os princípios do direito que goza de maior fundamentalidade social⁸⁷³. O seu conteúdo axiológico não a desnatura enquanto direito, pois

em verdade, dignidade humana e direitos humanos são duas faces de uma só moeda, ou, na imagem corrente, as duas faces de Jano: uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas [...]; a outra, voltada para o Direito, traduz posições jurídicas titularizadas pelos indivíduos, tuteladas por normas coercitivas e pela atuação judicial. Em suma: a moral sob a forma de Direito. (BARROSO, 2010, p. 21)

Um conceito juridicamente operativo de dignidade da pessoa humana pode ser aquele que a define como

⁸⁷⁰ SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 105.

⁸⁷¹ BARROSO, L. R. (2010) *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit. p. 14.

⁸⁷² *Ibidem*. p. 37. Segundo o próprio “a novidade das últimas décadas não está propriamente na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento da sua normatividade”.

⁸⁷³ BARCELLOS, A. P. A. (2011) *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Op. cit. p. 141.

Um conjunto de condições sociais, econômicas, culturais e políticas que permitem que cada pessoa possa exercer seus direitos com liberdade e esclarecimento consciente em meio a um ambiente de respeito e efetividade dos direitos individuais, sociais, político e econômicos de todos e cada uma das pessoas. (MAGALHÃES, 2009, p. 21)

Assim, a dignidade da pessoa humana é aqui perspectivada na sua “qualidade de norma jurídica” ou mais especificamente “de princípio jurídico constitucional”, que nesta categoria vincula juridicamente todos os poderes do Estado⁸⁷⁴. Quando aborda este princípio sob a ótica do ordenamento jurídico constitucional português, o Professor Gomes Canotilho afirma que esta compõe a esfera constitutiva da República o que implica “sem transcendências ou metafísicas o reconhecimento do homem, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Nesse sentido a república é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve aparelho político-organizatório”⁸⁷⁵.

Neste sentido – e ainda tendo por menção a República portuguesa – a dignidade da pessoa humana tem uma “dimensão normativo-constitucional específica” que, conforme Mariana Canotilho, fundamenta “muitas das soluções constitucionais acolhidas pela Constituição em vários domínios, incluindo o económico e social”⁸⁷⁶. A autora afirma, ainda, que o Tribunal Constitucional já tomou a dignidade “como fonte direta de um direito fundamental – o direito a um mínimo de existência condigna – que a Constituição não consagra expressamente”.

Fê-lo no Acórdão n.º 509/02, onde pode ler-se que “o princípio do respeito da dignidade humana, proclamado logo no artigo 1º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2º, e ainda a florado no artigo 63º, n.ºs 1 e 3, da mesma CRP, que garante a todos o direito à segurança social e comete ao sistema de segurança social a proteção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna. (CANOTILHO, M., 2016, p. 8)

⁸⁷⁴ NOVAIS, J. R. (2015) *A dignidade da pessoa humana*. Dignidade e direitos fundamentais. V. I. Coimbra: Almedina. pp. 17-19.

⁸⁷⁵ CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. p. 225.

⁸⁷⁶ CANOTILHO, M. (2016) *Estado Constitucional e Desenvolvimento Económico*. Op. cit. pp. 8-9.

Definição de um conteúdo mínimo da dignidade humana

Ainda seguindo o método do Professor Barroso, uma vez categorizada juridicamente, cabe dotar a dignidade humana de conteúdos mínimos tendentes a lhe conferir objetividade para os fins da sua interpretação e aplicação⁸⁷⁷. Esta é uma ideia desenvolvida pelo autor que, notadamente, se aproxima do que Alexy chamou de “feixe de condições concretas”, segundo o qual o conceito de dignidade humana pode ser expresso e sobre o qual é possível estabelecer alguns consensos⁸⁷⁸.

Segundo Luis R. Barroso, alguns filtros precedem tal delimitação – e estes consistem basicamente em afastar a dignidade das doutrinas abrangentes e totalizadoras fazendo uma opção pela laicidade. Importa delinear a dignidade com o máximo de neutralidade política possível, de modo que o ideal é que tais conteúdos básicos sejam universalizáveis. E, assim sendo, os conteúdos mínimos por ele defendidos são: (i) valor intrínseco, (ii) autonomia e (iii) valor social da pessoa humana.

Quanto ao primeiro (valor intrínseco), no plano jurídico, impõe a inviolabilidade da dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais, como os direitos à vida e à igualdade. Todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração. Já no plano filosófico, é o elemento ontológico do conceito. O segundo (autonomia) é a principal ideia subjacente às declarações de direitos em geral, bem como aos direitos sociais materialmente fundamentais. De forte conteúdo ético, e se desdobra em pública e privada.

Para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Vale dizer: tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares. O direito ao mínimo existencial não é, como regra, referido expressamente em documentos constitucionais ou internacionais, mas sua estatura constitucional tem sido amplamente reconhecida. E nem poderia ser diferente. O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública. Não é possível captar esse conteúdo em um elenco exaustivo, até porque ele variará no tempo e no espaço [...]. Por integrar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o mínimo existencial tem eficácia direta e imediata, operando tal qual uma regra, não dependendo de prévio desenvolvimento pelo legislador. (BARROSO, 2010, p. 25-26) (sem grifos no original)

⁸⁷⁷ Também sobre a possibilidade de identificar um conteúdo mínimo e determinável da dignidade da pessoa humana ver BANDEIRA DE MELLO, C. A. (1992) *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros. pp. 28-29.

⁸⁷⁸ ALEXY, R. (2015) *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit. 355.

E o terceiro (valor social/comunitário) relaciona o indivíduo ao grupo. Mas é preciso ter cuidado para alguns riscos envolvidos, que incluem o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas ou o enfraquecimento de direitos fundamentais em seu embate com as “razões de Estado”. De todo modo, este é um elemento que não invabiliza a aplicabilidade do princípio, pois o risco de malversação é inerente às grandes ideias, como também o é em relação à democracia, por exemplo⁸⁷⁹. Assim, o que se afere do delineamento desta concepção minimalista proposta por Luis R. Barroso não é, em absoluto, um elenco estanque de pressupostos, mas o trabalho refinado que busca dotar o princípio de um conteúdo e o torne juridicamente operativo e significativo.

Dificuldades possíveis à aplicação do princípio

A primeira dificuldade consiste na delimitação do alcance da dignidade da pessoa humana, pois esta descreve uma realidade complexa, que não se limita à experiência física da sobrevivência ou a manutenção do corpo⁸⁸⁰. Daí a importância do escrutínio do conceito do mínimo existencial – que se volta para o núcleo material e sindicável do princípio da dignidade humana – mas também do conteúdo mínimo do valor intrínseco de cada ser humano que impõe a inviolabilidade da dignidade e constitui a base de uma série de direitos fundamentais. Sob este aspecto releva a importância da dignidade da pessoa humana como indispensável ao desfrute dos próprios direitos fundamentais, sendo inclusive um elemento instrumental de acesso à justiça e conseqüentemente da exigibilidade e efetivação de direitos⁸⁸¹.

A segunda dificuldade reside na inafastável dimensão axiológica e apelo aos valores intrínsecos à dignidade da pessoa humana, que pode conduzir o princípio a esfera metafísica de um princípio sem aplicabilidade prática. Contudo, como aqui foi delineado não há porque negar o seu caráter axiológico porque ele também o tem. Mas não só. A dignidade da pessoa humana tem um conteúdo jurídico possível de ser apreendido, que vem associado aos direitos fundamentais e envolve aspectos dos

⁸⁷⁹ BARROSO, L. R. (2012) *Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse*. Op. cit. p. 353.

⁸⁸⁰ BARROSO, L. R. (2009b) *Interpretação Constitucional e aplicação da Constituição*. Op. cit. p. 356.

⁸⁸¹ BARROSO, L. R. (2009b) *Interpretação Constitucional e aplicação da Constituição*. Op. cit. p. 337.

direitos individuais, políticos e sociais⁸⁸².

O terceiro entrave, que deriva ainda do seu conteúdo axiológico, pode permitir que a dignidade humana reste à mercê da interpretação benevolente (ou não) do aplicador do direito. Não se pode refutar esta sua possibilidade de relativização, afinal são os órgãos (compostos naturalmente por pessoas) os encarregados da sua aplicação e que acabarão por decidir, também no âmbito subjetivo, se houve a ofensa ao princípio⁸⁸³. Tal aplicação pode guardar a perigosa proximidade com o que Richard Posner denominou de “abismo político”⁸⁸⁴, que tem especial significação quando se reconhece que o jurista parte de premissas “éticas, políticas ou ideológicas”, o que em uma sociedade pluralista “cheira a problema para quem quer que insista na objetividade do direito”⁸⁸⁵.

E um quarto, de natureza essencialmente formal, que se volta para a possibilidade de a dignidade da pessoa humana não estar prevista expressamente no texto da Constituição de um determinado Estado, o que inviabilizaria a argumentação jurídica com base neste princípio⁸⁸⁶. Considerando a “metáfora das redes” do Professor Gomes Canotilho, este é um argumento que também importa. Todavia, este é um argumento que pode ser refutado a partir do entendimento de que não é incomum que as constituições comportem valores e princípios que não necessariamente estão textualmente escritos. Barroso exemplifica esta objeção exemplificando o caso da Constituição dos Estados Unidos, que não faz qualquer menção à democracia ou ao Estado de direito e nem por isso estes são ausentes da sua teoria jurídica ou da jurisprudência⁸⁸⁷. Este é, portanto, um argumento também válido para a dignidade da pessoa humana⁸⁸⁸.

De todo modo, na expressão de Robert Alexy – uma influência direta tanto para Barroso quanto para grande parte da edificação teórica dos direitos fundamentais luso-brasileira – os princípios são “mandamentos de otimização”,

⁸⁸² BARROSO, L. R. (2009b) *Interpretação Constitucional e aplicação da Constituição*. Op. cit.

⁸⁸³ SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais*. op.cit. p. 111.

⁸⁸⁴ POSNER, R. A. (2009) *Para além do direito*. Op. cit. p. 93.

⁸⁸⁵ *Idem*.

⁸⁸⁶ BARROSO, L. R. (2012) *Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse*. Op. cit.

⁸⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸⁸ *Idem*.

caracterizados pela possibilidade de serem “satisfeitos em graus variados”⁸⁸⁹, e esse entendimento não parece indicar apenas um mínimo, mas sim que o princípio exige sua realização na “maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁸⁹⁰. Ainda segundo Alexy, este é o seu caráter “*prima facie*”, que pode ser fortalecido “por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios”⁸⁹¹. Aos meus olhos, o esforço argumentativo de conferir à dignidade um conteúdo juridicamente operativo serve a este intento de fortalecer o princípio da dignidade da pessoa humana como um parâmetro possível e efetivo, ainda mais no contexto da União Europeia, reconhecidamente um espaço em que este princípio é tutelado e valorizado.

3.7. A perspectiva da atuação dos tribunais no contexto de crise

Não é desprovido de sentido atribuir ao direito o papel do resguardo do rigor formal e da fiscalização do funcionamento das instituições democráticas. Aos meus olhos, o art. 2.º do TUE, ao asseverar que a União funda-se em valores comuns, como os do respeito pela dignidade humana, da democracia e do Estado de direito, corrobora tal entendimento e serve de norte para pensar interserções entre tais valores.

Conforme aventado, no contexto de crise, a dimensão formal da democracia não se manteve estática, e inclusivamente, evoluiu. Todavia, a dimensão material, sofreu retrocessos significativos. Nesta conjuntura paradoxal, foi possível verificar um déficit de confiança dos cidadãos nos agentes e nas instituições públicas, inclusivamente quanto à garantia das “expectativas normativas”, um fenómeno que o Professor Gomes Canotilho identificou como de uma ameaça que a “crise da dívida” representou para a juridicidade europeia⁸⁹².

Neste sentido, no artigo do ex-juiz conselheiro português no Tribunal de Justiça, J. Cunha Rodrigues⁸⁹³ – que trata da abundância de direitos em tempos de crise

⁸⁸⁹ ALEXY, R. (2015) *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit. p. 90.

⁸⁹⁰ *Ibidem*. p. 104.

⁸⁹¹ *Ibidem*. p. 105.

⁸⁹² CANOTILHO, J. J. G. (2017) As deslocações de compreensão do Estado de Direito. *UNIO - EU Law Journal*. Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Universidade do Minho. V. 3. N.º 1. p. 7. Disponível em <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%203/UNIO%203%20PT/J.J.%20Gomes%20Canotilho.pdf>.

⁸⁹³ RODRIGUES, J. C. (2012) Sobre a abundância de direitos em tempos de crise. Op. cit. p. 19.

o autor interroga: “Onde estão, então, os juristas?” Tal questionamento instiga a refletir sobre a atuação dos juristas e o papel que o direito pode e tem desempenhado neste contexto. Se parece inegável que a democracia não se desenvolve num limbo jurídico e indiferente à tutela jurisdicional⁸⁹⁴, nesta medida, a primeira depende também da força e da eficiência do direito judiciário⁸⁹⁵.

Partindo de alguns exemplos da jurisprudência do TJUE, Alessandra Silveira e Sophie Fernandes⁸⁹⁶ procederam a uma análise interessante quando, em 2014, ponderaram sobre a direção para a qual avançavam os tribunais europeus em tempos de crise. Segundo as autoras, não obstante a evidência da crise e os impactos das medidas de austeridade, estas seriam também contemporâneas “da nova visibilidade que os direitos fundamentais assumiram no processo de integração” desde a entrada em vigor da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Não que antes tais direitos já não fossem contemplados e gozassem de “um quadro confortável de proteção”, mas de fato, foi com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (2009) que a CDFUE veio a adquirir, conforme mencionado, força juridicamente vinculativa⁸⁹⁷. A crise teria, por conseguinte, um potencial transformador, funcionando como “um excelente laboratório” para a análise do acesso dos cidadãos aos tribunais em busca de tutela jurisdicional efetiva – tendo, nesta medida, “implicações no aprofundamento de uma cidadania de direitos na União Europeia”.

As autoras reportaram algumas situações em que o TJUE ter-se-ia mostrado “sensível às circunstâncias específicas que caracterizam a situação econômica e financeira de alguns Estados-Membros na apreciação das mais variadas questões” e, além disso, atento às questões pertinentes à defesa dos direitos dos particulares. Ademais, num contexto de crise, os cidadãos europeus tenderiam a estar mais vigilantes quanto à democracia na perspectiva do respeito aos seus direitos, reconhecidos pela ordem jurídica da União. Mas as autoras já teciam críticas àquilo que se anunciava como uma indisponibilidade do Tribunal de Justiça relativamente à apreciação de

⁸⁹⁴ BARZOTTO, L. F. (2003) *A democracia na Constituição*. Op. cit. p. 27.

⁸⁹⁵ ROCHA, C. L. A. (1998) A reforma do Poder Judiciário. *Revista de Informação Legislativa*. N.º 137. p. 242.

⁸⁹⁶ SILVEIRA, A. FERNANDES, S. P. (2014) *Justiça em tempo de crise: o papel dos tribunais europeus enquanto garantes da democracia*. Op. cit.

⁸⁹⁷ A Carta surge na esteira da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de modo que nasce mesmo para reforçar o quadro dos direitos fundamentais no contexto europeu. “Surge, porém, numa época em que, contrariamente a algumas expectativas, o sistema de proteção de direitos fundamentais tinha progredido no próprio seio da União”. RODRIGUES, J. C. (2012) *Sobre a abundância de direitos em tempos de crise*. Op. cit. p. 19.

situações diretamente relacionadas com a adoção de medidas de austeridade, desenvolvendo incompreensivelmente tais questões aos tribunais nacionais. Será esta “devolução” aos tribunais nacionais a ser tratada a partir de então.

3.7.1. Tribunal Constitucional português e a “jurisprudência da crise”

A compatibilidade das medidas de austeridade com os direitos fundamentais não passou ao largo de um monitoramento a nível interno (principalmente em sede de jurisdição constitucional), nem a nível europeu (dentre estas, a Corte Europeia dos Direitos Humanos e o Comitê Europeu de Direitos Sociais)⁸⁹⁸.

O cerne deste tópico se consubstancia no fenômeno que, a partir do ano de 2011, se delineou em Portugal e foi denominado de “jurisprudência da crise”⁸⁹⁹, compreendida como o conjunto das decisões do Tribunal Constitucional que versaram sobre a “legislação da austeridade”. Uma parte significativa desta legislação teve a constitucionalidade contestada – e, conseqüentemente, foi submetida à fiscalização do Tribunal Constitucional português (adiante TCP)⁹⁰⁰.

Não por acaso, este fenômeno jurisprudencial – ainda sem paralelo na jurisdição da União Europeia – foi simultâneo à ascensão daquele Tribunal a um protagonismo até então não testemunhado. Naturalmente são observáveis (mas aqui não analisadas) decisões na jurisprudência das demais Cortes europeias apreciando a constitucionalidade de medidas de restrição orçamentária ou de austeridade. Todavia, isso não se deu de modo sistematizado, e em volume tão significativo, como observável no âmbito do TCP. Este é um entendimento corroborado por Antônio Martins – pelo

⁸⁹⁸ CANOTILHO, M. R. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

⁸⁹⁹ A jurisprudência publicada no *site* do Tribunal Constitucional não possui caráter autêntico, de modo que a versão oficial das decisões é considerada apenas aquela que consta nos arquivos do TC. Cf. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>. A decisão pelos Tribunais portugueses se deu por razões pragmáticas e teóricas, dentre estas (a) a proximidade entre os sistemas constitucionais português e brasileiro (o que tornou possível recorrer às minhas “memórias constitucionais”, na ditosa denominação do Professor Gomes Canotilho); (b) ao fato de ter residido durante a maior parte do processo de doutoramento em território lusitano, o que forneceu elementos para interpretação dos preceitos constitucionais em relação aos casos concretos deste Estado-Membro; e, (c) por entender a “jurisprudência da crise” e as elaborações sobre a mesma como um fenômeno peculiar no constitucionalismo moderno.

⁹⁰⁰ CANOTILHO, M.; VIOLANTE, T.; LANCEIRO, R. (2015). *Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law*. *European Constitutional Law Review*, 11, pp 155-183 Na definição dos autores, a legislação da austeridade se refere as medidas adotadas para fazer face à redução do déficit orçamental e implicaram também na adoção de reformas nas políticas públicas.

menos até o ano de 2014, quando publicou sua pesquisa – segundo o qual, em alguns Tribunais Superiores e Constitucionais europeus (Irlanda e Espanha), sequer eram conhecidas decisões apreciando a constitucionalidade das medidas adotadas pelos governos neste domínio. Já na Itália (2012) foi declarada inconstitucional a Lei 122/2010 que dispunha sobre redução dos rendimentos dos funcionários da administração pública; na Lituânia (2010) não foi considerada inconstitucional a redução dos vencimentos; e na Romênia (2010) foi declarada inconstitucional a redução das pensões e constitucional a redução dos salários e gastos do governo com prestações sociais. Quando à Grécia havia apenas referências nos Tribunais de Contas⁹⁰¹.

Referência especial ao modelo e atuação da jurisdição constitucional portuguesa

Segundo Mariana Canotilho, “o modelo português de justiça constitucional caracteriza-se pela sua originalidade e complexidade”, tendo incorporado referências variadas, como de fiscalização concentrada (*à la Kelsen*) e de fiscalização difusa (no modo americano do *judicial review*)⁹⁰². Um dos traços que distingue a jurisdição constitucional portuguesa das demais, inclusivamente europeias, é que, em Portugal, os tribunais comuns são órgãos de justiça constitucional, mas as suas decisões são sempre recorríveis – desde que respeitados os pressupostos processuais – ao Tribunal Constitucional⁹⁰³. Nesta perspectiva, a autora põe um acento tônico no modelo de jurisdição constitucional português, na sua importância no cenário jurídico-político nacional, bem como atribui a este a qualidade de um dos “sucessos da democracia”, que atualmente é desta, um elemento indispensável.

Contudo, os acórdãos do TCP relativos à legislação da austeridade suscitaram repercussão e divergências, que lançaram a necessidade de uma observação atenta. De acordo com José Melo Alexandrino⁹⁰⁴, há pelo menos duas visões distintas

⁹⁰¹ MARTINS, A. (2014) *A jurisprudência constitucional sobre as leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade da LOE2014*. Coimbra: Almedina.

⁹⁰² CANOTILHO, M. (2009) O modelo português de justiça constitucional. Exposição, valoração crítica e possíveis contributos para um modelo europeu de justiça constitucional. *Aletheia - Cuadernos Críticos del Derecho*. N.º 2. pp. 82-101. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/236515>.

⁹⁰³ *Idem*.

⁹⁰⁴ ALEXANDRINO, J. M. (2014) *O impacto jurídico da jurisprudência da crise*. Intervenção proferida na Conferência “Debates

para este mesmo fenômeno. A primeira, uma perspectiva a que chama de crítica, e uma segunda, que denomina de panfletária – pois parte de postulados maniqueístas (que o autor refuta de pronto), segundo os quais haveria apenas dois caminhos: ou a defesa do Tribunal (a razão, o bem) ou a crítica (o negativo, o mal)⁹⁰⁵.

Quanto à primeira – à qual o autor alinha e atribui a elaboração, em larga medida, ao Professor Vital Moreira – esta mantém uma espécie de *núcleo essencial* que, apesar de não anuir por completo (o autor se afasta parcialmente do segundo e terceiro pontos), pode ser resumido em cinco tópicos:

- (i) Não compete ao TCP dizer “o que o legislador deve fazer”;
- (ii) O ônus da prova é o da inconstitucionalidade;
- (iii) Na generalidade das decisões estavam em causa *entitlements* públicos e não direitos fundamentais;
- (iv) O TCP não pode usar princípios como se regras fossem;
- (v) Más decisões políticas não implicam, necessariamente, em decisões inconstitucionais do legislador.

Em síntese, apesar de reconhecer os problemas da jurisdição “em tempo de emergência”, as críticas do autor convergem para dois pontos: o TCP não teria revelado “um suficiente compromisso com o texto da Constituição”, e nesta aceção se refere naturalmente à Constituição Portuguesa e à decisão do TCP que acarretou “ofensas grosseiras à igual dignidade dos trabalhadores diante do direito à justa remuneração do seu trabalho (Acórdão n.º 794/2013)”⁹⁰⁶. E, ainda, a de que foi à luz das normas do DUE – e não da respectiva compatibilidade com a Constituição nacional – que o TCP invocou e reconheceu, por exemplo, a vinculatividade do Memorando de Entendimento por diversas vezes aqui referenciado⁹⁰⁷.

Já Alexandre Sousa Pinheiro define a “jurisprudência da crise” como a

sobre a Jurisprudência da Crise em Tempo de Viragem”, organizada pelo Instituto de Políticas Públicas Thomas Jefferson e pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

⁹⁰⁵ Apesar de discordar de todas as assertivas, o autor as enuncia também em tópicos: (i) Nunca a Constituição esteve tão viva; (ii) O Tribunal tem aplicado a Constituição “contra ventos e marés”; (iii) A emergência financeira é uma explicação plausível para a condescendência que o Tribunal teve com o Governo; (iv) Em geral nas decisões do Tribunal Constitucional estariam em causa restrições a direitos fundamentais sociais que como tal deveriam ser tratados. ALEXANDRINO, J. M. (2014) *O impacto jurídico da jurisprudência da crise*. Op. cit.

⁹⁰⁶ ALEXANDRINO, J. M. (2014) *O impacto jurídico da jurisprudência da crise*., Op. cit., p. 164. Também no sentido de que o TCP não respeitou o texto constitucional ver MARTINS, A. (2014) *A jurisprudência constitucional sobre as leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade da LOE2014*. Op. cit.

⁹⁰⁷ ALEXANDRINO, J. M. (2014) *O impacto jurídico da jurisprudência da crise*., Op. cit., p. 164

tradução de um “processo negocial entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as exigências das circunstâncias”⁹⁰⁸. Segundo o autor, quando o TCP se utiliza de parâmetros como “redução da despesa” ou “alargamento da receita”, por exemplo, o domínio dos objetivos essenciais da política econômica se tornam também “tópicos interpretativos da Constituição”. No seu entendimento, a interpretação do TCP quanto à inconstitucionalidade das normas não depende “apenas do texto, mas, também, do contexto” – ao que indaga, não fosse a “necessidade das circunstâncias”, teriam os mesmos desfechos as medidas legislativas apreciadas entre 2011 e 2013?⁹⁰⁹. Para o autor, não fosse a reitada “prossecução do interesse público dentro de uma ordem transitória e excepcional”, as decisões do TCP seriam distintas.

Miguel Poiars Maduro⁹¹⁰ também apontou críticas à atuação do TCP no contexto da crise. Em artigo – que tem por autores também António Frada e Leonardo Pierdominicini – a jurisprudência da crise é objeto de uma apreciação, que toma por base a constatação de que a referida jurisprudência articula a relação entre o DUE e o direito constitucional interno de forma a negar possíveis conflitos e esforços de reconciliação. Na concepção dos autores, o TCP não considera a condição plural, complexa e multinível do ordenamento jurídico da UE, uma estratégia que poderá resultar na diminuição do ajustamento nacional da integração Europeia. Mas nem todas as posições doutrinárias consideraram negativa a atuação do TCP.

De resto, como se lê num artigo recente do Professor Gomes Canotilho, os tribunais constitucionais, em países como Portugal, “estão em sofrimento”, pois “princípios de elevado valor jurídico e a consciência dos efeitos potencialmente desestabilizadores das sentenças, num clima de assédio económico, induz os juízes a procurar um difícil equilíbrio, no qual entra também, por vezes, a possibilidade de diferir pragmaticamente os efeitos das sentenças”⁹¹¹.

Neste contexto, Jorge Reis Novais⁹¹² escrutinou uma questão jurídico-

⁹⁰⁸ PINHEIRO, A. S. (2014) A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português. Op. cit..

⁹⁰⁹ PINHEIRO, A. S. (2014) A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). Op. cit.. p. 186.

⁹¹⁰ MADURO, M. P. [et al] *A Crisis between Crises: Placing the Portuguese Constitutional Jurisprudence of Crisis in Context*. Revista Eletrónica de Direito Público. Número Especial. V. 4. N.º. Disponível em <http://www.e-publica.pt/v4n1a02.html>.

⁹¹¹ CANOTILHO, J. J. G. (2017) *As deslocações de compreensão do Estado de Direito*. UNIO - EU Law Journal. Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Escola de Direito. Universidade do Minho. V. 3, N.º 1. pp. 8-9. Disponível em <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%203/UNIO%203%20PT/J.J.%20Gomes%20Canotilho.pdf>

⁹¹² NOVAIS, J. R. (2014) The fundamental right to a retirement pension in a financial emergency scenario. *E-publica*. V. 1 N° 1. Disponível em <http://e-publica.pt/pdf/artigos/Vol.1-N%C2%BA1-Art.03.pdf>. Sobre a consagração constitucional do direito à pensão

constitucional relevante. Em 2014, o autor analisou acórdãos referentes às medidas de austeridade, especificamente sob o prisma dos sacrifícios impostos aos pensionistas e reformados. Segundo o autor, tal discussão é importante para fomentar o debate público sobre os horizontes do Estado social – em particular, acerca da sustentabilidade da segurança social – e impõe-se a partir da constatação objetiva de que o direito à pensão (direito fundamental e garantido constitucionalmente) fora impactado.

Em um traço comum nas análises neste domínio, o autor não nega que, em tempo de crise econômica e financeira, as dificuldades aumentem e naturalmente afetem a generalidade dos cidadãos. O seu destaque se dá para o fato de que, para alguns grupos sociais, têm sido impostos sacrifícios especiais, “que se traduzem directamente, numa redução nominal significativa do montante da pensão em pagamento”. Neste sentido, com a afetação do direito fundamental à pensão – inclusivamente naqueles casos já “formados e consolidados na esfera jurídica e patrimonial dos respectivos titulares” – segundo o autor, o TCP “(des)considerou” este direito, ao qual não basta um mínimo existencial, ante sua natureza jusfundamental. E acrescenta

Ser direito fundamental, entre nós ou em qualquer parte do mundo onde exista Estado de Direito com Constituição formal, tem que significar ser garantia jurídica plenamente retirada da disponibilidade do poder político, incluindo do legislador democrático. Ser direito fundamental tem que significar ser resistente à lei, mas sê-lo em toda a sua extensão e não apenas num indefinido conteúdo essencial ou num referido mínimo exigido pela dignidade da pessoa humana ou pela consciência jurídica universal, como sói dizer-se redutoramente na linguagem petrificada daquelas doutrina e jurisprudência.(NOVAIS, 2014) (sem grifos no original)

Assim, na tentativa aristotélica de encontrar equilíbrio entre os “críticos” e os “panfletários”, a reflexão colocada em pauta na Conferência sobre a Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional português parece ser um caminho. Naquela ocasião, a grande pergunta era: “São as decisões do Tribunal Constitucional Português sobre as medidas de austeridade a resposta judicial adequada em face da crise econômica e financeira?”⁹¹³

É inegável que, na ambiência das decisões do tribunal constitucional que

o autor menciona que “o direito à pensão encontra consagração constitucional expressa, directa e específica tanto no direito fundamental à segurança social (art. 63º) como no direito fundamental à segurança económica das pessoas idosas (art. 72º)”.

⁹¹³ Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/events/conferencia-jurisprudencia-da-crise-do-tribunal-constitucional-portugues>. Acesso em 20 de março de 2016.

versavam sobre a crise, também se desenvolveu um profícuo debate, tanto no âmbito interno português, quanto a nível comparativo entre os Estados-Membros. Logo, a reflexão sobre as medidas de austeridade/ajustamento em paralelo à atuação do tribunal constitucional passou a figurar dentre os principais temas da pauta jurídica portuguesa. Passo, então, a agrupar alguns destes posicionamentos que apontam para tendências da visão dos juristas neste domínio. Ao que parece, a pergunta de Cunha Rodrigues sobre “onde estão os juristas?”, a partir daqui pode começar a ser respondida.

Neste percurso investigativo, destaco um artigo de Maribel González Pascual⁹¹⁴, que, no âmbito dos estudos comparativos, o faz entre Portugal e Espanha. A autora parte do reiterado pressuposto de que, em decorrência da crise financeira e econômica, importantes restrições foram impostas a Portugal e Espanha (em particular em termos orçamentários), de modo a impactar na redução nos direitos sociais dos seus cidadãos – o que desafiou os Tribunais Constitucionais no contexto de crise, pois ambos os Estados-Membros referidos adotaram várias medidas que incidiram, dentre outros domínios, sobre as condições de trabalho e dos trabalhadores, o bem-estar e direito tributário. Qual seria então o papel dos Tribunais Constitucionais Espanhol e Português em relação às denominadas “medidas de austeridade”? Para dar conta de tal questão de modo crítico, a autora se propõe a analisar tanto “o papel que o “Direito da Euro-crise” desempenhou na fundamentação dos dois Tribunais Constitucionais”, quanto a discutir “em que medida a crise económica moldou a jurisprudência relativa aos direitos sociais em ambos os países”.

Na sua análise, Maribel González Pascual demarcou dois traços distintivos substanciais entre Portugal e Espanha neste contexto. Primeiro o de que, como é sabido, ambos os Estados solicitaram assistência financeira à *troika* e formalizaram Memorandos de Entendimento, que estabeleciam recomendações e diretrizes. No entanto, enquanto o MoU português visava superar as falhas estruturais da economia e administração pública portuguesas no quadro da crise soberana, o espanhol estabelecia um programa de assistência ao empréstimo que se aplica ao seu setor financeiro, profundamente relacionado ao setor bancário. Portanto, se o MoU desencadeou a maior parte das medidas de austeridade em Portugal, o mesmo não pode

⁹¹⁴ PASCUAL, M. G. (2017) *Constitutional Courts before Euro-crisis law in Portugal and Spain; A comparative prospect*. Revista Eletrónica de Direito Público. Número Especial. V. 4. N.º. Disponível em <http://e-publica.pt/pdf/artigos/Vol.%204-%20N%C2%BA%201-Art.05.pdf>.

se afirmar em relação à Espanha.

Ao analisar o segundo traço distintivo, a autora levanta questões essencialmente jurídico-constitucionais e se refere ao tratamento distinto de Portugal e Espanha frente aos direitos sociais⁹¹⁵. Isto porque a Constituição espanhola dispõe sobre a maioria dos direitos do bem-estar – que a autora exemplifica com o direito à educação, à saúde e a uma habitação adequada, dentre outros – num capítulo que, para muitos estudiosos espanhóis, enunciam princípios que devem ser seguidos pelo poder político “sempre que as circunstâncias econômicas o permitam”. Assim, embora de acordo com o artigo 1.º da Constituição a Espanha seja um Estado social – e essa disposição poderia apoiar uma interpretação do referido capítulo 3, fortalecendo a proteção dos direitos sociais – o Tribunal Constitucional espanhol “tem sido bastante relutante em se pronunciar sobre os direitos sociais”.

Quanto à Constituição portuguesa, esta contém uma lista “longa e detalhada de direitos sociais, que podem ser aplicados judicialmente”, e embora persista o debate sobre se os direitos sociais são vinculativos em qualquer circunstância, “a Constituição portuguesa tem um compromisso mais forte e mais amplo com os direitos sociais do que outras constituições europeias, como a espanhola”. Daí o entendimento da autora de ser esperado que o Tribunal Constitucional português seja mais propenso a fazer valer os direitos sociais, mesmo nos casos em que o Tribunal Constitucional espanhol não o faria.

Em matéria de jurisdição constitucional, há entre os Estados-Membros analisados distinções que foram significativas no contexto de crise, dentre estas a de o Tribunal Constitucional português, em muitos casos, ter apreciado no âmbito da fiscalização preventiva da constitucionalidade, um procedimento previsto para a decisão dentro de 25 dias úteis (sim, nos termos do art. 278.º, n.º 8, da CRP). Já o Tribunal Constitucional espanhol apreciou as medidas de austeridade principalmente em sede de controle abstrato de constitucionalidade, e assim, como ocorreu em relação ao corte de salário dos funcionários públicos, quando a decisão foi concretizada, a controvérsia

⁹¹⁵ Este paralelo, a partir da distinção das disposições constitucionais dos direitos sociais, que são mais amplamente protegidos no modelo constitucional português, também foi traçado por Jorge Reis Novais, com a diferença que o autor o faz em comparação com a Constituição Federal alemã. NOVAIS, J. R. (2014) *The fundamental right to a retirement pension in a financial emergency scenario*. Op. cit.

principal já tinha se encerrado⁹¹⁶.

Não obstante as divergências relativas à jurisdição e disposições constitucionais, a autora sinaliza uma tendência recorrente nas análises jurídicas da atuação dos tribunais no contexto de crise: a de que estes eram conscientes das implicações que suas decisões poderiam ter, daí a insistência em enquadrar seus julgamentos no contexto de uma crise econômica e também limitar os efeitos das suas decisões finais.

A Professora Maria Benedita Urbano, ao analisar o papel do Tribunal Constitucional (e da justiça constitucional em geral) no contexto da crise econômico-financeira, propôs a seguinte questão: “A existência e a concreta ocorrência de uma grave crise econômico-financeira podem justificar um controlo da constitucionalidade das medidas legislativas anti-crise diferente do habitual?”⁹¹⁷ Para além da densidade do trabalho suprarreferenciado, cabe acentuar um critério que distingue o artigo da Professora Maria B. Urbano das abordagens recorrentes: a autora não se volta para a análise das medidas de austeridade ou das leis que foram objeto de apreciação do tribunal constitucional, mas para “a questão dos exactos termos em que deve ser efectuado o controlo da constitucionalidade das medidas de combate à crise”.

Uma ponderação da autora, que se aproxima do já mencionado entendimento do Professor Gomes Canotilho, é de que “a posição dos juízes constitucionais em tempos de grave crise, seja qual for a sua natureza, é bastante desconfortável e muito pouco invejável”. Segundo Maria B. Urbano, tal constatação nem por isso autoriza a dispensabilidade de aferir a sua conformidade com a constituição, mas sim “já autorizam a defender uma actuação diferente dos juízes constitucionais, quando confrontados com a obrigação de controlar medidas de combate à crise, no contexto de uma situação anormal e extrema, gravemente perturbadora da estabilidade do Estado, provocada por factores económicos e financeiros”⁹¹⁸. Assim, no contexto de crise,

⁹¹⁶ Neste caso, a autora se refere ao fato do Tribunal Constitucional espanhol em 2015 ainda não ter decidido sobre os cortes salariais aprovados em 2012. Neste ínterim, uma lei tinha sido aprovada e determinado o reembolso dos funcionários públicos. Assim, “o Tribunal Constitucional declarou inadmissível o recurso, já que a petição principal já estava satisfeita”. PASCUAL, M. G. (2017) *Constitutional Courts before Euro-crisis law in Portugal and Spain; A comparative prospect*. Op. cit. p. 114.

⁹¹⁷ URBANO, M. B. (2013) *Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional*. In GONÇALVES, P. [et al] *A crise e o direito público*. VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público. p. 7. Lisboa: Instituto de Ciências-Jurídico Políticas.

⁹¹⁸ *Ibidem*. p. 21.

o principal papel dos juízes será o de acomodar a constituição às situações de crise e emergência. Naqueles países em que, como em Portugal, não está constitucionalmente previsto um estado de crise económico-financeira, nem sequer havendo uma abertura constitucional expressa ao exercício de poderes emergenciais, a tentação dos juízes constitucionais poderá ser a de não considerar os tais imperativos de necessidade e de se ater ao direito positivo estrito. (URBANO, 2013, p. 23)

No artigo referido, a autora afirma seu entendimento de que o Tribunal Constitucional não é um órgão político, mas também ressalta que sua atuação tem notadamente importância política. Na linha tênue que separa estas duas acepções, a autora sugere como uma das formas do Tribunal Constitucional evitar a ultrapassagem indevida desta fronteira é basear suas decisões mediante um fundamento “jurídico-constitucional sólido, consistente e irrepreensível”, que a autora sugere a partir do que denomina de um novo princípio “*in dubio pro* medidas anti-crise”. A partir de uma longa exposição sobre um “direito de crise”, a autora elenca como características:

- 1) *a adequação das medidas ao objectivo de combate à crise, sendo certo que o juízo a realizar a propósito desta exigência deve ser feito com justa conta e medida, sob pena de descambar para a avaliação política; basicamente, deverão ser consideradas inconstitucionais as medidas manifestamente ou ostensivamente desadequadas;*
- 2) *o carácter temporário ou provisório das medidas anti-crise;*
- 3) *a conveniente fundamentação das medidas anti-crise.* (URBANO, 2013, p. 28)

O argumento da autora dirige-se, assim, para a necessidade de observância dos parâmetros de crise e que a atuação do tribunal seja refletida à luz da realidade da crise, mas que os juízes “devem saber resistir a essa pressão e manter a sua neutralidade e imparcialidade intocadas”. Esta é uma recomendação que se afasta da análise elaborada por Luís Pereira Coutinho⁹¹⁹ sobre os Acórdãos n.º 474/2013 e n.º 862/2013 – que dispunham sobre corte das pensões do sistema de segurança social próprio da função pública (Caixa Geral de Aposentações). Segundo o autor, os argumentos aduzidos pelo Tribunal Constitucional nos referidos acórdãos – dentre estes, o de que as medidas não se enquadravam numa “visão estratégica larga de reforma” – foram ponderações políticas, “porventura muito boas”, mas, ainda assim, políticas.

Ante a importância que guardam para a compreensão do contexto de crise, e a recorrente menção na doutrina portuguesa, a partir de agora serão analisados quatro dos principais acórdãos do TCP no âmbito da jurisprudência da crise. A escolha

⁹¹⁹ COUTINHO, L. P. P. (2014b) *The “pension convergence” as a political issue*. V. 1 N.º 1. Disponível em <http://www.e-publica.pt/v1n1a02.html>.

não se deu aleatoriamente, nem por serem estas as únicas decisões materialmente relevantes, mas sim porque todos se referem à fiscalização da constitucionalidade das Leis Orçamentárias do Estado Português (2011-2014) que impactaram uma ampla gama de direitos, como nos domínios do trabalho, da justa remuneração, da assistência social, das pensões, bem como da própria dignidade da pessoa humana. Todas as leis orçamentárias a seguir examinadas refletem em larga medida as condicionalidades projetadas nos Memorandos de Entendimentos.

Acórdão n.º 396/2011(Sobre a Lei Orçamentária de 2011)

Trata-se de requerimento de fiscalização da constitucionalidade⁹²⁰ das normas constantes dos artigos 19.º, 20.º e 21.º da Lei nº 55-A/2010 (Lei do Orçamento do Estado, a seguir LOE) de 31 de Dezembro⁹²¹ interposto por um grupo de deputados. Os artigos mencionados se referem à redução das remunerações totais ilíquidas mensais⁹²² de diversas categorias de trabalhadores e dirigentes da Administração Pública e instituições equiparadas, com percentuais variáveis entre 3,5% a 10% sobre as remunerações a partir de € 1.500.

Não obstante o cerne da questão se referir à redução das remunerações, merece destaque o primeiro dos fundamentos do requerimento impetrado, que se refere ao fator *tempo* e questiona que, do modo como previsto na lei, ou seja, sem a antevisão do termo final – as reduções salariais teriam carácter definitivo. Indagou-se, assim, como seria justificável uma medida de carácter permanente (a redução) ter por pressuposto um fundamento temporário (a crise). A preocupação com o risco de se converter a provisoriedade (reclamada pelo contexto de crise) em medida definitiva foi uma tônica recorrente nos requerimentos dirigidos ao TCO no âmbito da jurisprudência da crise.

Acerca desta, o TCP se pronunciou e reconheceu que, embora a referida lei expressasse no seu texto apenas a data de início da sua vigência, e fosse omissa quanto ao seu fim, não se pode “inferir daí o carácter definitivo” da norma. Isto porque,

⁹²⁰ Acórdão disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>

⁹²¹ Lei Orçamentária disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1295&tabela=leis

⁹²² Segundo o TCP, considera-se remunerações totais ilíquidas mensais “as que resultam do valor agregado de todas as prestações pecuniárias, designadamente remuneração base, subsídios, suplementos remuneratórios, incluindo emolumentos, gratificações, subvenções, senhas de presença, abonos, despesas de representação e trabalho suplementar, extraordinário ou em dias de descanso e feriados”.

tendo em conta a natureza das leis de orçamento (que vigoram no exercício específico), a sua eficácia não se projeta para além da vigência anual, sendo, portanto, transitória.

Contudo, o TCP faz uma ressalva e reconheceu a importância de uma análise “estritamente jurídica da situação normativa actual”, pois as reduções remuneratórias tinham por objetivo a diminuição do défice orçamental (nos limites estabelecidos pela União Europeia), bem como ratificavam compromissos do Estado português perante instâncias internacionais (no caso, a *troika*).

Neste contexto – por se tratar de medida de diminuição da despesa pública pertinente a apenas uma das parcelas “de um programa cuja realização integral”, desde aquele momento, se projetava para estender-se “por um horizonte temporal mais alargado” –, o TCP reconheceu que tais obrigações efetivamente não se encerrariam com o termo final da vigência da lei. Assim, foi possível concluir que medidas de idêntico sentido poderiam vigorar até o termo final do programa de ajustamento, que neste caso era o ano de 2013. E assim, o TCP passou a dirigir a apreciação no sentido de que

de qualquer forma, a ser tida em conta, esta prognose apenas pode fundar a conclusão de que estas medidas terão uma duração plurianual, sem pôr em causa o seu carácter transitório, de acordo com a sua razão de ser e natureza, de resposta normativa a uma conjuntura excepcional, que se pretende corrigir, com urgência e em prazo o mais breve possível, para padrões de normalidade.

Sob o argumento do transitório, mas não necessariamente anual, o TCP afixou – com base no Relatório que acompanhava a lei e defendia que a medida era imposta por estarem em causa a manutenção e sustentabilidade do Estado Social – que a redução da remuneração se inseria num “contexto de excepcionalidade”. E, assim sendo, não implicaria num retrocesso social, mas no “cumprimento das metas resultantes do Pacto de Estabilidade e Crescimento”. Em mais esta referência, portanto, percebe-se que tais medidas poderiam ter a vigência dilatada, face o carácter excepcional.

Quanto ao fundamento do requerente que invocava a violação do “direito fundamental a não redução do salário”, o TCP não acolheu o pedido fundado em duas razões: Primeiro porque tal direito não encontraria guarida constitucional direta e autónoma (que o tornaria imperativo) sendo previsto apenas na legislação ordinária⁹²³. E mesmo a considerar o âmbito infraconstitucional, neste a redução do salário se trata de

⁹²³ No caso, o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas e o Código do Trabalho.

uma garantia que não tem caráter absoluto, pois incide apenas quando a diminuição dos rendimentos se dá de forma arbitrária, ou seja, sem o “adequado suporte normativo”. Ademais, ainda de acordo com o TCP, apesar de o direito à retribuição salarial ser claramente um direito fundamental, o direito a um *quantum* concreto não teria a mesma “força de direito fundamental”, logo

Direito fundamental, esse sim, é o “direito à retribuição”, e direito de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias, como é pacífico na doutrina e este Tribunal tem também afirmado (cfr., por exemplo, o Acórdão n.º 620/2007). Mas uma coisa é o direito à retribuição, outra, bem diferente, é o direito a um concreto montante dessa retribuição, irredutível por lei, sejam quais forem as circunstâncias e as variáveis económico-financeiras que concretamente o condicionam. Não pode, assim, entender-se que a intocabilidade salarial é uma dimensão garantística contida no âmbito de protecção do direito à retribuição do trabalho ou que uma redução do quantum remuneratório traduza uma afectação ou restrição desse direito.

A desconsideração do *quantum* remuneratório como um direito – e o conseqüente não acolhimento do pedido de inconstitucionalidade deste dispositivo – foram aspectos amplamente criticados na doutrina portuguesa, que reacenderam o debate da alegada “secundarização dos direitos sociais”, embora mesmo os críticos à “jurisprudência da crise” reconheçam ser esta uma linha comum da jurisprudência portuguesa⁹²⁴.

Um autor que se posicionou veementemente contra esse argumento da não proteção do *quantum* foi Jorge Reis Novais, que ao se referir a este acórdão em particular, bem como à posterior redução do *quantum* das pensões, se pronunciou nos seguintes termos

Dizer que a Constituição garante o direito à retribuição, mas que esse direito não protege o quantum de retribuição, ou que a Constituição garante o direito à pensão, mas que esse direito não protege o quantum da pensão, é tão absurdo como dizer que a Constituição garante o direito de propriedade, mas que esse direito não protege o quantum da minha propriedade (ou seja, se o legislador afecta sensivelmente a minha disponibilidade sobre um bem imóvel que, por determinação legal, entrou no meu património não estará a restringir o meu direito de propriedade porque a Constituição não me garante, supostamente, aquele quantum determinado de propriedade); é tão absurdo como dizer que a Constituição me garante a liberdade de expressão, mas que esse direito não me garante um quantum da minha expressão (ou seja, se o legislador me proíbe de me pronunciar de forma completamente livre sobre um dado assunto, não estará a restringir a minha liberdade de expressão porque a Constituição não me garante um quantum determinado de expressão). (NOVAIS, 2014)

⁹²⁴ PINHEIRO, A. S. (2014) *A jurisprudência da crise*: Tribunal Constitucional português (2011-2013). Op. cit. p. 173.

A segunda razão da não acolhida se referiu ao entendimento de que, “uma vez garantido o mínimo” (uma ideia que remete inevitavelmente à teoria do mínimo existencial), a irredutibilidade do salário não seria uma exigência da dignidade da pessoa humana, critério este que indicaria estar-se “perante um direito subjectivo que se possa considerar ‘fundamental’ apesar de não estar consagrado na Constituição”. Vê-se, portanto, que o TCP reconhece a dignidade humana como um critério, mas não o aplica neste caso concreto, ao que parece porque interpreta que a dignidade humana estaria preservada uma vez que o mínimo existencial não fora tocado. Neste domínio dois precedentes importantes são escrutinados no acórdão *sub examine*: os acórdãos n.ºs 303/90⁹²⁵ e 141/2002⁹²⁶, ambos referentes a alterações legislativas constantes de leis do orçamento que implicavam numa redução remuneratória de certas categorias de trabalhadores públicos. Em ambos os casos foi declarada a inconstitucionalidade das medidas sob o fundamento da “violação do princípio da confiança, ínsito no princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2º da Constituição”.

Por conseguinte parecia inevitável arguir do motivo pelo qual medidas de quase idêntico teor foram declaradas inconstitucionais e, passados uns poucos anos, deixaram de o ser. O argumento do TCP – e que será recorrente e central nas decisões que se seguiram – foi o contexto excepcional da crise.

Assim, acerca da inconstitucionalidade prevista nos acórdãos anteriores o TCP a atribuiu à falta de “qualquer interesse público cuja salvaguarda as pudesse justificar”. Ao passo que o caso presente não mereceria juízo idêntico, pois no contexto atual as medidas de redução remuneratória se prestavam a salvaguardar o interesse público, sendo parte de medidas absolutamente necessárias, emergenciais e conjunturais “à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social”.

Pronunciou-se o TCP

Não se pode ignorar, todavia, que atravessamos reconhecidamente uma conjuntura de absoluta excepcionalidade, do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos. O desequilíbrio orçamental gerou forte pressão sobre a dívida soberana portuguesa, com escalada progressiva dos juros, colocando o Estado português e a economia nacional em sérias dificuldades de financiamento [...] Neste contexto, e no quadro de uma estratégia global delineada a nível europeu, entrou na ordem do dia a necessidade de uma drástica redução das despesas públicas, incluindo as resultantes do pagamento de remunerações.

⁹²⁵ Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/564056/details/maximized>.

⁹²⁶ Disponível em <https://dre.tretas.org/dre/151888/acordao-141-2002-de-9-de-maio>.

Num juízo valorativo, o TCP entendeu que a medida de redução salarial tinha caráter idôneo “para fazer face à situação de défice orçamental e crise financeira”, bem como por força de compromissos com instâncias europeias e internacionais de, em curto prazo, reduzir as despesas públicas.

O TCP decidiu, ainda, que as medidas estavam dentro de um “limite do sacrifício” exigível aos funcionários públicos – e por assim entender, refutou a alegação de que, ao impor tal “sacrifício adicional exigível” apenas aos que auferem verbas públicas, se estaria em dissonância com o princípio da igualdade. Mais uma vez, surgiu o argumento da excepcionalidade do contexto de crise e da necessidade de adequação a compromissos orçamentários como justificativa de tais medidas. E, sem embargo das demais justificativas, o TCP decidiu por não declarar a inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 19.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 55-A/2010.

Nas decisões do TCP, mais um aspecto juridicamente digno de registro é o da publicação, na parte final dos acórdãos proferidos, da declaração dos votos que foram vencidos, seguidos, em grande parte, das respectivas fundamentações. Nos casos concretos das LOE, os votos vencidos demonstraram, além de divergências substanciais no entendimento dos juízes constitucionais, também os argumentos jurídico-constitucionais que poderiam ter culminado em decisões diversas quanto à (in)constitucionalidade da legislação da austeridade.

No caso em apreço, foram vencidos os votos de três juízes. O primeiro, Carlos Pamplona de Oliveira, pugnava pela inconstitucionalidade das normas por violação ao princípio do Estado de direito democrático – que “implica um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas” –, bem como do princípio da igualdade – pois se as normas visam proteger o interesse público, dizem respeito à “comunidade no seu conjunto, à generalidade dos cidadãos”, e não deveriam incidir unicamente nos funcionários públicos.

Neste acórdão, a decisão proferida pelo TCP configurou o problema da igualdade, a partir do “facto de os destinatários das medidas (...) serem apenas as pessoas que trabalham para o Estado e demais pessoas coletivas públicas, ou para quaisquer das restantes entidades referidas no n.º 9 do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2011”

e decidiu que “com as medidas [então] em apreciação, a repartição dos sacrifícios impostos pela situação excepcional de crise financeira não se faz de igual forma entre todos os cidadãos com igual capacidade contributiva”, mas tomou por igualmente certo que “a questão do combate ao défice, pelo lado da receita (privilegiadamente fiscal), ou, antes, pelo lado da despesa (bem como a combinação adequada dos dois tipos de medidas e a seleção das que, de entre eles, merecem primazia) foi (e continua a ser) objeto de intenso debate político e económico” e reconheceu a existência “de um fundamento legítimo para a diferenciação implicada na redução, em 3,5% a 10%, das remunerações base superiores a € 1.500 aos trabalhadores do setor público”.

O juiz J. Cunha Barbosa teve seu voto vencido porque também entendeu que a norma violava o princípio da igualdade – e, embora tenha se declarado sensível a situação de excepcionalidade, segundo o douto magistrado esta “não poderá conduzir a uma situação de afastamento de todo e qualquer controlo judicial”. Também o juiz João Cura Mariano votou vencido por entender que as normas “violam o princípio da confiança, ínsito na ideia de Estado de direito democrático, consagrada no artigo 2.º da Constituição”. Da sua declaração de voto uma ponderação merece um olhar mais detido. De acordo com o magistrado “a redução dos salários dos funcionários públicos integrou a política orçamental para 2011, que teve como objectivo fundamental a redução do défice de 7,3% do PIB, então previsto para 2010, para 4,6% em 2011, obedecendo a imposição comunitária”. Assim, embora não discorde da necessidade de medidas dessa natureza, ou seja, do seu fim, o magistrado lança uma luz para a questão dos meios, ou seja, de ponderar se a via escolhida além de adequada à finalidade é também “a que menos encargos impõem aos cidadãos”. E afirma que, embora não possa o TCP cercear a liberdade do legislador de escolher o caminho que sopesa como mais eficaz para atingir o objetivo pretendido, “se o fim perseguido é uma redução drástica do défice das contas públicas, o mesmo tanto poderá ser obtido por via do aumento da receita como pela via da diminuição da despesa”.

Cabe, ainda, o registro de que a LOE/2011 e, conseqüentemente, as reduções salariais dos trabalhadores – suscitaram provocação também perante o TJUE, via o incidente processual do reenvio prejudicial (artigo 267º do TFUE), levantado pelo Tribunal do Trabalho do Porto. No litígio *Sindicato dos Bancários do Norte [et al] vs*

BPN – Banco Português de Negócios S.A. (proc. C-128/12)⁹²⁷, o primeiro litigante, dois outros sindicatos do setor bancário e um ex-trabalhador opunham-se ao segundo litigante a propósito da redução do montante das remunerações pagas aos trabalhadores. O BPN era um banco português nacionalizado desde novembro de 2008, passando a ser uma sociedade anônima de capitais exclusivamente públicos. Logo, os seus trabalhadores se enquadravam no disposto na LOE/2011 – que no artigo 9.º (referente às pessoas a quem seria aplicável a medida) determina que a redução das remunerações é aplicável aos trabalhadores das empresas públicas de capital exclusiva ou maioritariamente público.

No despacho, quando analisa o quadro jurídico nacional, o TJUE assevera que, em aplicação a LOE/2011 o Banco Português de Negócios “reduziu, a partir de 1 de janeiro de 2011, os salários dos seus trabalhadores, recusou revalorizar ou aumentar esses salários ou conceder novas prestações previstas por esse acordo coletivo de trabalho”. Mas ressalta que houve divergência entre Tribunais uma vez que embora o TCP tenha decidido que aquela Lei do Orçamento de Estado não violava a Constituição, conforme acima analisado, “o Tribunal do Trabalho de Lisboa considerou, em 22 de dezembro do mesmo ano, referindo-se designadamente ao direito da União, que a referida lei violava o princípio da igualdade”. Assim, ante a dúvida quanto à conformidade do art. 19.º da LOA/2011 com o direito da União o Tribunal do Trabalho do Porto suspendeu a instância e submeteu questões prejudiciais ao TJUE, as quais passo a citar:

- 1) *O princípio de tratamento igualitário do qual decorre a proibição de discriminação deve ser interpretado no sentido de ser aplicável a trabalhadores do setor público?*
- 2) *A imposição estatal de redução de salários através da referida Lei do Orçamento de Estado para 2011, aplicada apenas a trabalhadores que exercem as suas funções no setor estatal ou empresarial público, é contrária ao princípio da proibição da discriminação, configurando uma discriminação em razão da natureza pública do vínculo laboral?*
- 3) *O direito a condições de trabalho dignas previsto no referido artigo 31.º, n.º 1, da Carta [...] deve ser interpretado no sentido de que é proibida a diminuição da retribuição, sem o acordo do trabalhador, no caso do contrato se manter inalterado?*
- 4) *O direito a condições de trabalho dignas previsto no referido artigo 31.º, n.º 1, da Carta [...] deve ser interpretado no sentido de que corresponde ao direito a uma remuneração justa que assegure aos trabalhadores e respetiva família um nível de vida satisfatório?*
- 5) *A redução do salário, não constituindo a única medida possível, necessária e fundamental para o esforço de consolidação das finanças públicas numa situação de grave crise*

⁹²⁷ Despacho TJUE de 7 de março de 2013. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CO0128&from=PT>.

económico-financeira do país, é contrária ao direito previsto no art. 31.º, n.º 1, da Carta [...] por colocar em risco o nível de vida e os compromissos de ordem financeira assumidos pelos trabalhadores e respetiva família, antes dessa redução?

6) *A redução dos salários imposta desta forma pelo Estado Português, por não ser previsível nem expectável pelos trabalhadores, é contrária ao direito a condições de trabalho dignas?* (Sem grifos no original).

Por meio de despacho fundamentado, o TJUE se julgou “manifestamente incompetente para conhecer do pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal do Trabalho do Porto (Portugal)”, fulcrado, dentre outros dispositivos, principalmente nos termos do artigo 267.º do TFUE, segundo o qual aquela Corte “pode interpretar o direito da União unicamente no limite das competências atribuídas à União Europeia” e do art. 51.º da CDFUE, que vincula “os Estados-Membros apenas quando apliquem o direito da União”. Com a menção a despachos anteriores do próprio TJUE⁹²⁸, aquele tribunal declarou não ter restado demonstrada a sua competência para responder o pedido de decisão prejudicial.

A referência ao presente despacho do TJUE neste contexto tem uma razão especial, porque demonstra que a submissão das questões prejudiciais do Tribunal do Trabalho do Porto ao TJUE pareceu indicar uma provocação do tribunal nacional para que o TJUE se manifestasse sobre a compatibilidade (ou não) das reformas de ajustamento/austeridade com a proteção de *standard* reconhecidamente elevado dos direitos fundamentais reconhecidos pela CDFUE. Ocorre que ao negar a competência o TJUE não apreciou o mérito e não confrontou a compatibilidade das medidas de austeridade, por exemplo, com o art. 53º da CDFUE que assegura a aplicação do nível de proteção mais elevado de entre os vários mobilizáveis para a solução do caso concreto envolvendo direitos fundamentais. Este seria um caminho de garantir aos portugueses, enquanto cidadãos europeus que também o são, um padrão de proteção mais elevado neste caso concreto⁹²⁹. Com isso não se afirma que a CDFUE tenha alterado significativamente o rol dos direitos fundamentais previstos aos cidadãos portugueses, pois acrescentou pouco ao sistema jurídico de um Estado em que há já um notável catálogo de direitos fundamentais⁹³⁰. Nesta medida, as decisões sobre os direitos

⁹²⁸ No caso *Asparuhov Estov* e o, n.º 12, e de 14 de dezembro de 2011, *Vino*, C-161/11, n.ºs 25 e 37, *Corpul Național al Polițiștilor* C-434/11 n.º 13 e 15; e despacho de 10 de maio de 2012, *Corpul Național al Polițiștilor*, C-134/12, n.º 12.

⁹²⁹ Sobre o princípio do nível de proteção mais elevado. CANOTILHO, M. (2013) Comentário ao artigo 53.º. In SILVEIRA, A.,; CANOTILHO, M. (Coords.) *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina. p. 606 ss.

⁹³⁰ CANOTILHO, M.; FROUFE, P. M.; SILVEIRA, A. (2012). *The Protection of the Fundamental Rights Post-Lisbon: The*

fundamentais no âmbito da implementação de medidas de austeridade permaneceu às mãos dos Tribunais Constitucionais, no caso o português, embora não se negue a influência que estas poderão ter (ou já o têm) em relação aos restantes Estados-Membros em circunstâncias similares.

Ao que parece, não obstante a influência possível em relação aos demais Estados-Membros impactados por medidas de austeridade, este caso concreto poderia ter alçado um largo passo na metódica da interconstitucionalidade, nos moldes desenvolvidos pelo Professor Gomes Canotilho⁹³¹ a partir do conceito de Francisco Lucas Pires. Não obstante os retrocessos dos direitos fundamentais, a crise poderia também ter provocado avanços juridicamente significativos, consubstanciado no seu “potencial transformador” e “excelente laboratório”, como o perspectivaram as Professoras Alessandra Silveira e Sophie P. Fernandes⁹³².

A “metáfora das redes” no contexto da interconstitucionalidade – no que se refere à tutela dos direitos fundamentais na União Europeia⁹³³ – poderia ter orientado a atuação interconectada e voltada para a solução de um problema jusfundamental comum a mais de um Estado-Membro e que ressoa na própria integração europeia. Assim o afirmo porque restringir as medidas de austeridade à margem de discricionariedade dos governos nacionais é ignorar a realidade dos fatos que estas também se prestam a readequações orçamentárias intrinsecamente ligadas ao ajustamento dos Estados aos padrões da União Económica Europeia e às necessidades de readequação ao rígido conteúdo do MoU⁹³⁴.

Acórdão n.º 353/2012 (Sobre a Lei Orçamentária de 2012)

Trata-se de acórdão referente ao requerimento de declaração de inconstitucionalidade interposto por um grupo de deputados das normas constantes dos

Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions. Op. cit.

⁹³¹ Dentre outros, ver: CANOTILHO, J. J. G. (2006) “*Brançosos*” e a interconstitucionalidade. Op. cit.

⁹³² SILVEIRA, A. FERNANDES, S. P. (2014) *Justiça em tempo de crise*. Op. cit.

⁹³³ SILVEIRA, A., CANOTILHO, M. (Coords.) (2013) *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina.

⁹³⁴ Memorando de Entendimentos sobre as condicionalidades da política. Disponível em http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf.

artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro⁹³⁵.

Nos fundamentos do pedido se remete preliminarmente às questões já tomadas em consideração pelo TCP no Acórdão n.º 396/2011, e àquelas acrescenta novos aspectos, dos quais destaco:

- a) São adotadas medidas de “suspensão do pagamento” de subsídios de férias e de Natal (não pagamento, à partida de âmbito plurianual, sem perspetiva de reposição)[...].*
- b) O universo pessoal abrangido pelas medidas de “suspensão” abrange agora, diferentemente do que acontecia com a “redução”, aposentados e reformados;*
- c) No âmbito dos reformados e aposentados agora abrangidos, incluem-se também os do setor privado [...]*
- d) Passam a ser abrangidas pela “suspensão de pagamento” de subsídios a todas as pessoas com remunerações iguais ou superiores a €600 mensais [...];*

Evidencia-se da Lei do Orçamento do Estado de 2012 submetida à apreciação do TCP o impacto significativo da crise econômica e da necessidade de recomposição do orçamento do Estado no âmbito das remunerações e pensões dos cidadãos portugueses. A partir desta, a conjuntura se agrava em pelo menos quatro níveis: o dos direitos impactados (a suspensão dos pagamentos de subsídios de férias e de Natal seriam cumulativos com a redução da remuneração); o da abrangência (incluindo também aposentados e pensionistas, inclusive do setor privado); o do valor de referência (que na LOE de 2011 compreendia as remunerações iguais ou superiores a €1500 e na LOE de 2012 incide sobre aqueles a partir de €600 mensais); e o do tempo (a previsão de duração destas medidas é de três anos, ou seja, de 2012 a 2014).

Dentre as justificações presentes no Relatório do Orçamento de Estado para 2012 para a adoção das medidas se tem que estas são necessárias para a consolidação orçamental num contexto de grande exigência, a correção dos desequilíbrios orçamentais do controle da despesa pública e o cumprimento da meta para o déficit em 2012, dentro dos limites definidos no Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), qual seja, o equivalente a 4,5% do PIB. Alega-se, ainda, que as medidas só se justificam por serem absolutamente necessárias “para assegurar as metas muito exigentes a que Portugal se vinculou e para preservar a manutenção e sustentabilidade do Estado Social e garantir o financiamento da economia portuguesa”.

⁹³⁵ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>.

Antes de abordar a questão de constitucionalidade do Acórdão, se alude que os subsídios de férias e de Natal se revestem, no essencial, da mesma natureza das remunerações salariais (objeto da redução determinada pela LOE de 2011), integrando a remuneração anual. Ambas as medidas (de redução de remuneração e de suspensão do subsídio de férias e de Natal) se traduzem numa diminuição percentual do rendimento anual das pessoas afetadas, representando, da mesma forma, um decréscimo dos seus meios de subsistência.

Na sua fundamentação o TCP considera ser defensável a opção (que se encontra dentro da margem de livre conformação política) do legislador, pois esta se revela “particularmente eficaz, pela sua certeza e rapidez na produção de efeitos, numa perspetiva de redução do défice em curto prazo”. Mas, tangenciando a fundamentação do Acórdão n.º 396/2011 e reconhecendo a grave situação económico-financeira, o TCP relativiza o argumento da crise ao ratificar que o cumprimento das metas de redução do défice público deve ser alcançado “através de medidas de diminuição de despesa e/ou de aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada”, de modo que a necessidade das medidas não possa “servir de fundamento para dispensar o legislador da sujeição aos direitos fundamentais e aos princípios estruturantes do Estado de Direito”.

A Constituição não pode certamente ficar alheia à realidade económica e financeira e em especial à verificação de uma situação que se possa considerar como sendo de grave dificuldade. Mas ela possui uma específica autonomia normativa que impede que os objetivos económicos ou financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir.

E assim o TCP concluiu que as normas que prevêm a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, durante os anos de 2012 a 2014, violam o princípio da igualdade e por esta razão as declara inconstitucionais. Contudo, retomando a tendência para a análise dos casos à luz do quadro de uma política económico-financeira que necessita cumprir as metas de redução do défice público em curto prazo – e considerando que a execução orçamental de 2012 já estava em curso avançado – o Tribunal reconheceu estar “perante uma situação em que um interesse público de excepcional relevo exige que o TCP restrinja os efeitos da declaração de

inconstitucionalidade”. Assim, numa das decisões mais contestadas no âmbito da jurisprudência da crise, o TCP entendeu que os efeitos da inconstitucionalidade declarada não se aplicavam “à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012”. Ou seja, os cortes eram inconstitucionais, mas com efeitos restritos.

No ordenamento jurídico-constitucional português, a declaração de inconstitucionalidade produz, em regra, efeitos retroativos, mas “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem” o Tribunal Constitucional pode fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito, nos termos do artigo 282.º, n.º 4, da CRP. (CANOTILHO, M., 2016, p. 27)

A este ponto é já possível referir, em sede de jurisdição constitucional, que a jurisprudência do TCP manteve a postura precedente ao contexto de crise, no sentido de manter a “ampla margem de atuação do legislador em matéria de ordenação e regulamentação económicas, agindo, nesse campo, com um notável grau de autocontenção”⁹³⁶. Segundo a Professora Mariana Canotilho, manteve-se no tribunal a “consciência do potencial impacto económico das suas decisões, tendo este sido um evidente elemento de ponderação na apreciação de problemas com especial relevância económico-financeira”⁹³⁷.

Cabe o registro de que, no âmbito internacional, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos foi acionado no caso *Conceição Mateus & Santos Januário vs Portugal*, a fim de aferir da compatibilidade da suspensão do pagamento de Natal e férias dos pensionistas que ocorreu em 2012 com a CEDH⁹³⁸.

Sob a perspectiva do direito de propriedade, a Corte decidiu, em outubro de 2013, que o legislador nacional tinha permanecido dentro dos limites da sua margem de apreciação, uma vez que “as medidas anteriores” que envolviam reduções remuneratórias (referência à LOE2011) tinham se revelado insuficientes. Na decisão, a Corte fez, inclusive, referência à decisão do TCP que considerou a medida de redução do pagamento das férias e subsídios de Natal como violadora do princípio da “igualdade proporcional”, sendo, portanto, inconstitucional, mas a considerar que o orçamento de

⁹³⁶ CANOTILHO, M. (2016) *Estado Constitucional e Desenvolvimento Económico*. Op. cit. p. 27.

⁹³⁷ *Idem*.

⁹³⁸ Decisão da Corte Europeia dos Direitos Humanos. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["ConceiÃ§Ã£o%20Mateus"\],"itemid":\["001-128106"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

2012 estava em um estágio avançado de implementação, seria impossível para Portugal conceber medidas alternativas a fim de cumprir os seus objetivos orçamentais. Assim, afigurava-se o “excepcional interesse público” e o TCP pela suspensão dos efeitos da sua decisão em 2012. No entanto, considerou que não caberia àquela “decidir se melhores medidas alternativas poderiam ter sido previstas para reduzir o déficit orçamentário do Estado” e à luz do carácter excepcional da crise econômica e financeira, dos efeitos limitados e temporários das medidas e, ainda, que estas não implicavam numa carga desproporcional e excessiva para os requerentes, julgou por unanimidade os pedidos inadmissíveis.

Acórdão n.º 187/2013 (Sobre a Lei Orçamentária de 2013)

Trata-se de pedidos formulados pelo Presidente da República, o Provedor de Justiça e deputados à Assembleia da República de apreciação da constitucionalidade das normas constantes dos n.ºs 1 a 9 do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro de 2012 (Lei do Orçamento do Estado)⁹³⁹.

Da extensa fundamentação do pedido (exposta em 62 artigos) se pode extrair alguns elementos principais, dentre estes: a manutenção da redução das remunerações dos trabalhadores do setor público; a suspensão do subsídio de férias para os trabalhadores do setor público, reformados e aposentados; a incrementação de uma Contribuição Extraordinária de Solidariedades (CES) sobre as pensões situadas entre €1.350 e €3.750 (variável entre 3,5% e 10%); e a redução de subsídios a atribuir pela Caixa Geral de Aposentações (CGA).

A considerar os dois acórdãos mencionados, o Acórdão n.º 187/2013 suscitou ainda mais divergências, não obstante o teor e fundamentação das decisões anteriores tenham servido como referência ou mesmo de reforço à argumentação desenvolvida. Foi justamente o que decorreu na apreciação do dispositivo acerca da manutenção da redução das remunerações e da suspensão do subsídio de férias dos funcionários do setor público, dos reformados e aposentados.

Quanto à redução das remunerações o TCP reiterou os argumentos aduzidos no Acórdão n.º 396/2011 e considerou que aqueles se encontravam reforçados pela previsibilidade. Isto porque, face o carácter plurianual, as normas aplicadas em

⁹³⁹ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>.

2011 provavelmente seriam introduzidas nas leis orçamentais seguintes. O TCP entendeu, portanto, que “estas normas não desempenhavam um efeito surpresa nos destinatários” – e, mais uma vez, “a situação económico-financeira portuguesa justificou a manutenção da medida”⁹⁴⁰.

Em relação às normas pretéritas suas congéneres [...] a disposição constante do artigo 27.º não contém qualquer modificação relevante da regra aplicável, o que permite concluir que a redução remuneratória imposta aos trabalhadores do setor público persistirá em 2013 sem qualquer modificação objetiva ou subjetiva.

Quanto à suspensão do pagamento do subsídio de férias, o TCP reconhece a possibilidade de um “acréscimo de expectativa” quanto à não introdução de tal medida, porquanto no retromencionado Acórdão n.º 353/2012 o TCP havia se pronunciado no sentido da sua inconstitucionalidade, todavia,

não se afigura que a adoção de uma tal medida, ainda que subsequente à formulação desse juízo de inconstitucionalidade, mereça, na exclusiva perspectiva da tutela da confiança, uma ponderação substancialmente distinta daquela que suscitou a manutenção da redução salarial. Com efeito, a suspensão do subsídio de férias – que já havia sido adotada, no anterior exercício orçamental, em cumulação com a suspensão do subsídio de Natal – integra-se, ainda, numa linha de atuação programada, de caráter plurianual, que visa a realização de objetivos orçamentais essenciais ao reequilíbrio das contas públicas, num contexto de particular excecionalidade.

Assim, quanto aos funcionários ativos, o TCP reconheceu “indícios consistentes da necessidade de manutenção das medidas de redução da despesa pública”, e quanto aos reformados e aposentados, embora reconheça que são destinatários que merecem uma tutela reforçada, ainda assim justificou a manutenção em face do interesse público “real, perceptível, claro e juridicamente enquadrável, coincidente com a preservação da capacidade de financiamento do Estado no âmbito das obrigações assumidas”. Quanto aos pensionistas e aposentados acresceu ainda o “argumento da sustentabilidade do sistema de segurança social”⁹⁴¹.

Numa alusão que remete ao tópico anterior desta tese – e que, também por isso merece ser clarificado –, o TCP arguiu se “neste universo de referência” – ou seja, ainda fazendo alusão à redução de redimentos e suspensão de férias – não tem sido

⁹⁴⁰ PINHEIRO, A. S. (2014) A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013), Op. cit., p. 181.

⁹⁴¹ *Ibidem.* p. 182.

posto em causa o direito fundamental a uma existência condigna, hoje distinguida “como uma emanção garantística nuclear do *supraprincípio da dignidade da pessoa humana*”. Isto porque este fora um princípio aludido pelos requerentes no pedido que originou o Processo n.º 8/2013.

Neste domínio o TCP reconhece na dignidade da pessoa humana “um verdadeiro princípio regulativo primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto de validade das respetivas normas”⁹⁴² e afirma que

nessa jurisprudência, o núcleo essencial da garantia de existência condigna, inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana, tem sido perspetivado, de forma reiterada e constante, por referência ao valor do salário mínimo nacional, considerado como “a remuneração básica estritamente indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna do trabalhador”. Por tal valor “ter sido concebido como o mínimo dos mínimos não pode ser, de todo em todo, reduzido, qualquer que seja o motivo”.

Ao perspectivar o caso em análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o TCP considera, portanto, que além da intervenção normativa ora apreciada afetar montantes remuneratórios “de valor muito baixo”, o que “o que está em causa é uma dimensão *negativa* da vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais, e não uma dimensão *positiva*, de criação ou manutenção dos pressupostos de facto e de direito necessários à efetivação de um direito fundamental”.

Logo, o parâmetro utilizado pelo TCP para dimensionar o “mínimo” que resguardaria a dignidade da pessoa humana foi o valor da retribuição mínima mensal (à época fixada em €485). E assim entendeu que, como a medida prevista na lei orçamentária (mais especificamente no artigo 29º, n.º 2) afetava trabalhadores cuja remuneração mensal fosse igual ou superior a €600, “não se torna, à partida, evidente a violação do princípio da sobrevivência condigna ou do direito ao mínimo de sobrevivência, à luz dos critérios que têm sido seguidos e densificados na jurisprudência constitucional”.

Outro ponto que merece destaque diz respeito às considerações acerca do *tempo*. O decurso temporal era já um questionamento que fundamentava as razões do requerimento apreciado no Acórdão 396/2011. Naquela ocasião, o fato da lei não se referir a um termo final de vigência soou como um indício de que sua vigência poderia ser dilatada e as então anunciadas como medidas temporárias e urgentes seriam

⁹⁴² Cf. Acórdão n.º 105/90.

convertidas em definitivas. Conforme aqui aventado, o TCP evocou à época a natureza anual das medidas orçamentárias e, em certa medida, afastou a preocupação com uma protelação temporal.

Assim, no Acórdão 187/2013 é perceptível que não passa ao largo da apreciação do Tribunal que, desde a adoção da redução de vencimentos (prevista na Lei do Orçamento para 2011) e da medida que incidiu nos subsídios de férias e de Natal (conforme a Lei do Orçamento de 2012), o legislador invocou a excepcionalidade daquelas medidas de diminuição das despesas num curto espaço de tempo porque era uma “necessidade urgente”. À época as medidas eram defendidas como meios para retificar os desequilíbrios orçamentais e o agravamento das finanças públicas, logo, eram “absolutamente necessárias para assegurar as metas exigentes a que Portugal se vinculou e para preservar a manutenção e sustentabilidade do Estado Social e garantir o financiamento da economia portuguesa”.

Embora reconheça que a lei em apreciação se trata do terceiro exercício orçamental consecutivo, e que as razões aludidas pelo legislador de encontrar outras medidas eficientes naquele contexto de 2011 não apresentarem “o mesmo grau de convencimento” em 2013, o TCP novamente se direcionou no sentido de que “a compatibilidade de medidas de austeridade com a Constituição” deveria “ser aferida com maior exigência”⁹⁴³.

Cabe distinguir ainda a medida considerada como uma “inovação” da Lei de Orçamento de 2013. Trata-se da Contribuição extraordinária de solidariedade (CES), a incidir sobre pensões com valor superior a €1350 (variando entre 3,5% a 10% a depender do montante a ser auferido), incluindo “todas as prestações pecuniárias vitalícias devidas a qualquer título a aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados”⁹⁴⁴.

Também acerca desta medida o TCP parece reconhecer a repercussão que esta nova obrigação contributiva enseja para os cidadãos, mas ainda assim se direciona mais uma vez para a racionalidade do “limite do sacrifício” e se embasa também na dedução de que os montantes em causa não são significativos, se trata de uma estratégia conjuntural e necessária para combater a crise econômica, que se encontra dentro da margem de conformação do legislador e, ainda, que deve financiar o

⁹⁴³ PINHEIRO, A. S. (2014) *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*, Op. cit., p. 183.

⁹⁴⁴ *Idem.*

sistema de segurança social⁹⁴⁵. Daí na fundamentação o TCP se posicionar no sentido de que

a circunstância de o sistema previdencial assentar fundamentalmente no autofinanciamento, através das quotizações dos trabalhadores e das contribuições das entidades empregadoras, não obsta a que possa recorrer a outras fontes de financiamento, incluindo outras receitas fiscais legalmente previstas [...].

Num contexto de emergência económica e financeira, a contribuição visa, por outro lado, contrariar a tendência deficitária da segurança social e permitir satisfazer os compromissos assumidos com as prestações do regime geral de segurança social e de proteção social da função pública.

Fundado em tais razões, o TCP firma entendimento de que a medida tem natureza excepcional e temporária e atende à finalidade das metas de redução do déficit público nos termos exigidos pelo Programa de Assistência Económica e Financeira. Um dos aspectos mais contestáveis de tal medida é que ela incide sobre os pensionistas, reconhecidos pelo próprio TCP como pessoas que além de não se encontrarem “na mesma condição de qualquer outro cidadão” teriam “obtido o direito ao pagamento de uma pensão”. Este entendimento, porém, antecede um “todavia” nos seguintes termos

Todavia, em face do condicionalismo que rodeou a implementação da contribuição extraordinária de solidariedade, não só as expectativas de estabilidade na ordem jurídica surgem mais atenuadas, como são sobretudo atendíveis relevantes razões de interesse público que justificam, em ponderação, uma excecional e transitória descontinuidade do comportamento estadual

Como já resulta da ponderação efetuada noutra local, a propósito deste princípio, o interesse público a salvaguardar, não só se encontra aqui perfeitamente identificado, como reveste uma importância fulcral e um caráter de premência que lhe confere uma manifesta prevalência, ainda que não se ignore a intensidade do sacrifício causado às esferas particulares atingidas pela nova contribuição.

Por fim, o TCP não declarou a inconstitucionalidade das normas dos artigos 27.º (manutenção da redução remuneratória), 45.º (redução dos valores da retribuição horária referentes ao pagamento de trabalho extraordinário) 78.º (institui a Contribuição extraordinária de solidariedade) e 186.º (relativo ao IRS).

⁹⁴⁵ Dedução presente também em PINHEIRO, A. S. (2014) A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). Op. cit. p. 185.

Acórdão n.º 602/2013 (Sobre o Código do Trabalho)

Trata-se de pedido formulado por um grupo de vinte e quatro Deputados à Assembleia da República, no sentido da fiscalização de constitucionalidade das normas contidas na Lei n.º 23/2012 – que procede à alteração ao Código do Trabalho⁹⁴⁶.

Dentre as medidas objeto de apreciação, constava a redução do pagamento de horas extras – uma das medidas que o governo acordou com a *troika* – a redução do pagamento de hora adicional por 50% e a eliminação do período de repouso concedido ao trabalhador como compensação por trabalho extra⁹⁴⁷.

Em suma – e de acordo com a delimitação do objeto do pedido de fiscalização – a substância do requerimento era de que a Lei n.º 23/2012 continha um conjunto de disposições que colidiam com a Constituição da República portuguesa, violando princípios e normas nelas consagradas, quais sejam: artigos 208.º-A e 208.º-B (relativos aos bancos de horas individual e grupal); 229.º n.ºs 1, 2 e 6 (eliminação do descanso compensatório); 268.º, n.ºs 1 e 3 (pagamento de trabalho suplementar); 269.º, n.º 2 (prestações relativas a dia feriado); 368.º, n.ºs 2 e 4 (requisitos de despedimento por extinção de posto de trabalho); 375.º, n.ºs 1, alíneas d) e e), e 2 (requisitos de despedimento por inadaptação).

Os fundamentos do pedido, em sua maior parte, apontam para questões que teórica e doutrinariamente foram apresentadas nesta tese como tendências da flexibilização do trabalho e de uma reconfiguração do modelo do *Welfare State*, não necessariamente causadas pelo contexto de crise, mas com este intrinsecamente relacionadas.

Dito isto, segundo consta da referida fundamentação, “as sucessivas alterações à legislação têm fragilizado a proteção do trabalhador, atacando os seus direitos e desequilibrando, ainda mais, as relações do trabalho”. E assim, os requerentes pugnavam que o pedido em análise fosse examinado considerando as sucessivas alterações que, gradualmente, estavam desvirtuando “a matriz constitucional do direito do trabalho [...] infringindo vários dos seus princípios e normas, designadamente, entre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana”. (sem grifos no original) Vê-se aqui, portanto, uma ponderação sobre o direito do trabalho à luz do seu conteúdo de

⁹⁴⁶ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130602.html>.

⁹⁴⁷ CANOTILHO, M.; VIOLANTE, T.; LANCEIRO, R. (2015). *Austerity measures under judicial scrutiny*. Op. cit.

dignidade, princípio este descrito pelos subscritores como “o primeiro dos valores do ordenamento jusconstitucional”. Em síntese, é possível afirmar que o requerimento fundamentava-se em três ideias centrais:

(i) A Constituição da República Portuguesa “atribui aos trabalhadores um conjunto de direitos fundamentais, individuais e coletivos, garantes da sua dignidade como seres humanos, quer como cidadãos, quer como trabalhadores”; (sem grifos no original)

(ii) Enquanto direitos fundamentais (art. 18.º da CRP), estes não podem ter sua extensão e alcance do seu conteúdo diminuídos pela lei ordinária;

(iii) os princípios fundamentais do direito do trabalho distingue a proteção do trabalhador “enquanto contraente mais fraco na relação de trabalho, reconhecendo o manifesto desequilíbrio entre os poderes da entidade patronal e do trabalhador, o que está na base da relevância constitucional dada a estes direitos”.

No ponto 11 da fundamentação, o TCP passou a arrazoar – em consonância com os acórdãos anteriores – que a Lei n.º 23/2012 “se destina a dar resposta às exigências em matéria de legislação laboral decorrentes dos compromissos assumidos no quadro do *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*, de 17 de maio de 2011”.

Passo então a pontuar algumas das alterações do Código do Trabalho, à luz da apreciação do TCP, e que considero das mais significativas, para ilustrar o argumento desta tese. De antemão, cabe registrar que aqui não se tem por objetivo adentrar nas especificidades do direito do trabalho português, mas o de ilustrar, a partir dos norteamientos do TCP, a ingerência das medidas de austeridade neste âmbito laboral. Isto posto:

(i) quanto aos bancos de horas individual e grupal, o TCP de início recorreu ao precedente do seu Acórdão n.º 328/2010, segundo o qual, embora o Código do Trabalho preveja que “o período normal de trabalho não pode exceder oito horas por dia e quarenta horas por semana, o mesmo diploma consagra igualmente mecanismos de organização do tempo de trabalho [...] que permitem adequar os horários de trabalho às necessidades das empresas”. Ou seja, não se trata de regra à qual não caiba flexibilizações, a depender, por exemplo, das variações mensais e anuais dos fluxos de trabalho”.

Após distinguir os mecanismos do “banco de horas” e do “regime da adaptabilidade” previstos em lei, o TCP recorda que

o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, no seu ponto 4.6. (Regimes dos Tempos de Trabalho) já previa reformas nos regimes dos tempos de trabalho, tendo em vista conter as flutuações do emprego ao longo do ciclo económico, incorporar melhor as diferenças nos padrões de trabalho nos vários setores e empresas e aumentar a competitividade das empresas.(sem grifos no original)

A respeito do banco de horas individual, o TCP entendeu que, por não vigorar contra a vontade do trabalhador “por condicionada que esta esteja numa relação de emprego”, a sua consagração legislativa não padecia de inconstitucionalidade. Quanto ao banco de horas grupal (que pode ser estabelecido por decisão unilateral do empregador, ou seja, não facultativo ao trabalhador), o TCP se remeteu ao acórdão n.º 338/2010, no qual o TCP

pronunciou-se no sentido da admissibilidade constitucional do regime da adaptabilidade grupal com fundamentos que, no essencial, também se mostram aptos a justificar a legitimidade constitucional do banco de horas grupal. À semelhança do que sucede com a adaptabilidade grupal, o banco de horas homónimo impõe que a disponibilidade de uma maioria de trabalhadores para aceitar um regime de flexibilização do tempo de trabalho se sobreponha às situações específicas de cada trabalhador individualmente considerado. Subjaz aos dois institutos uma ideia de solidariedade que justifica a subordinação de interesses individuais ao interesse coletivo em articulação com o interesse da boa gestão empresarial.

(ii) eliminação do descanso compensatório e a redução (para metade) da remuneração do trabalho suplementar. Em sua fundamentação, o TCP retoma o entendimento de que “o legislador seguiu de perto o que a este respeito consta do ponto 4.6., alínea ii., do *Memorando de Entendimento*, de 17 de maio de 2011”, que previa, literal e exatamente “a redução para o máximo de 50% da retribuição especial pela prestação de trabalho suplementar e pela eliminação do descanso compensatório”.

Dentre os fundamentos para não declarar a inconstitucionalidade de tal norma, o TCP entendeu que “a redução, para metade, dos acréscimos remuneratórios devidos pela prestação de trabalho suplementar não é, só por si, suscetível de atentar contra aquele direito à retribuição do trabalho”. Isto porque, embora a redução seja significativa, manteve-se “o tratamento diferenciado e mais favorável do ponto de vista remuneratório do trabalho prestado a título suplementar”.

(iii) eliminação de quatro feriados obrigatórios e do mecanismo da majoração das férias (aumento do período anual de férias em função da assiduidade). De acordo com os fundamentos do TCP e embasado em vasta doutrina trabalhista, no âmbito das relações laborais, os dias de feriado obrigatório não são um direito do trabalhador perante o empregador, “mas sim um *dever das entidades empregadoras perante o Estado* que se articula com um direito subjetivo público dos trabalhadores”. Assim sendo, a supressão dos feriados “não tem a virtualidade de constituir uma ofensa a direitos dos trabalhadores”. Acerca desta eliminação, portanto, o TCP entendeu que não se constituía como uma restrição dos direitos do trabalhador, conforme consagrado na Constituição.

Quando à eliminação da majoração das férias, o TCP entendeu que tal mecanismo “não se destinava diretamente a incrementar a duração do período de férias”, que no caso continuava mantido o período de 22 dias úteis, “mas antes a combater o absentismo, associando à escassez de faltas ao trabalho o efeito benéfico da majoração do período de férias”. Assim, eliminar este incentivo, “em provável obediência aos objetivos de natureza econômica”, implicava em ponderações “que se inserem na esfera própria da atuação legislativa e cuja bondade não compete a este Tribunal avaliar”. O TCP entendeu, portanto, que a revogação do mecanismo não se inseria no âmbito de proteção do direito a férias nem do direito ao repouso, consagrados na Constituição.

(iv) despedimento por extinção do posto de trabalho. Esta modalidade de despedimento era já prevista no Código do Trabalho (artigo 367.º, n.º 1), e consiste na “cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada [na extinção de posto de trabalho], quando esta seja devida a motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, relativos à empresa”. O conteúdo de tais motivos encontra-se densificado também no referido Código.

As alterações previstas na Lei n.º 23/2012 encontravam-se previstas no MoU de 2011 e modificaram “os critérios legais para a seleção do posto de trabalho a extinguir”. Assim, foi alterada o pressuposto da verificação da “impossibilidade da subsistência da relação de trabalho”, que antes dependia da inexistência de posto de trabalho compatível e, a partir daquela lei, era transferida para o empregador a responsabilidade da definição do critério, sempre que houvesse “uma pluralidade de

postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico”. Além disso, foi eliminada a obrigação de colocação do trabalhador em posto compatível com a sua categoria profissional.

No entendimento do TCP, há uma “radical mudança de orientação”, quando “a norma impugnada “delega” no empregador a tarefa de definição do(s) critério(s) que deve(m) presidir à seleção do trabalhador a despedir, estabelecendo apenas diretrizes a observar”, mas sem a “indicação legal rigorosa de parâmetros condicionantes e limitativos pode impedir a possibilidade de subjetivação da escolha”. E, assim sendo, o TCP concluiu que a alteração dada ao n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho, viola a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada na Constituição.

Acórdão n.º 413/2014 (Sobre a Lei Orçamentária de 2014)

Trata-se de pedidos formulados por dois grupos de membros do Parlamento no âmbito dos processos n.º 14/2014, 47/2014 e 137/2014⁹⁴⁸ que, em geral, se referem à apreciação e declaração da inconstitucionalidade das normas contidas nos artigos 33.º (redução remuneratória), 75.º (complementos de pensão), 115.º (contribuição sobre prestações de doença e de desemprego) e 117.º (pensões de sobrevivência dos cônjuges e ex-cônjuges) da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro de 2013, que aprova o Orçamento do Estado para 2014⁹⁴⁹.

Trata-se de acórdão que guarda íntima similitude com os anteriormente analisados, por pelo menos três razões: (i) é mais um extenso acórdão do TCP, e isso se dá não apenas em razão da longa exposição do tribunal, mas também pela complexidade das questões e o vasto rol de fundamentações apresentadas pelos requerentes; (ii) parte significativa das fundamentações se alicerçam em princípios (dentre estes, principalmente, o da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança), enquanto corolários “do princípio do Estado de direito democrático”; (iii) as dúvidas quanto ao caráter temporário das medidas; e, ainda, (iii) o “argumento da crise” e da

⁹⁴⁸ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>.

⁹⁴⁹ Versão original da LOE/2014 disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=2043&pagina=2&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=. Versão atualizada disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2043&tabela=leis.

necessidade de resguarda do interesse público continua presente.

Especificamente quanto à nova previsão legislativa orçamentária de supressão de pagamento (com variações entre 2,5% a 12%) a ser aplicada aos trabalhadores do setor público com salários superiores a 675 euros, a estes novos cortes – além de substituírem os percentuais dos cortes aplicados entre os anos de 2011 e 2013 – e que variaram entre 3,5% e 10%, dos salários superiores a 1.500 euros –, foram agregadas medidas, também anteriormente aplicadas, como a proibição de elevar os salários com base em promoções ou progressões de carreira.

Dentre os fundamentos do requerimento, destaco:

(i) a restrição do direito constitucional à retribuição, em face da diminuição da contrapartida remuneratória pelo trabalho prestado, sem uma “justificação bastante para fazer ceder o bem constitucional”;

(ii) O caráter “puramente retórico” da afirmação expressa do “caráter transitório das reduções remuneratórias em causa”; pois foi “claramente abandonada toda e qualquer delimitação temporal do respetivo alcance”;

(iii) Trata-se de medida adicional de sacrifício (redução remuneratória) aplicada “pelo quarto ano consecutivo aos trabalhadores do setor público”, não sendo cabível justificar a medida, como o foi em 2011, pela “eficácia que assegura em confronto com reformas que pudessem requerer mais tempo”;

(iv) As reduções aplicadas nos anos anteriores eram já significativas (salários acima dos 1500 euros), mas as atuais incidem também “sobre titulares de vencimentos muito mais baixos, já não longe do salário mínimo, com impacto mais gravoso nas suas vidas (e em concreto, aditando-se aos demais já suportados)”;

(v) Especificamente quanto às normas do artigo 75.º, estas “contém soluções legislativas manifestamente assistemáticas e desenquadradas de qualquer esforço global de sustentabilidade do sistema público de proteção social”.

A fundamentação da decisão do TCP começa a se alicerçar a partir de um “enquadramento preambular” comum aos acórdãos anteriormente analisados e tem por primeiro ponto que

a orientação estratégica prevista na Proposta de Orçamento do Estado para 2014 [...] prossegue o esforço de consolidação orçamental previsto no programa de ajustamento económico e financeiro (doravante: «Programa») acordado entre o governo português e o FMI, a Comissão Europeia e o BCE, nos termos do qual os limites quantitativos para o défice

orçamental em 2012, 2013 e 2014 foram inicialmente fixados em 4,5%, 3,0% e 2,3%, respetivamente.

Assim, o TCP mantém o entendimento de que a aplicação das medidas era parte de um processo de ajustamento e uma exigência da consolidação orçamental do Estado. Segundo o Governo português (Relatório do OE para aquele exercício), o ano de 2014 seria de transição “entre o Programa de Ajustamento Económico [o PAEF] e o novo enquadramento orçamental a que estão sujeitos os países da União Europeia e, mais especificamente, os países da área do euro”, como também que, “paralelamente ao Programa [– isto é: o PAEF –], Portugal [se] encontra sujeito a um procedimento de défice excessivo”.

Mas, quanto ao caráter temporário, este sofreu uma alteração significativa, porque não mais incidia sobre a totalidade das medidas. Isto porque a LOE/2014 previa expressamente “medidas permanentes de redução da despesa”, e, dentre estas, as relativas “às despesas com o pessoal e o conjunto das medidas respeitantes às prestações sociais”.

Deste modo, medidas “transitórias” do exercício financeiro de 2011 foram substituídas por medidas permanentes, e inseridas no âmbito do “seu natural desenvolvimento”. Através destas, foi estimulada a redução do número de trabalhadores públicos, através de acordos voluntários entre funcionários e o Estado português. Aos meus olhos, numa lógica interpretativa e decisória que resguarda os padrões de segurança e estabilidade jurídica cabíveis a um tribunal constitucional, apesar de algumas mudanças no contexto geral em que os requerimentos foram impetrados, o TCP elaborou comparativos entre os contextos, mas não fundamentou sua decisão desconsiderando os seus próprios precedentes.

Ao contrário, continuamente foram referidos os acórdãos relativos às LOEs do íterim 2011-2013, que guardavam com o presentemente analisado muitas semelhanças, mas também significativas divergências. Dentre estas

Por força do n.º 1 do artigo 33.º da Lei 83-C/2013, a redução remuneratória imposta aos trabalhadores do setor público desde 2011 transita, assim, para 2014 com relevantes modificações tanto subjetivas como objetivas, consistindo estas, por um lado, no alargamento do universo dos sujeitos afetados em razão do valor da remuneração auferida, e, por outro, na intensificação da medida da redução imposta aos titulares de retribuições já atingidas pelo regime constante das Leis n.º 55-A/2010, 64-B/2011, e 66-B/2012.

Deste ponto de vista, o alcance inovatório do n.º 1 do artigo 33.º da Lei 83-C/2013 traduzir-se-á na imposição, pela primeira vez, de uma redução remuneratória aos trabalhadores do setor público que auferem rendimentos salariais de valor compreendido entre € 675 e € 1.500 e no concomitante agravamento, para o quarto ano consecutivo da respetiva vigência, da afetação da remuneração base mensal a que os trabalhadores do setor público com rendimentos salariais de valor superior a € 1.500 se encontram sujeitos desde 2011. (sem grifos no original)

Contudo, segundo o TCP, as normas do n.º 1 artigo 33.º da LOE/2014 tinham “uma configuração diversa daquela que foi anteriormente objeto de um juízo de não constitucionalidade”. Isto porque, a legislação *sub examine* alargava o universo dos trabalhadores afetados pela medida de redução salarial, ao atingir titulares de retribuições salariais a partir de € 675, “operando uma intensificação da medida do sacrifício”.

Assim, o TCP reconheceu o “alcance inovatório” da norma, que no entendimento do tribunal correspondia a “uma realidade jurídica incindível, pelo que não poderá ser objeto de limitação de efeitos relativamente ao segmento ideal de redução remuneratória para que se reconheceu existir anteriormente fundamento constitucional bastante”.

De todo modo, tal qual o acórdão anteriormente analisado, foi atribuída a este a eficácia *ex nunc*, sob o mesmo argumento da decorrência de um “amplo período de execução orçamental”. Uma vez assim não decidido, implicaria, em relação aos destinatários da norma “o reembolso da totalidade das verbas”, algo que necessitaria ser evitado face o impacto na poupança líquida de despesa pública do Estado. Enfim, o TCP declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral:

- i) das normas do artigo 33.º, por violação do princípio da igualdade;
- ii) das normas do artigo 115.º, n.ºs 1 e 2, por violação do princípio da proporcionalidade;
- iii) das normas do artigo 117.º, n.ºs 1 a 7, 10 e 15, por violação do princípio da igualdade.

E, dediciu por não declarar a inconstitucionalidade das normas do artigo 75.º.

Não obstante a relevância das matérias *sub examine*, a apreciação deste acórdão aponta para três aspectos significativos para o argumento desenvolvido nesta tese. Primeiro, o de que a decisão pela inconstitucionalidade das normas, nos termos afirmados pelo TCP, fundamentou-se essencialmente em princípios.

Este é um “caminho” não isento de críticas porque pode ser interpretado (não sem fundamento) como uma espécie de “fuga principiológica” do TCP relativamente à jurisprudência da crise. Esta é uma linha de investigação que tem sido escrutinada pela Professora Alessandra Silveira, e, em suma, se funda na possível “dificuldade de os tribunais corresponderem à ativação judicial de direitos sociais individualmente considerados”⁹⁵⁰. Contudo, é também a partir de reflexões recentes da autora supramencionada, que, aos meus olhos, se pode lançar uma luz sobre as possibilidades de aplicação dos princípios, compreendidos para além do seu sentido axiológico, ou seja, no caso em análise, também por sua natureza jurídica de norma constitucional.

O segundo aspecto foi o de que, dentre os acórdãos que versaram sobre a (in)constitucionalidade das leis orçamentárias, este parece ter sido o que maiores divergências gerou no TCP, e assim o afirmo a partir do grande número de declarações de votos vencidos. Dentre estes, destaco o da excelentíssima juíza Maria de Fátima Mata-Mouros que, em discordância à decisão que pugnou pela inconstitucionalidade da medida de redução de encargos com a cumulação de pensões, abre o debate que será apreciado no tópico 3.9 desta tese. Segundo a magistrada:

Pode discordar-se da opção do Governo, ou considerar que o preceito não é claro ou é pouco feliz. Pode considerar-se que o legislador podia ter ido mais ou menos longe, tendo em conta o objetivo de redução da despesa. Mas daí não decorre a inconstitucionalidade da norma. Não cabe ao Tribunal Constitucional apreciar a bondade da opção elegida pelo legislador democraticamente legitimado – apenas ajuizar se as medidas são conformes à Constituição. (sem grifos no original)

Acórdão n.º 574/2014 (Sobre cortes salariais no período 2014-2018)

Trata de pedido de fiscalização de constitucionalidade requerido pelo Presidente da República, para que o TCP apreciasse as normas (n.º 1 a 15 do artigo 2.º e n.º 1 a 3 do artigo 4.º) do Decreto n.º 264/XII da Assembleia da República, recebido na Presidência da República para ser promulgado como lei⁹⁵¹.

Dentre os dispositivos previstos na norma que cumpriu ao TCP apreciar,

⁹⁵⁰ SILVEIRA, A. (2017) Da ativação judicial de direitos fundamentais sociais na União Europeia – desafios da democracia em tempos de austeridade e desalento. In ROCHA, M. E. (Coord.) *O alcance dos direitos humanos nos estados lusófonos*. Superior Tribunal Militar. Brasília. [no prelo]

⁹⁵¹ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140574.html>.

destaco aquele que, além de ter sido comum a todos os pedidos de fiscalização de constitucionalidade nas leis orçamentárias aqui analisadas (2011-2014), figura dentre os mais controversos (no plano jurídico, político e social) da jurisdição da austeridade portuguesa: a redução remuneratória.

A partir do Decreto *sub examine*, vê-se a reiteração (quase literal) de conteúdos previstos nas LOEs supramencionadas, dentre estes:

1. São reduzidas as remunerações totais ilíquidas mensais das pessoas a que se refere o n.º 9, de valor superior a €1500, quer estejam em exercício de funções naquela data, quer iniciem tal exercício, a qualquer título, depois dela, nos seguintes termos:

- a) 3,5% sobre o valor total das remunerações superiores a €1500 e inferiores a €2000;*
- b) 3,5% sobre o valor de € 2000 acrescido de 16% sobre o valor da remuneração total que exceda os € 2000, perfazendo uma redução global que varia entre 3,5% e 10%, no caso das remunerações iguais ou superiores a €2000 até €4165;*
- c) 10% sobre o valor total das remunerações superiores a €4165.*

Contudo, o referido Decreto contemplou, ainda, uma “reversão gradual da redução remuneratória temporária”, a incidir a partir do ano seguinte (2015), mas condicionando o percentual de tal reversão (a partir de 2016), “em função da disponibilidade orçamental”. O prazo máximo para a reversão total foi estabelecido como de quatro anos, e assim, as reduções remuneratórias (incidentes desde 2011) a partir de então poderiam perdurar até o ano de 2018. Em suma, e de acordo com a fundamentação do TCP:

A leitura conjunta dos dois artigos conduz à ideia de que se combina (a) uma redução remuneratória aplicável no ano de 2014 aos trabalhadores pagos por verbas públicas igual à que vigorou até 2013, com (b) uma redução remuneratória equivalente a 80% desta, em 2015, e com (c) um programa normativo, orientado para o fim das reduções remuneratórias que vêm atingindo aqueles trabalhadores, nos três anos subsequentes.

Isto posto, este tópico se encaminha para o seu termo, retomando o primeiro aspecto que fora analisado (e destacado) no domínio dos cortes salariais da legislação da austeridade: a questão do carácter transitório de tais medidas, ou da sua suposta “provisoriedade permanente”.

Desde 2011, em todas as análises precedentes, tanto os fundamentos dos pedidos de fiscalização da constitucionalidade quanto os entendimentos do TPC ponderaram sobre a temporalidade das medidas de cortes salariais. O advento do

Decreto rompeu com uma legítima “expectativa de melhoria da situação remuneratória dos trabalhadores pagos por verbas públicas (destinatários da norma), consubstanciada na reversão das reduções salariais a que vêm sendo sujeitos desde 2011”.

Legitimam esta expectativa o cumprimento pelo Estado Português do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF) e o consequente termo do seu quadro de vigência, assim como as melhorias da situação económico-financeira, refletidas em vários indicadores e, sobretudo, nas previsões do Governo contidas no Documento de Estratégia Orçamental 2014-2018 (DEO): crescimento do produto interno bruto (PIB), redução da taxa de desemprego, previsão de aumento da procura externa, nomeadamente.

Quanto ao ano de 2015, o TCP sublinhou que ainda perduravam os efeitos do PAEF, bem como se fazia sentir “o efeito do procedimento de défice excessivo”. Logo, permaneceu o entendimento acerca da “relevância do interesse público subjacente”.

Todavia, quanto ao triênio 2016-2018, o TCP firmou o entendimento de que as reduções salariais pretendidas careciam de outro fundamento, ou seja, não mais o mesmo que, em grande parte, embasou as decisões desde o ano de 2011 (situação de emergência). Ademais, vários indicadores econômicos apontavam para uma melhoria da situação econômico-financeira de Portugal.

Também quanto à incidência dos cortes salariais apenas aos trabalhadores pagos por verbas públicas, o TCP entendeu que tal disposição não se justificava à luz do princípio da igualdade, nem era “constitucionalmente admissível que a estratégia de reequilíbrio das finanças públicas assente na redução da despesa por via da continuação do sacrifício daqueles mesmos trabalhadores”. O Tribunal entendeu, ainda, que tal medida de diferenciação e que permite “a subsistência, por mais três anos, de uma redução remuneratória que pode ser igual a 80% daquela que vem vigorando desde 2011, ultrapassa os limites do sacrifício adicional exigível aos trabalhadores pagos por verbas públicas”. E, assim sendo, o TCP decidiu pela inconstitucionalidade das normas conjugadas dos artigos 2.º e 4.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição.

Dos arremates do presente acórdão, depreende-se, ainda, uma provocação importante:

Sublinhamos que não se pretende, evidentemente, pôr em causa a boa fé ou a “reta intenção”

do Governo, que terá genuína vontade de que as coisas se passem como prevê. Não se formula um juízo subjetivo sobre a intenção do legislador, antes se verificando, simplesmente, que a norma não garante, por força da sua própria formulação, que as coisas se passem, inevitavelmente, como ela estabelece – rectius, como a Nota Técnica explicita.

Assim, a sustentação do argumento que defende a atuação dos tribunais como uma perspectiva de salvaguarda da democracia, exige que se pondere, mesmo que sem a densidade que um tema tão rico pode encetar, sobre os limites da atuação da jurisdição constitucional e a sua suposta ilegitimidade democrática.

3.7.2. Os debates sobre a jurisdição constitucional e os limites de atuação dos tribunais

É profícua a discussão sobre se é possível (e até que ponto) a jurisdição constitucional pode servir-se de mecanismos jurídicos para resguardar a dignidade humana e os direitos fundamentais. Embora não posta nestes termos, esta era uma preocupação presente nas reflexões de Mauro Cappelletti e assinalada por Mac-Gregor quando analisa uma das últimas obras do pensador italiano⁹⁵². As preocupações de Cappelletti aqui servem de referência porque não perspectivavam apenas as funções ou a forma de controle exercida pelos tribunais constitucionais, mas se voltavam também para questões como a legitimidade democrática e o caráter político e/ou “criativo” das decisões dos juízes constitucionais⁹⁵³.

Estes eram temas que rondavam os debates jurídicos no cenário italiano no início dos anos de 1980, e Mauro Cappelletti sustentava a tese de que a “criatividade” do juiz constitucional é mais elevada que a do juiz comum, porque o primeiro opera “com padrões de princípio” e a sua interpretação inevitavelmente tem um considerável grau de discricionariedade, sobretudo quando se refere a direitos fundamentais e liberdades públicas⁹⁵⁴.

Vê-se em cada uma das ponderações supra, elementos importantes no

⁹⁵² MAC-GREGOR, E. F. Resenha bibliográfica da obra CAPPELLETTI, M. (2007) La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo. México: Porrúa-UNAM. Facultad de Derecho. In *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Direito Constitucional*. N.º 21. Disponível em <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5899/7842>.

⁹⁵³ *Idem*.

⁹⁵⁴ *Idem*.

argumento aqui proposto, que aponta a atuação dos tribunais, mormente os constitucionais, como uma possibilidade de resguardo da democracia, que a protege de retrocessos que ponham em risco a sua manutenção efetiva e real.

O debate aqui proposto não tem por pano de fundo um cenário isento de tensões. No contexto de crise, as cobranças em torno de um desempenho mais ativista dos tribunais constitucionais coexistiram com os questionamentos sobre os seus limites de atuação. No intuito de pontuar os parâmetros nesta tese adotados, cabe uma breve reconstrução da trajetória percorrida pelo direito constitucional europeu nas últimas décadas.

Sob este aspecto, sirvo-me das lições de Luis R. Barroso, que o faz a partir de três marcos: o histórico, o filosófico e o teórico⁹⁵⁵. Na primeira dimensão, o autor se refere à “reconstitucionalização da Europa”, que imediatamente no período pós-guerra redefiniu o lugar/influência da Constituição sobre as instituições e aproximou o constitucionalismo da democracia. Não por acaso, este foi o período marcado pela “reconstrução dos direitos humanos” – na expressão utilizada por Celso Lafer⁹⁵⁶ – fortemente vinculada à afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, e que conforme já aventado impõe “limites e atuações positivas ao Estado”⁹⁵⁷.

Na segunda, o autor se refere à abertura para o pós-positivismo, compreendido como um rótulo genérico das reflexões que buscam ultrapassar a legalidade estrita, sem desprezar o direito escrito, bem como que se abre para uma leitura moral do direito, embora sem recorrer a categorias metafísicas⁹⁵⁸. A partir desta concepção, há a centralização dos direitos fundamentais e o direito se reaproxima da filosofia. Contudo, o pós-positivismo não deve ser considerado um paradigma acabado e hermético, e sim uma construção formativa de uma nova hermenêutica constitucional, que desenvolve “uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana”⁹⁵⁹. E, enfim, no plano teórico, no qual “três grandes transformações

⁹⁵⁵ BARROSO, L. R. (2006a) *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista Quaestio Juris. UERJ. V. 2. N.º 1. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/11641>.

⁹⁵⁶ LAFER, C. (1988) *A reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras.

⁹⁵⁷ BARROSO, L. R. (2006a) *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Op. cit. p. 33.

⁹⁵⁸ *Idem*. Ainda segundo Barroso, John Rawls (*A theory of justice*, 1980), Ronald Dworkin (*Taking rights seriously*, 1977), Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, 1993) e Albert Calsamiglia (*Postpositivismo*, 1998) foram pioneiros do debate pós-positivista. BARROSO, L. R. (2006a) *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Op. cit.

⁹⁵⁹ *Idem*.

subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional”:

(i) o reconhecimento de força normativa à Constituição, com a superação do modelo que vigorava até então na Europa – e “no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político” e sua concretização se mantinha condicionada “à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador”⁹⁶⁰. No modelo anterior não era reconhecido ao Judiciário o papel relevante na realização do conteúdo da Constituição como é cabível na contemporaneidade. Esta “reconstitucionalização” pode ser observada inicialmente na Alemanha, posteriormente na Itália, e mais tardiamente em Portugal⁹⁶¹ e na Espanha⁹⁶².

(ii) a expansão da jurisdição constitucional, pois antes de 1945 o modelo predominante na Europa era o da supremacia do Poder Legislativo, uma linha coerente com “a doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral”. Todavia, o período pós-guerra trouxe “não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição”.

A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. (BARROSO, 2006a, p. 8) (sem grifos no original)

(iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, que segundo o autor é decorrente da própria força normativa da Constituição. Não que as especificidades das normas constitucionais tenham superado os elementos “tradicionais da interpretação”, mas estes implicaram no desenvolvimento de “um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional”, cabível tanto à doutrina quanto à jurisprudência constitucional⁹⁶³.

Como não foi possível, nesta tese, escrutinar o vasto campo de

⁹⁶⁰ *Ibidem.* p. 7.

⁹⁶¹ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira confirmam a força normativa da Constituição e afirmam que está “definitivamente superada a ideia da Constituição como simples concentrado de princípios políticos”. CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. (1991) *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editores. p. 43.

⁹⁶² *Idem.*

⁹⁶³ BARROSO, L. R. (2006a) *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Op. cit. p. 12.

investigação da interpretação constitucional, aqui se destaca justamente aquele que relaciona a perspectiva de atuação dos tribunais com a primeira perspectiva na tese defendida: um dos símbolos marcadamente pós-positivismo é o reconhecimento da normatividade dos princípios⁹⁶⁴, e dentre estes se destaca o da dignidade da pessoa humana.

Com a “irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico” – o fenômeno que Barroso vai especificamente tratar como constitucionalização⁹⁶⁵ – por via jurisdição constitucional é possível declarar a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Constituição. Ao lado do amplo exercício de jurisdição constitucional, desde o século passado se verificou outro fenômeno que repercute e toca neste domínio e que passa aqui a ser tratado como a judicialização das questões relações políticas e sociais⁹⁶⁶.

A origem do termo ativismo judicial

No contexto de crise, os acórdãos do TCP receberam críticas no campo doutrinário para além dos seus impactos negativos nos direitos dos cidadãos. Isto se deu, em geral, por duas razões: porque as decisões seriam divergentes do compromisso daquela Corte com a “guarda” da Constituição ou porque foram consideradas como ativistas, dando ao termo uma conotação de cunho negativo.

As duas críticas não são discrepantes entre si porque, embora sob perspectivas distintas, apontam para as fragilidades de render aos tribunais o papel de “salvador” da democracia.

Assim, embora de modo menos aprofundado do que o tema requer – e que têm rendido inúmeras teses e dissertações autônomas – não convém passar ao largo de tal questão, que de pronto reacende a questão milenar da separação das funções públicas, remonta à teoria moderna de Montesquieu e ressoa na contemporaneidade como um eco do que o termo ativismo judicial tem provocado desde a sua relação com as decisões da Suprema Corte Americana na primeira metade do século passado.

⁹⁶⁴ BARROSO, L. R. (2006a) *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Op. cit. pp. 13ss.

⁹⁶⁵ Cabe a ressalva que o próprio autor reconhece que a constitucionalização pode ser compreendida em outras acepções, que não exatamente esta que usa por parâmetro.

⁹⁶⁶ BARROSO, L. R. (2006a) *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Op. cit. pp. 44ss.

Contudo, cabe o registro de que o pioneirismo norte-americano neste campo não principiou com o debate sobre o ativismo judicial. As reflexões sobre a tensão entre legislativo e judiciário podem ser vislumbradas desde o final do século XVII e persistem com vigor na doutrina constitucional contemporânea, o cenário em que a ampla discussão sobre o *judicial review* tem dentre seus expoentes Alexander Bickel, Bruce Ackerman, Mark Tushnet, Larry Kramer⁹⁶⁷ e Jeremy Waldron.

Dentre estes destaco o último, pois, embora enfrente criticamente a *judicial review*, dois dos seus argumentos são, em diferentes medidas, repetidos na vasta produção acadêmica a respeito do tema, e se referem ao conteúdo democrático de tal prática. O primeiro, o de que não há motivos para supor que os direitos seriam melhor protegidos pela *judicial review* da legislação, do que seriam pelas próprias legislaturas democráticas. E o segundo, o de que a revisão judicial é democraticamente ilegítima⁹⁶⁸.

Com a *devida vênia* de tão sumariamente referir a amplitude da argumentação engendrada pelo autor, a posição contrária de Jeremy Waldron se funda também no entendimento de que a revisão judicial é um mecanismo inadequado como modelo de decisão final em uma sociedade livre e democrática⁹⁶⁹. De todo modo, o autor não nega que as posições (pró e contra) o sistema do *judicial review* podem ser bem compreendidas, bem como argumenta que este é igualmente vulnerável ao ataque “nas duas frentes”⁹⁷⁰. Embora não pretenda contemplar todas as práticas que podem ser agrupadas sob o “título geral” de *judicial review*, o autor a analisa a partir da legislação americana, mas também a compara com outros ordenamentos jurídicos, sobretudo da Europa.

Ao que parece, é preciso ponderar que a atuação do judiciário tem limitações e um passo demarcatório nesse sentido é delimitar a análise à questão do ativismo judicial (sentido amplo) e de um termo muito em voga no contexto de crise, o da judicialização da política (sentido estrito)⁹⁷¹. Ambos são termos de difícil apreensão

⁹⁶⁷ SILVA, C. A. [et al] (2010) Saídas institucionais ou a força do processo democrático na prevalência da Constituição? *A&C Revista de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: ano 10. N.º 41. pp. 123-145. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/279/155>.

⁹⁶⁸ WALDRON, J. (2006) The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. 115:1346. Disponível em https://cdrl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf.

⁹⁶⁹ Idem.

⁹⁷⁰ *Ibidem*. p. 1353.

⁹⁷¹ Sobre a distinção entre os termos, ver: BARBOZA, E. M. Q. (2010) Judicialização da política: um fenômeno jurídico ou político? *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte. Ano 10. N.º 39. pp. 113-126.

semântica, porque abertos a múltiplos sentidos. Tanto que é comum, dentre os autores que tratam do tema, estabelecer algumas premissas indicativas de a qual fenômeno se referem ao mencionar o termo⁹⁷². Assim, numa licença quase poética, não é desprovida de sentido a ideia de que o ativismo judicial, como a beleza, está frequentemente nos olhos de quem o vê⁹⁷³.

De todo modo é possível demarcar um ponto de partida teórico e a sua origem pode servir de referência. O primeiro uso registrado do termo é atribuído ao colunista norte-americano Arthur Schlesinger, que em um artigo de uma revista popular (*Fortune Magazine*/1947) o introduziu ao público quando perfilou todos os nove juízes da Suprema Corte e os dividiu entre “*Judicial Activists*” (Black, Douglas, Murphy e Rutledge), “*Champions of Self Restraint*” (Frankfurter, Jackson e Burton) e os “*Middle group*” (Reed e Vinson). O contexto histórico era do pós-*New Deal*, conjunto de políticas contra o qual nenhum dos juízes abertamente questionou a constitucionalidade, mas se dividiram sobre a interpretação da legislação conforme o padrão do “bom funcionamento do judiciário em uma democracia”⁹⁷⁴.

Keenan D. Kmiec depreende que a partir das análises de Arthur Schlesinger aquelas divergências interpretativas dos juízes apontavam para as visões do mundo legal distintas que os mesmos seguiam. O primeiro grupo (ativista) defendia que a Suprema Corte poderia desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social e se voltava para a resolução de casos particulares de acordo com suas próprias pré-concepções sociais. O raciocínio jurídico poderia ser maleável e ele atribuiu esta visão às raízes na *Yale Law School*, com a qual os juízes Black e Douglas tinham fortes laços. O segundo grupo (auto-restrição) resguardava o autocontrole judicial, mesmo que isso implicasse em manter decisões danosas a particulares. O judiciário deveria se manter num lugar limitado conforme estabelecido naquele contexto do sistema americano. Segundo estes, as leis teriam significados rígidos e os desvios seriam inadequados⁹⁷⁵. Quando Schlesinger sugere uma análise nos moldes “*the layers of the*

⁹⁷² Tushnet é um autor que reiteradamente se refere ao que “eu entendo”, “eu chamo”, “eu examino”. TUSHNET, M. V. (2003) *Alternative Forms of Judicial Review*. *Georgetown University Law Center*. Reprinted from *Michigan Law Review*. V. 101. N.º 8. Disponível em <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1247&context=facpub>.

⁹⁷³ LINDQUIST, S. A.; CROSS, F. B. (2009) *Measuring judicial activism*. New York: Oxford University Press.

⁹⁷⁴ KMIIEC, K. D. (2004) *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. *California Law Review*. Vol 2. Issue 5. Article 4. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>

⁹⁷⁵ KMIIEC, K. D. (2004) *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. ,Op. cit.

Clash” ele tem o grande mérito de utilizar o termo “ativismo judicial” para transmitir ideias fundamentais sobre direito, política e o papel judicial como se percebe na análise a partir de

juízes não eleitos versus estatutos democraticamente promulgados; Julgamento orientado a resultados versus tomada de decisão baseada em princípios; Uso estrito versus criativo do precedente; Supremacia democrática versus direitos humanos; Lei versus política; E outras dicotomias igualmente fundamentais. (KMIEC, 2004, p. 1449)

Contudo, ainda segundo Keenan Kmiec, a abordagem de Schlesinger tem uma limitação importante quando ele não define qual seria o conteúdo de uma decisão ativista. Este é um sintoma que persiste na contemporaneidade e aproxima as suas elaborações do presente, embora com um traço distinto do que Schlesinger apontava: hoje o termo perdeu muito do seu sentido positivo. Assim, se nos primeiros usos o termo “ativista judicial” tinha uma conotação muito parecida com a de “ativista dos direitos civis” hoje ela se aproxima mais da ideia de “uso indevido de autoridade”⁹⁷⁶ e a adoção de uma determinada “filosofia judicial”⁹⁷⁷, nos termos propostos por Richard Posner, pode classificar um magistrado como um seguidor ou desvirtuador da lei.

Isso porque no passado às atuações da Suprema Corte americana eram pontuais e com um histórico relacionado a bandeiras conservadoras relativas a situações que hoje ressoam como claramente passíveis de invalidação da lei, como por exemplo, a política de apoio à segregação racial (*Dred Scott v. Sandford*) e no início do século o legendário caso *Lochner v. New York*, que culminou no confronto do então presidente Roosevelt e a Corte⁹⁷⁸. Atualmente, porém, o termo ativismo é tão associado a uma conotação negativa que não é incomum observar algumas decisões judiciais sendo acusadas de ativistas. A acusação nem sempre vem justificada do “por que” e acaba por recair numa retórica contraproducente⁹⁷⁹.

Para sustentar a defesa da perspectiva de atuação dos tribunais cabe

⁹⁷⁶ KMIEC, K. D. (2004) *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. Op. cit.

⁹⁷⁷ POSNER, R. A. (2009) *Para além do direito*. Op. cit. p. 135.

⁹⁷⁸ Neste último caso, em nome da liberdade de contrato, a Suprema Corte julgou inconstitucional uma lei que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. A decisão teve tamanho impacto que passou a servir de fundamento para inúmeras outras e esse período passou a ser conhecido como a Era *Lochner*. BARROSO, L. R.. (2009a) *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva. p. 387.

⁹⁷⁹ CONTINENTINO, M. C. (2012) *Ativismo judicial*. Proposta para uma discussão conceitual. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 49 n. 193. p. 145.

demarcar – dentre as possibilidades de se observar esse mesmo fenômeno – duas linhas argumentativas que se sobressaem quando contestam a atuação proativa do poder judiciário. Em geral estas se referem a duas correntes argumentativas: a primeira, mais tradicional, assenta no princípio da separação dos poderes e a segunda finca raízes em numa suposta ilegitimidade democrática.

Um conjeturado déficit democrático do poder judiciário

A crítica que assenta na premissa de que o ativismo judiciário *per si* é antidemocrático merece ser posta em suspensão. A intervenção do poder não eleito mediante voto sobre as leis elaboradas e sancionadas pelos poderes democraticamente eleitos não é necessariamente danosa à democracia.

Primeiro, não se pode avaliar “as credenciais democráticas” com base apenas na observação de que os juízes não são eleitos, pois isto seria limitar a análise e não reconhecer a complexidade das instituições democráticas⁹⁸⁰. A independência judicial numa democracia pode ser determinante para proteger direitos e preservar as condições “essenciais de funcionamento do Estado democrático”⁹⁸¹. Ao mesmo tempo, o Estado de direito democrático é o ambiente propício para um judiciário forte e autônomo, que prescinde da aprovação numérica de uma maioria.

Segundo porque embora não investido por critérios eletivos, o judiciário (como os demais poderes) se funda no Estado democrático de direito e exerce suas funções em nome do povo⁹⁸². A “investidura democrática” do juiz constitucional de fato não se funda (e nem deve fundar-se) na “investidura política”, mas no que Cappelletti denominava de garantias da “justiça natural”, neste caso, resguardada por decisões motivadas e, por assim o serem, passíveis de controle da opinião pública⁹⁸³. Ainda

⁹⁸⁰ EISGRUBER, C. L. (2002) *Constitutional self-government and judicial review: a reply to Five critics*. University of San Francisco Law Review, 37:115. pp. 119-131. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/usflr37&div=14&id=&page=>

⁹⁸¹ BARROSO, L. R. (2006a) Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Op. cit. p. 47

⁹⁸² BARROSO, L. R.. (2009a) Curso de Direito Constitucional contemporâneo. Op. cit.

⁹⁸³ MAC-GREGOR, E. F. (2009) Resenha bibliográfica da obra CAPPELLETTI, M. Op. cit. No sentido de que o tribunal não é um órgão político, mas um órgão de “relevo político”. URBANO, M. B. (2013) *Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional*. In GONÇALVES, P. [et al] A crise e o direito público. VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público. Pp. 7-31. Lisboa: Instituto de Ciências-Jurídico Políticas.

assim, de tão amplo, o tema do papel político dos tribunais⁹⁸⁴ está além dos objetivos pretendidos nesta tese, mas nem mesmo essa limitação permite que esta seja uma questão ignorada.

E terceiro porque a democracia não pode ser resumida a majoritarismo porquanto é “governo de todo o povo”, e uma maioria é, por definição, apenas uma fração deste povo⁹⁸⁵. Assim, o majoritarismo minucioso e implacável é que seria, nestes termos, antidemocrático, de modo que a regra da maioria, embora pragmaticamente útil, não constitui por si só uma democracia⁹⁸⁶ em que outros tantos princípios precisam ser preservados. Ademais, replicam-se os casos em que certos grupos de pessoas (porventura eleitoralmente insignificantes) são afetadas por decisões coletivas ou em que grupos eleitorais tenham uma influência desproporcional, de modo que as decisões eleitorais podem registrar o que Richard Bellamy denominou de “falsos positivos” ou “falsos negativos”⁹⁸⁷.

democracia não é sinônimo de regra majoritária e a história é pródiga em exemplos de maiorias totalitárias a democracia exige mais do que apenas aplicação da regra majoritária é preciso que juntamente com ela sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos. (BARCELLOS, 2011, p. 266)

Por oportuno, cabe aqui uma distinção entre cidadãos e eleitores, universos humanos que não necessariamente se confundem. Os “eleitores” (assim como os legisladores) trazem em si uma forte carga política que os condiciona a tomar decisões com base em interesses particulares, conquanto o “povo”, nas dimensões dos Estados contemporâneos, não tem mais o poder de agir de maneira direta, porque o faz através das suas instituições democráticas⁹⁸⁸. Das lições de Christopher Eisgruber se pode aferir que, apesar das suas imperfeições, o controle de constitucionalidade serve também ao fim de corrigir as imperfeições dos eleitores e dos governantes frente ao

⁹⁸⁴ Uma rica comparação entre os papéis desempenhados pelos tribunais, sob a perspectiva comparativa se vê em FINCK, D. E. (1997) *Judicial Review: The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court*. Boston College International and Comparative Law Review. V. 20. Issue 1. Article 5. Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1250&context=iclr>.

⁹⁸⁵ EISGRUBER, C. L. (2002) *Constitutional self-government and judicial review*. Op. cit..

⁹⁸⁶ *Idem*.

⁹⁸⁷ BELLAMY, R. (2013) *Democracy as Public Law: The Case of Constitutional Rights*. Special Issue: Constitutional Reasoning. German Law Journal. V. 14 N.º 08. pp. 1017-1038. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2313060.

⁹⁸⁸ *Idem*

povo.

Neste domínio, no acórdão do TCP n.º 396/2011, o próprio Tribunal se serviu do argumento da “aprovação das medidas, por maioria democrática, no órgão legislativo legitimado pelo princípio democrático de representação popular”. Ao que parece, naquele caso concreto, o Tribunal Constitucional se eximiu de declarar a inconstitucionalidade porque não teria o mesmo tipo de legitimidade direta do voto popular⁹⁸⁹. Contudo, a questão que tem desafiado a doutrina e a jurisprudência pode ser posta em outros termos: “por que se deveria transferir ao judiciário a competência para examinar a validade de decisões dos representantes do povo?”⁹⁹⁰ Adiante, parece que Barroso indica uma resposta:

o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E muitas vezes só restará o judiciário para preservá-los [...] O papel do judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. (BARROSO, 2009, p. 390)

Assim, sob o pálio da Constituição, a postura proativa dos Tribunais pode servir de catalisador funcionalmente democrático entre os avanços de uma maioria (representada, por exemplo, no poder legislativo) e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, sejam estes partes ou não da maioria em questão. Não implica em desrespeito à Constituição, mas ao contrário pode servir a esta de guardião⁹⁹¹.

Quanto à questão de saber se este tipo de atuação implicaria numa afronta à Separação dos Poderes, é preciso ponderar sobre o princípio com cautela, pois a separação dos poderes somente em teoria pode parecer harmônica. Esta é uma linha defendida por Luis R. Barroso quando disserta sobre “os espaços de interseção e fricção” entre o judiciário e demais poderes e se associa também à participação mais intensa do primeiro no espaço de atuação dos demais⁹⁹². Em sentido similar Lênio

⁹⁸⁹ Uma análise minuciosa da Lei Orçamentária do Estado português ver em MARTINS, A. (2014) *A jurisprudência constitucional sobre as leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade da LOE2014*. Coimbra: Almedina.

⁹⁹⁰ BARROSO, L. R. (2009a) Curso de Direito Constitucional contemporâneo. Op. cit. p. 88.

⁹⁹¹ Sobre o Tribunal Constitucional alemão como “guardião supremo da Constituição” ver FINCK, D. E. (1997) *Judicial Review: The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court*. Op. cit.

⁹⁹² BARROSO, L. R. (2009) *Interpretação e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva.

Streck afirma que a relação clássica entre os poderes, bem como destes com a sociedade, auferiu novos contornos e proporções. De todo modo é possível inclusive afirmar que nem nas suas formulações clássicas o princípio da divisão dos poderes era uma “realidade constitucional”, sendo mais um modelo que teve o mérito de “localizar o problema da arrumação de forças e poderes nas questões de competência”⁹⁹³.

Assim, no âmbito do Estado de direito democrático contemporâneo, justamente em razão do seu compromisso com a Constituição, há “um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional”⁹⁹⁴. Este além de não ser um fenômeno necessariamente negativo é, até mesmo, desejável porque enquanto no Estado Social o foco é no Poder Executivo, e no Estado Liberal no Legislativo, ao menos no plano do *dever ser* no Estado de direito democrático as inércias dos demais poderes deveriam ser supridas pela atuação do Poder Judiciário⁹⁹⁵. Assim, Streck defende que o Estado de direito democrático “depende(ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos”⁹⁹⁶. Mas não se trata do que Habermas denominou de “gigantismo do Poder Judiciário” e a “invasão da política e da sociedade pelo Direito” e sim de uma atuação voltada para o “resgate dos direitos não realizados” em que é imprescindível observar os parâmetros dos limites dos instrumentos jurídicos previstos⁹⁹⁷.

Em sentido próximo, Paulo Rangel afirma ser o século XXI a era dos tribunais, do mesmo modo como o século XIX foi o século do legislativo⁹⁹⁸. O autor constata que, nas sociedades poliárquicas contemporâneas, cada vez mais os órgãos de governo típicos (Parlamento e Executivo) perdem a capacidade de resposta e de atuação e “os tribunais parecem ser as únicas instâncias que se mostram aptas a regular e a arbitrar conflitos sociais e, designadamente, conflitos sociais com uma carga política relevante”⁹⁹⁹.

⁹⁹³ CANOTILHO, J. J. G. (2001) *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora. p. 10.

⁹⁹⁴ STRECK, L. L. (2004) *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 19.

⁹⁹⁵ *Idem*.

⁹⁹⁶ STRECK, L. L. (2004) *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Op. cit. p. 44.

⁹⁹⁷ STRECK, L. (2000) *Hermenêutica jurídica e(m) crise* Op. cit. p. 33-40.

⁹⁹⁸ RANGEL, P. (2009) *O Estado do Estado*: Op. cit., p. 23 ss.

⁹⁹⁹ RANGEL, P. (2012) *Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade*. Uma leitura crítica do pensamento

Neste sentido, a projeção dos juízes e o “boom da litigação” pode ser apontado como um fenômeno mundial característico das democracias, que ratifica o acréscimo de demandas ao Judiciário tendentes a resolver litígios relacionados com políticas públicas na área de saúde, educação, etc¹⁰⁰⁰. Contudo, sob este aspecto não é exaustivo relembrar o que nesta tese já se reconheceu: ao que parece, o contexto de crise evidenciou certa dificuldade dos tribunais em lidar com a ativação judicial dos direitos sociais. E, ainda que, dentre as tendências do contexto de crise na democracia multinível europeia, foi a do significativo descrédito dos cidadãos relativamente à classe política na resolução dos (multifatoriais) problemas que se sucederam, bem como da eficiência da própria democracia. Este esvaziamento da segurança política – uma constatação que remete às teorias de Zolo e Bauman sobre o medo – teve dentre seus efeitos a transferência da confiança para os Tribunais¹⁰⁰¹.

No nível interno dos Estados-Membros este papel foi enfatizado a partir da análise de alguns acórdãos da “jurisprudência da crise”, em que o TCP foi acionado inclusivamente por atores políticos. A este nível, portanto, parece difícil sustentar o argumento de que a transferência de questões políticas para os Tribunais implicam numa usurpação de funções entre os poderes, afinal, se tratam de fenômenos jurídicos e também políticos.

Sob este prisma, cabe o registro de uma crítica proposta por Richard Bellamy, e direcionada aos que atribuem aos tribunais a capacidade de oferecer uma salvaguarda legítima contra as falhas democráticas¹⁰⁰², por terem os tribunais uma legitimidade democrática própria. Ao menos na perspectiva desta tese, não se defende uma maior legitimidade dos tribunais – em relação aos poderes legislativo e executivo – na salvaguarda da democracia. Tampouco se acredita que as cortes constitucionais sejam blindadas às pressões populares (mesmo que não eleitorais) e não possam decidir em sentido oposto aos interesses dos cidadãos. Sobre esta limitação, inerente às instituições que são compostas por seres humanos (com seus limites e contradições), já

“transconstitucional” de Marcelo Neves in Tribunal Constitucional – 35.º Aniversário da Constituição de 1976. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora. p. 23 ss.

¹⁰⁰⁰ Expressão utilizada por VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. (2007) Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*. V. 19. N.º 2. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso.

¹⁰⁰¹ Constatação encetada a partir de BRITO, W. (2017) *40/30 de Constituição e de Integração. A crise nacional e europeia da representação*. Op. cit.

¹⁰⁰² BELLAMY, R. (2013) *Democracy as Public Law: The Case of Constitutional Rights*. Op. cit.

se tratou quando escrutinadas as possíveis dificuldades de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O que nesta tese se defende é que os tribunais podem (e devem) atuar dentro das suas atribuições constitucionais em consonância com os demais poderes, até a medida em que estes últimos não infrinjam os preceitos constitucionais, ou que com seus atos não infrinjam (ou esvaziem) a democracia, que também aos próprios cabe preservar. Os tribunais não são mais, e definitivamente não me parecem menos, democráticos do que qualquer um dos poderes que compõem o Estado de direito.

O papel simbólico do juiz

A jurista alemã Ingebourg Maus analisa a expansão do controle da jurisdição constitucional à luz do conceito psicanalítico da *imago paterna* – segundo o qual, numa sociedade “órfã”, o poder judiciário pode se tornar uma espécie de “última instância de consciência da sociedade”. Como exemplo deste retorno à imagem do pai, a autora relata a experiência americana, que é plena de obras literárias que tratam de biografias dos juízes que fizeram suas histórias constitucionais na Suprema Corte e, em geral, são apresentados como “profetas” ou “deuses do Olimpo”. Na concepção da autora, num ambiente de veneração popular quase religiosa, o superego constitucional pode assumir traços imperceptíveis, que afastam seu método de interpretação enquanto guardião constitucional, e o direciona para o de garantidor da sua própria história jurisprudencial¹⁰⁰³.

Ao deparar-se com construções teóricas como a de I. Maus, o clássico *Elogio dei giudici* de Piero Calamandrei ou as construções pragmáticas contemporâneas de autores como Richard Posner, vê-se que a discussão sobre o papel real e apropriado dos juízes é questão distante de ser consensual. Para o último autor, a propósito, a discussão sobre este papel dos magistrados sempre ocupou um lugar destacado na teoria do direito anglo-americana, desde Hobbes a Blackstone e Dworkin¹⁰⁰⁴, e, seja qual for a abordagem, “o herói dessa narrativa é... heroico; todos os refletores apontam para o

¹⁰⁰³ MAUS, I. (1989) *Judiciário como superego da sociedade*. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, n. 58. p. 185-193.

¹⁰⁰⁴ POSNER, R. A. (2009) *Para além do direito*. Op. cit.

titânico magistrado”¹⁰⁰⁵.

Este é um risco inerente ao papel simbólico que os tribunais desempenham na sociedade e que o tem convertido a uma suposta solução (quase mágica) de todos os problemas sociais¹⁰⁰⁶. Um fenômeno que, se desregulado, pode ser nocivo, porque decorre da ideia de que o juiz e a lei são “as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados, socialmente perdidos” e pode sedimentar a invasão do judiciário na sociedade¹⁰⁰⁷. Segundo estudo coordenado pelo Professor Boaventura S. Santos, “a crise do estado-providência no terceiro período é basicamente uma crise do garantismo e daí a transferência compensatória da legitimação do sistema político para o Tribunal”¹⁰⁰⁸.

Os tribunais e os juízes podem desempenhar um papel simbólico no imaginário coletivo. Esta é uma constatação enunciada pelo constitucionalista e ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso quando analisa o fenômeno da ascensão do judiciário brasileiro após a Constituição de 1988.

Com a redescoberta da cidadania e a conscientização das pessoas em relação aos seus próprios direitos, houve uma mudança substantiva da sociedade com as instituições judiciais e os juízes e os tribunais “deixaram de ser um departamento técnico e especializado” e passaram a dividir espaço com o legislativo e o executivo inclusivamente no âmbito político¹⁰⁰⁹.

Assim, o papel destacado do poder judiciário em determinadas sociedades não é um fenômeno exclusivamente europeu e contemporâneo e pode inclusive ser atribuído a um contexto propício para tal ascensão, no qual os reclames à atuação deste poder são mais enfáticos e frequentes. Utilizando-me da questão proposta por Boaventura Sousa Santos “trata-se de um fenômeno novo ou apenas um fenômeno que, sendo velho, colhe hoje uma nova atenção pública?”¹⁰¹⁰ Neste sentido, uma grande crise econômica que coexiste com um crescente descrédito nas classes políticas

¹⁰⁰⁵ *Idem*. p. 116.

¹⁰⁰⁶ STRECK, L. (2000) *Hermenêutica jurídica e(m) crise* Op. cit. p. 45. E, ainda, STRECK, L. L. (2004) *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* Op. cit. p. 44.

¹⁰⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁰⁸ SANTOS, B. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. (1995) *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Op. cit.

¹⁰⁰⁹ BARROSO, L. R. (2009a) *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. p. 384. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva. p. 383. Segundo Barroso, portanto, embora quanto aos métodos de atuação e argumentação os órgãos judiciais sejam naturalmente jurídicos isso não retira deste poder a sua função também de natureza política.

¹⁰¹⁰ SANTOS, B. S.; MARQUES, M. L. L.; PEDROSO, J. (1995) *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Op. cit.

(legislativo e executivo) parece a fórmula perfeita para desencadear este processo no qual o “socorro” ao judiciário parece ser a única alternativa possível. Mas é preciso cautela.

Quando aqui se apresenta a atuação dos tribunais enquanto perspectiva de freio aos retrocessos democráticos assim não se decidiu por acreditar que, no âmbito complexo das democracias e do mundo contemporâneo, o direito tudo poderia resolver. Não é uma solução final.

Também por isso foram apresentados casos concretos de decisões do Tribunal Constitucional português – um Estado-Membro notadamente impactado no âmbito dos direitos – que não convergiram para o que aqui se defende como salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos. Mas foram essas mesmas decisões que lançaram algumas luzes sobre os critérios (e suas variações) adotados pelo TCP quando provocado a fiscalizar a constitucionalidade de leis que implicaram em retrocessos de direitos. Como parte do problema a enfrentar nesta esfera persistem as tensões entre as ordens jurídicas dos diferentes Estados-Membros e entre estes e seus próprios tribunais.

Conforme já afirmado não é um modelo de supremacia do poder judiciário que se propõe. De fato, o impacto que o desequilíbrio entre os poderes terá sob os sistemas democráticos é questão que somente o transcorrer das décadas há de demonstrar com maior clareza. Entretanto, factual e atualmente, é já perceptível o quanto este aspecto denuncia os novos contornos do papel e das expectativas dos cidadãos acerca dos poderes constituídos. O que se vê é que, numa proporção cada vez maior, a falta de respostas eficientes dos poderes legislativo e executivo às demandas sociais fortalece o protagonismo e a atuação de um poder judiciário que nem sempre tem respondido a tais expectativas.

De posse de todos esses elementos, não parece sensato defender, sobretudo em tempos de crise, a inércia ou afastamento do poder judiciário diante das demandas com ampla repercussão não apenas no âmbito econômico, orçamentário e, em se tratando de democracias e do *Welfare State*, primordialmente sociais. O redimensionamento das relações clássicas entre os Poderes dos Estados e o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) que passaram a figurar na arena política exigem um

transcender das funções clássicas do *checks and balances*¹⁰¹¹. Mas isso não impede de apontar esta atuação como uma perspectiva mesmo com seus limites e aporias.

¹⁰¹¹ Este é um posicionamento embasado claramente nas teses desenvolvidas e constatações apontadas por STRECK, L. (2000) *Hermenêutica jurídica e(m) crise* Op. cit.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta tese resultou da observação de uma situação-problema específica – a recente crise econômico-financeira no espaço da Europa integrada – que incidiu sobre a democracia nos seus distintos Estados-Membros e evidenciou o descompasso entre suas dimensões formal e material. Equalizar estas dimensões não é um problema genuinamente europeu nem contemporâneo. Mas entendi que havia pertinência e atualidade em tentar compreender por que razão e até que ponto democracias organizadas sob o refinado aparato do *Welfare State* e integradas num sofisticado sistema multinível (ainda assim!) tiveram os seus conteúdos materiais retraídos num contexto de crise. Nesta análise – que escrutina os riscos da descaracterização da democracia e continuamente inquire sobre os limites ou retrações democraticamente suportáveis –, o argumento se constrói e se ilustra com o caso da democracia multinível europeia nas primeiras décadas do século XXI.

É compreensível que se questione sobre os motivos de uma jurista brasileira contextualizar tal inquietação ao âmbito da União Europeia. Seria a pessoa não autorizada, no lugar inadequado? Penso que não. Neste caso, o lugar da fala é, ao mesmo tempo, conflituoso e confortável. Isto porque, desde as primeiras linhas, meu objetivo não foi elaborar uma tese original sobre o complexo e denso direito da União Europeia. A tese se delinea a partir do olhar de uma latino-americana que, durante o período de crise, vivenciou a Europa e estava no território onde as coisas aconteciam. Assim, o meu olhar sempre foi peregrino¹⁰¹². As experiências vivenciadas, enquanto investigava questões que diziam respeito à história e constituição da UE, seus progressos e posterior crise, propiciaram uma experiência *in loco*: o ouvir as pessoas, as trajetórias de vida, os jornais, enfim, “o mundo da vida”. E não só aí reside este “estar/falar e ser no mundo” de modo particular. Quando pondero sobre a União Europeia, sobre o aparato jurídico que a sustenta, sobre os seus cidadãos, não me refiro como “nós” e sim como “eles”, os “europeus”, embora esses “outros” fossem praticamente “todos” que tinha em volta. É mesmo esse “olhar estrangeiro” – com seus

¹⁰¹² Refiro-me aqui à experiência vivenciada, durante o período do Doutorado, de residir em três diferentes Estados-Membros da UE (Portugal, Itália e Irlanda). Assim, além da permanência em Portugal, me foi proporcionado um período de mobilidade, através do Programa *Erasmus Placements* no Centro de Investigações *Jura Gentium*, da Universidade de Florença-Itália. E, posteriormente, um período de estudos em Dublin-Irlanda.

encantos, estranhamentos, conclusões e perplexidades – o meu ponto observacional.

Do termo inicial da investigação (2012) até o ano em que estas linhas últimas são redigidas (2017) o contexto da União Europeia e mundial sofreu alterações marcantes e muitas destas significativamente inesperadas – como o *Brexit* e o êxito de Donald Trump nas eleições americanas – que não são aqui apreciadas/desenvolvidas como decorrentes do contexto de crise, pese embora tal argumento seja defensável. Destas questões foi preciso manter algum distanciamento, para salvaguardar a tese do risco de se tornar um trabalho condenado à inconclusão.

Sem a pretensão de me referir às soluções finais, passo a apresentar os arremates que marcam o termo desta investigação e que se abrem para desdobramentos futuros.

1. Antes de tudo, o primeiro grande desafio da democracia é comunicá-la – e a escolha do tema já o denunciava como um obstáculo de difícil superação: abalizar, ante as possibilidades de sentido, o que na tese se intentava dizer ao proferir um termo que compõe a categoria dos grandes conceitos – de resto, continuamente entrecortado por domínios como o da filosofia e da ciência política.

Acrescido a esta dificuldade havia o problema do seu caráter ambíguo e flutuante, frequentemente relatado em elaborações teóricas contemporâneas (Norberto Bobbio, Hans Kelsen, Jürgen Habermas, Robert Dahl, Zygmunt Bauman, Danilo Zolo, Boaventura S. Santos, Gomes Canotilho, Carlo Bordoni), de sorte que a pretensão de firmar uma definição sequer foi aventada. A digressão histórica e o aporte em autores de referência convieram para abrandar esta dificuldade e assim traçar alguns parâmetros, afinal, a tese central do trabalho escrutina até que ponto, o que hoje entendemos por democracia, pode retroceder.

2. Conceituar a partir de requisitos mínimos é uma estratégia possível, mas entrecortada por riscos. Num primeiro momento, a hipótese de abordagem a partir da discussão conceitual ganhou força, pois é se utilizando do recurso de estabelecer pressupostos mínimos que muitos dos teóricos clássicos e contemporâneos (Thomas Hobbes, Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Robert Dahl) enfrentaram o tema da democracia. Nesta tese, foi justamente a partir da definição mínima proposta por Bobbio que se tornou possível apontar uma primeira possibilidade de limite à retração da democracia. Aos seus olhos, caso os elementos que reportavam às “regras do jogo” não

estivessem presentes, o caráter democrático do Estado restaria desvirtuado¹⁰¹³.

Esta estratégia serviu aos meios, ou seja, foi conveniente até certa altura para o desenvolvimento do tema, mas não se mostrou segura para atingir o fim esperado, por pelo menos três razões: (i) conferir características essenciais – seja sob a forma de requisitos, pressupostos, princípios, fundamentos ou elementos – é também restringir um âmbito ao qual a democracia estaria circunscrita e, assim, se incorre no risco de retornar à profusão teórica dos conceitos; (ii) o que um autor concebe como pressupostos da democracia, outro pode defender que se trata de um objetivo, a depender do sentido ideológico, dos ambientes históricos nos quais a democracia foi evocada ou mesmo a tradição política com a qual o autor tem maior afinidade¹⁰¹⁴. Ignorar este aspecto é não se aperceber que a ausência de um pressuposto pode, por vezes, dizer mais ao intérprete do que a presença de outro. Por conseguinte, os “requisitos mínimos”, ao invés de instrumentos de auxílio na compreensão do fenômeno democrático, podem se tornar desta um complicador; (iii) em geral, os requisitos mínimos elencavam pressupostos formais da democracia, uma dimensão sobre a qual a tese apontou haver problemas, mas que estes não eram os *core problems* da discussão. Ademais, fincar as convicções apenas na proteção da dimensão formal parece servir mais ao seu esvaziamento que ao seu fortalecimento, e desconsidera o plano que nesta tese serviu de fio condutor: a democracia como o regime de garante dos direitos humanos e fundamentais. Daí a busca por limites jurídico-constitucionais.

3. *O referencial metodológico da dicotomia real/ideal se mostrou plausível na medida em que, harmonizando-se com as lições de Norberto Bobbio e atualizado no estudo do caso concreto, é um horizonte teórico que aponta não para um nível utópico, mas para ideias realizáveis no plano da experiência.* Foi na discussão sobre os regimes democráticos reais e ideais que Bobbio enumerou as “promessas” que a democracia não cumpriu, ao menos sob a perspectiva do seu “olhar hobbesiano e coração kantiano”¹⁰¹⁵. É uma dicotomia da qual esta tese parte, principalmente para refletir sobre a distância que, muitas vezes, separa a positividade dos direitos da sua efetividade. No contexto de crise, quando a democracia descumpriu a promessa crucial – dentre aquelas elencadas por Norberto Bobbio e que compõe o seu âmago – de

¹⁰¹³ BOBBIO, N. (1984) *Il futuro della democrazia*. Op. cit.

¹⁰¹⁴ SILVA, J. A. (2017b) *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit

¹⁰¹⁵ Definição de Furio Cerutti e retomada por Celso Lafer. LAFER, C. (2009) *Prefácio*. In BOBBIO, N. *O terceiro ausente*. Op. cit.

efetivar direitos fundamentais e, inclusivamente, retroceder no *standard* de proteção diferenciado que os seus cidadãos gozam no modelo do *Welfare State*, é a própria democracia que também se fragiliza.

4. *Para além das promessas não cumpridas da democracia, o Welfare State também parece se encaminhar para descumprir as promessas da efetivação dos direitos sociais e da proteção institucional (e indistinta) dos cidadãos*¹⁰¹⁶. E as retrações do *Welfare State* repercutem na relação que os cidadãos têm com o que entendem por democracia, ao mesmo tempo em que implicam em questões juridicamente relevantes, pois entre os três (*Welfare*, Democracia e Estado de direito) pode haver um liame comum: a proteção dos direitos fundamentais sociais. A interseção de tais elementos, embora assim não expressamente referida, e a sua importância na redução do medo e insegurança dos cidadãos, é um diferencial das análises de Danilo Zolo, Boaventura S. Santos e Zygmunt Bauman.

Aos meus olhos, é inegável que a tendência no contexto europeu seja a de manter o papel do Estado como regulador da economia (em todos os seus âmbitos) e do bem-estar dos cidadãos. Os “desenhos constitucionais” dos Estados-Membros e o arcabouço jurídico da União apontam neste sentido. Na República portuguesa, por exemplo, embora o modelo económico tenha evoluído “no sentido de uma maior abertura aos mercados e à iniciativa privada”, o texto constitucional a define como um Estado de direito democrático, no qual o regime económico deve “subordinar-se às escolhas democráticas e ao poder político representativo da vontade popular”¹⁰¹⁷.

5. *Sob este aspecto as questões apontam para particularidades do sistema democrático multinível da União Europeia* que, sob o plano formal, recaem principalmente sobre o processo de integração económica em descompasso com a integração política; o comando das instituições europeias centralizados no “poder de Bruxelas” ou no eixo franco-alemão; na arquitetura incompleta da Eurozona – que desconsidera as disparidades económico-financeiras dos Estados-Membros e lhes retira soberania monetária e cambial; na distância dos cidadãos dos centros de decisão; nos alargamentos sucessivos; no défice democrático europeu.

¹⁰¹⁶ O questionamento sobre se o Estado pode continuar cumprindo suas promessas foi diretamente influenciado pela questão proposta em POMPEU, G. V. M., PIMENTA, C. A. A. (2015) O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise económica do século XXI. Op. cit.

¹⁰¹⁷ CANOTILHO, M. (2016) *Estado Constitucional e Desenvolvimento Económico*. Op. cit. p. 4.

No plano material persiste na União uma evidência comum às democracias em geral: o reconhecimento normativo da democracia como forma de governo por excelência coexiste com um “ceticismo prático”¹⁰¹⁸ que recai sobre a sua eficácia enquanto regime que se pretende representativo da vontade popular. Desta tensão decorrem desafios que há décadas expõem demandas das sociedades complexas e dos Estados, de modo que fenômenos como o populismo, a apatia dos cidadãos e os movimentos antipolíticos podem ser concebidos como vertentes desta tensão. Conhecer estas questões importa porque embora (por recurso e opção teórica) se tenha desdobrado a análise no plano formal e material, estas são dimensões democráticas que não se desenvolvem em apartado, devendo haver entre as mesmas uma relação de equivalência e completude, que efetiva em termos normativos e práticos, o ideal de justiça social. Apesar de a tensão presente evidenciar o retrocesso da democracia material, é no reequilíbrio entre as duas dimensões que a democracia efetivamente pode se fortalecer.

6. *Com efeito, a tese não atribuiu à crise o potencial de aniquilar a democracia.* Isto seria desprezar a realidade e trajetórias históricas bem como refutar alternativas de saída. Sob este aspecto, o argumento se afastou da tese do crepúsculo democrático de Danilo Zolo¹⁰¹⁹ – mesmo que o tenha contemplado – e se aproximou da ideia moderada de Norberto Bobbio de que a democracia não é autossuficiente ante o sistema global, mas nem por isso está “a beira do túmulo”¹⁰²⁰.

O que se defendeu – por ter sido elaborada como tema ao longo dos movimentos investigativos empreendidos – foi a necessidade de limites às retrações de direitos, sobretudo no interregno da crise, sob pena de um contínuo esvaziamento, do que aqui foi delimitado como democracia agravar o seu enfraquecimento a ponto de desnaturá-la.

Neste sentido, não basta uma democracia *pro forma* – pois, na minha perspectiva, não é exaustivo interpor que o *demos* importa, para além do seu sentido etimológico. Buscou-se transpor esta inquietação para além do domínio tradicional da ciência política e fornecer argumentos em favor de perspectivas jurídicas. Ao mesmo tempo, não se ignora a crise da democracia representativa, que não teve início no contexto de crise ora analisado, mas que certamente se aprofundou com tal conjuntura.

¹⁰¹⁸ Expressão utilizada por Amartya Sen em (2015) *Identidade e violência: a ilusão do destino*. Op. cit.

¹⁰¹⁹ ZOLO, D. (2010) *Tramonto globale*. Op. cit.

¹⁰²⁰ BOBBIO, N. (1990) *L'età dei diritti*. Op. cit..

7. *O processo de integração teve inegáveis avanços, inclusive para além do mais notório (e nobre) dentre todos, do fomento da paz entre as nações europeias, em particular por meio de uma coesão social lastreada por uma “economia social de mercado” própria.* Mas o contexto de crise reavivou questionamentos, como os que incidiram sobre o modelo de organização econômica do mercado interno europeu, marcadamente “assente numa cosmovisão e numa principiologia basicamente capitalistas e concorrenciais, promotoras da liberdade econômica”¹⁰²¹.

Na União Europeia é evidente “o descompasso entre o sucesso da integração econômica propriamente dita e a prossecução de políticas sociais que satisfaçam as populações [...] isto, em desfavor da ação e das políticas sociais da União”¹⁰²². Conforme reitera o Professor Pedro M. Froufe, é nesta ambiência de uma “economia social de mercado” que a União tem se desenvolvido e mantido o objetivo da satisfação da “coesão social”. Pois, segundo o autor, “o mercado e a economia de mercado, na Europa, devem também garantir a manutenção do “Estado-Providência” e do “modelo social europeu”¹⁰²³.

8. *Os retrocessos do modelo do Welfare State podem ser vistos como uma tendência já do século passado, não são exclusivamente tributáveis ao contexto da crise econômica.* Constatou-se que no século XXI nem mesmo o aparato formal que protegeria a democracia (o Estado de direito, o *Welfare State*, os governos, os parlamentos, as instituições) bastou para refrear os efeitos de uma crise que, à medida que avançou, penetrou no âmbito democrático e estendeu o seu leque de vulnerabilidades aos cidadãos e à própria democracia. Seja como efeito atribuído à globalização, as crises econômicas ou do capitalismo, se corre o risco de um retrocesso tal que o *Welfare State* se torne um fenômeno residual destinado apenas aos muito necessitados, em vez de ser um direito universal inerente à cidadania, como de início e em teoria¹⁰²⁴. Ou ainda, no pior dos quadros possível, ser um fenômeno em constante retração.

No contexto de crise, esta possibilidade de uma nova forma para o Estado de Bem-Estar pode ser refletida à luz de da intensificação de tendências políticas já

¹⁰²¹ FROUFE, P. M. (2017) *Constituição econômica da União Europeia, antes e depois de Lisboa*. Op. cit. p. 116.

¹⁰²² *Ibidem*. p. 117.

¹⁰²³ *Idem*.

¹⁰²⁴ STRECK, L. L. (2004) *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*., Op. cit.

existentes e subjacentes, que gradativamente, no decorrer das últimas décadas, têm degradado este modelo de Estado – e não como o início de algo novo¹⁰²⁵.

A partir da análise que Paulo Cruz e Oliviero desenvolveram, tendo por referência uma classificação do britânico Richard Titmuss, é possível afirmar que o contexto de crise aprofundou a tendência da passagem de um modelo “institucional” de Estado Social, que se caracteriza pela “universalidade dos serviços prestados”, para uma forma de organização na qual o Estado objetiva assegurar “um mínimo de bem-estar” naqueles âmbitos considerados imprescindíveis, ou seja, uma intervenção “residual”¹⁰²⁶. Assim,

A intervenção somente aconteceria quando falhassem os instrumentos preceptores – a família e o mercado – para a realização do bem-estar. Nesse caso, a intervenção ficaria limitada a segmentos bem delimitados e praticamente excluídos da sociedade. A diferença básica entre esses dois tipos de Estado de Bem-Estar está no fato de que, nos “institucionais”, os direitos sociais para a cidadania ocupam um espaço central, enquanto nos ditos “residuais”, os direitos estariam sujeitos a provas de merecimento por critérios de carência social. (CRUZ, P. M.; OLIVIERO, M., 2013, p. 500-501).

Sob este aspecto, a inquietação acerca dos limites jurídico-constitucionais mais uma vez soergue, bem como a interseção entre a democracia, o Estado de direito e o *Welfare State*. Na lição da Professora Adoración Victoria, a crise econômica evidenciou o enorme fosso entre a realidade e a norma, “entre os pressupostos básicos assumidos nas constituições que, como a espanhola, proclamam um modelo de estado transformador e garantidor dos direitos individuais e coletivos”¹⁰²⁷. Segundo a autora, a crise anterior do *Welfare State* foi adicionada à crise econômica e a particularidade da sua maior intensidade em alguns Estados-Membros tem se norteado por objetivos econômicos que estão condicionando as políticas europeias e nacionais¹⁰²⁸. Isso permite indicar que as medidas de austeridade agravaram uma mudança do modelo do Estado Social.

Uma indicação concreta deste movimento vê-se na fundamentação do pedido de fiscalização da constitucionalidade formulado ao TCP no âmbito do processo

¹⁰²⁵ O’CINNEIDE, C. (2014) *Austerity and the Faded Dream of a Social Europe*. Op. cit.

¹⁰²⁶ CRUZ, P. M.; OLIVIERO, M. (2013) *Reflexões sobre a crise financeira internacional e o estado de bem-estar*. Op. cit. p. 500-501.

¹⁰²⁷ VICTORIA, A. G. (2014) *Los derechos sociales en tiempos de crisis económica*. Op. cit. p. 06.

¹⁰²⁸ *Idem*.

n.º 47/2014 – que ao ponderar, dentre outros aspectos, sobre a previsão de cortes salariais da LOE/2014, destacou o fato de que aquele era o quarto ano consecutivo de imposição dos referidos cortes, o que, fatalmente, lançava sérias dúvidas sobre o caráter transitório das medidas consideradas, inclusive pelo Tribunal Constitucional português, como “excepcionais, indispensáveis e insubstituíveis para obter efeitos imediatos na redução do défice das contas públicas”. Ademais, as reduções salariais dos funcionários públicos foram aplicadas pela primeira vez em 2011, ou seja, “ainda antes da assinatura do chamado Programa de Assistência Económica e Financeira”, embora tenha sido este “o documento que passou a servir de referencial justificativo das medidas de austeridade em que se incluem os cortes de salários e de pensões pagos com dinheiros públicos, e que serviu de fundamento ao caráter transitório e irrepitível dessas medidas”. Quanto à redução “às despesas com o pessoal e o conjunto das medidas respeitantes às prestações sociais”, por exemplo, a supramencionada LOE/2014 previa a transformação daquelas medidas de caráter temporário em medidas permanentes, inseridas no âmbito do “seu natural desenvolvimento”.

A partir da atualização da análise de problemas teoricamente apontados em outras décadas foi possível aferir indicativos importantes aos desenvolvimentos do argumento da tese, como a fragilidade da eficácia dos direitos sociais, os custos orçamentais dos direitos e a provável mudança do modelo do *Welfare State*.

Isto porque, a ocorrência de tal retrocesso, sobretudo nos direitos fundamentais sociais, não acarreta uma novidade, uma vez que, em geral, é sobre estes que recaem os cortes orçamentários mais drásticos em tempos de escassez de recursos. Ao que parece, em períodos de crise, o Estado de direito democrático tem se voltado mais para o reforço da sua dimensão formal do que para permanecer enquanto Estado social. E isto implica em escolhas públicas que moderem a sustentabilidade económica dos direitos sociais e do próprio *Welfare State*¹⁰²⁹.

9. *O contexto de crise se reafirmou como um desestabilizador da democracia.* Contudo, o contexto europeu demonstrou que quando se refinam os sistemas, também os problemas são mais elaborados. Hoje as demandas da sociedade civil são cada vez mais numerosas e complexas e a capacidade do sistema político e jurídico em resolvê-las não parece se desenvolver na mesma proporção. Este é um

¹⁰²⁹ CRUZ, P. M.; OLIVIERO, M. (2013) Reflexões sobre a crise financeira internacional e o estado de bem-estar. Op. cit.

problema intimamente conexo à democracia porque o regime democrático é reconhecido e se afirma como o sistema que melhor assegura o acesso às liberdades e aos direitos humanos e fundamentais¹⁰³⁰.

Quando Norberto Bobbio se referiu à “crise do Estado” ele repartiu as possibilidades de análise em duas visões. Uma visão conservadora: que a entende como uma crise do Estado democrático que não consegue mais atender às demandas sociais que ele próprio criou e estimulou. E outra visão socialista (ou marxista): que defende ser uma crise do Estado capitalista que não mais domina o poder dos grandes grupos de interesse. Apesar da distância dos pontos de partida, o que destas duas visões se pode aferir é que se trata da crise “de um determinado tipo de Estado”¹⁰³¹.

Assim, mesmo no ápice do contexto da crise não se sustenta a projeção da falência do modelo do Estado de direito nem mesmo quando se evidenciaram os retrocessos dos direitos fundamentais. Mas é possível afirmar que a crise agravou a condição de um modelo de Estado, o do *Welfare State*, e assim intensificou uma tendência delineada desde meados dos anos de 1970 – que apontava para a sua insustentabilidade no plano econômico e na realidade dos Estados.

Segundo autores como Danilo Zolo, Jürgen Habermas, Boaventura S. Santos e Zygmunt Bauman, isso se trata de uma decorrência do desenvolvimento da globalização econômica e da desregulamentação dos mercados, que não são travados nem mesmo ante a arquitetura formalmente democrática e social dos Estados contemporâneos. Não se trata da demonização da globalização *per se*, mas de pontuar que a globalização não é um fenômeno natural nem necessariamente igualitária, “ou, dito de outra forma, há os que globalizam e os que são globalizados”¹⁰³². E mesmo em contraponto com os autores que divergem de tais justificações, a maior parte dos argumentos se aproximam no que se refere à constatação de que isto implicou em retrocessos das garantias do Estado Social, que tem natureza democrática e deveria intervir no domínio econômico quando as leis de mercado puserem em risco as garantias jurídicas, políticas e sociais dos cidadãos¹⁰³³.

Não é temerário ainda afirmar que a crise enraizou as diferenças já

¹⁰³⁰ BOBBIO, N. PONTARA, G. VECA, S. (1985) *Crisis de la democracia*. Op. cit p. 20.

¹⁰³¹ BOBBIO, N. (1995) *Stato, governo, società*. Op. cit.

¹⁰³² ROCHA, C. L. A. (2001) *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Op. cit. p. 59.

¹⁰³³ Carmén Lúcia Rocha se refere a esta hegemonia das leis do mercado como o novo “Leviatã empresarial”. ROCHA, C. L. A. (2001) *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Op. cit.

existentes, expôs problemas orçamentários anteriores a ela e talvez tenha criado fissuras no projeto europeu que hoje não são possíveis de mensurar. Seu aprofundamento, somado às medidas de austeridade, pode ser visto como uma ameaça à solidariedade social, à integração econômica e aos direitos humanos em toda a Europa¹⁰³⁴. Este é um aspecto ressaltado por Habermas ainda na década de 1990, pois segundo o autor, a formação democrática da vontade europeia só pode existir com um amplo fundamento solidário, a que chama de “solidariedade cívica”, que não se restringe aos Estados nacionais, mas se estende aos cidadãos da União¹⁰³⁵.

10. O caminho para uma democracia “de alta intensidade” recomenda a avaliação mais detida e prévia do impacto direto das medidas de austeridade e/reajustamento nos direitos fundamentais dos cidadãos. Porque se esta providência for anterior à implementação de medidas que restrinjam direitos, se converte em uma questão de ordem política e também social, participativa, deliberativa. Os mecanismos para tal podem ser desenvolvidos a partir de instrumentos que não necessariamente apontem para a provocação judicial. Todavia, se a apreciação das medidas de austeridade se dá somente depois da sua implantação, a questão se afigura como jurídica porque pode já ter afetado direitos fundamentais e, neste caso, reclama a atuação judicial. Seja como for, nos dois casos ou etapas, implica em questões democraticamente relevantes.

Parece indubitável a centralidade jurídica que os direitos fundamentais gozam hoje na União Europeia, sobretudo após o Tratado de Lisboa ratificar a força juridicamente vinculativa da CDFUE¹⁰³⁶. Ou que, na bela expressão utilizada por Maria José de Mesquita, o Estado de direito e os direitos fundamentais compõem “o irreduzível núcleo axiológico da UE”¹⁰³⁷.

*11. O argumento que relativiza a eficácia dos direitos fundamentais sociais ancorado apenas na premissa de que estes são custosos ao Estado não mais se sustenta*¹⁰³⁸, embora não se negue que, mesmo em Estados que se voltem para uma perspectiva de promovedores do bem-estar social, esta concepção encontra limites “em

¹⁰³⁴ TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Op. cit.

¹⁰³⁵ HABERMAS, J. (1999) *Nos limites do Estado*. Op. cit.

¹⁰³⁶ ABREU, J. C. (2017) *As interações entre jurisdições no contexto da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: para onde caminha a tutela jurisdicional efetiva?* Op. cit.

¹⁰³⁷ MESQUITA, M. J. R. (2017) *Para onde vai a UE: três perspectivas e três questões da integração*. Op. cit.

¹⁰³⁸ BARCELLOS, A. P. A. (2011) *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Op. cit. p. 280.

face do paradoxo existente entre finitude de receitas e infinitude de demandas”¹⁰³⁹. Primeiro porque os direitos fundamentais individuais, políticos e sociais não são direitos em oposição, e antes se complementam “na medida em que os direitos sociais viabilizam o exercício real e consciente dos direitos individuais e políticos e que todos conjuntamente contribuem para realização da dignidade humana”¹⁰⁴⁰.

Segundo porque todos os direitos – mesmo os tradicionalmente identificados como de cunho negativo – implicam em maior ou menor grau em custos orçamentários, e restringir tal análise à matemática simples dos cortes nas áreas das maiores despesas pode servir para encobrir a lógica subjacente das escolhas políticas e públicas.

No contexto de crise estas últimas têm revelado a tendência de seguir na contramão do que Habermas alertou ser o objetivo principal dos Estados: o bem-estar dos seus próprios cidadãos. E terceiro porque a retração de direitos fundamentais, sejam estes individuais ou sociais, implica também em retrocessos da democracia que tem seu conteúdo esvaziado uma vez que a garantia e a efetividade dos direitos fundamentais não constitui apenas um conteúdo formal, mas a essência do seu substrato material. Neste aspecto faz sentido a afirmação de que sem os direitos sociais, nem mesmo o direito à liberdade seria real ou eficaz “para camadas consideráveis da sociedade de classes”¹⁰⁴¹. Defender os retrocessos de direitos somente a partir da causalidade orçamentária dos Estados é, nesta medida, alçar a disponibilidade dos recursos a um patamar superior ao da própria democracia.

Terceiro porque, embora os direitos sociais não sejam imunes a uma profunda crise econômica, é possível imaginar que os tribunais podem garantir a proteção destes direitos, a partir do equilíbrio entre a política social e a política econômica¹⁰⁴². Com isso não se nega que os custos dos direitos devem ser considerados ou o fato de que “mesmo o mais belo dos direitos forjado na mais célebre teoria jurídica pode sucumbir diante da realidade”¹⁰⁴³. Estas foram teses aqui endossadas, ou seja, o que se defende é que os custos economicamente relevantes dos direitos sociais não

¹⁰³⁹ LEAL, R. G. (2008) *Densificações democráticas do serviço público no Brasil*. Op. cit. p. 91.

¹⁰⁴⁰ BARCELLOS, A. P. A. (2011) *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar. p. 137.

¹⁰⁴¹ BONAVIDES, P. (2004) *A Constituição aberta*. Op. cit. p. 185

¹⁰⁴² PASCUAL, M. G. (2017) *Constitutional Courts before Euro-crisis law in Portugal and Spain; A comparative prospect*. Op. cit. p. 121.

¹⁰⁴³ GALDINO, F. (2005) *Introdução à Teoria dos Custos dos direitos*. Op. cit. p. 338.

devem ser usados como mero óbice à efetividade destes, pois são estes também fundamentais à manutenção da democracia.

12. A “*metanarrativa da crise*”¹⁰⁴⁴ não serve para justificar toda e qualquer medida que implique em retrocesso de direitos. Na história recente da humanidade, muitas vezes se afirmou que, num estado de emergência, as leis devem ser suspensas. Embora não em termos tão incivilizados, no contexto de crise se desenvolveu uma espécie de “*mentalidade de emergência*”, em que os focos de atenção não se voltaram para a crítica da legalidade duvidosa de algumas políticas de austeridade, mas para restaurar as economias em recessão¹⁰⁴⁵.

À mercê de determinações que não contemplem a dimensão dos direitos fundamentais, se incorre no risco de converter o excepcional em permanente. A propósito, a importância de afastar esta ameaça foi uma tônica nos requerimentos de declaração de inconstitucionalidade submetidos ao Tribunal Constitucional português. Embora não se negue que a exegese constitucional influencia e é influenciada pelas demandas sociais e elementos políticos, é preocupante quando mesmos parâmetros dos tribunais constitucionais sofrem variações de modo tão incisivo ante o estado de emergência econômico-financeira.

13. *O princípio da dignidade da pessoa humana é um parâmetro jurídico possível para a retração dos direitos fundamentais.*

Se o contexto de crise impôs desafios à democracia, um dos grandes desafios desta tese em particular foi o de apontar perspectivas que pudessem reequilibrar as suas dimensões formal e material. Pois, se orgânica e institucionalmente a democracia europeia tem um arquétipo tão estruturado e sistematizado – algo em diversos momentos ressaltado nesta tese – como apontar perspectivas que fossem juridicamente plausíveis e não apenas mais um elemento que fortalecesse uma elaboração ideal?

Aos meus olhos, Norberto Bobbio foi preciso ao apontar alguns dos problemas das democracias, que ainda persistem na contemporaneidade, mas meus objetivos obrigatoriamente me direcionavam para prospectivas, embora não investidas da pretensão de serem “as” soluções. Ao que se viu o caminho coerente não foi de inovar a partir da criação de novos mecanismos democráticos, mas sim o de fortalecer

¹⁰⁴⁴ Expressão utilizada por Marcelo Casseb in CONTINENTINO, M. C. (2012) *Ativismo judicial*. Op. cit.

¹⁰⁴⁵ FISCHER-LESCANO, A. (2014) *Human Rights in Times of Austerity Policy*. Op. cit. p. 2.

os já existentes. No caso específico do contexto de crise da União Europeia, estes foram o princípio da dignidade da pessoa humana e a atuação efetiva dos tribunais, sobretudo os constitucionais.

Com as perspectivas aqui apontadas se pretende modestamente somar ao crescente quadro de esforços investigativos que tem se voltado para os problemas do impacto da crise nos direitos fundamentais e na democracia europeia. Embora não o tenha aplicado ao caso concreto *sub examine*, o Tribunal Constitucional português no Acórdão n.º 396/2011 reconheceu a dignidade da pessoa humana como um critério que indicaria estar-se “perante um direito subjectivo que se possa considerar ‘fundamental’ apesar de não estar consagrado na Constituição”.

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser caracterizado como um princípio forte, que carrega um alto grau de certeza quanto a sua prevalência (caso colidente com outras normas ou princípios) e ainda que, nas lições de Alexy, pode ser enunciado, sob o prisma do direito constitucional, como primordial¹⁰⁴⁶. E, embora não se defenda o outrora mencionado caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, as “razões jurídico-constitucionais” subjacentes no contexto europeu¹⁰⁴⁷ autorizam a defesa do caráter inafastável deste princípio.

No contexto de crise, as decisões do TCP que declararam a inconstitucionalidade de artigos determinados das Leis Orçamentárias do Estado, fundamentaram-se em grande medida em princípios gerais – um aspecto que não deixou de suscitar controvérsias entre seus críticos que preferiam que o caminho tomado pelo tribunal fosse o do resguardo dos direitos fundamentais e sociais¹⁰⁴⁸.

As decisões no âmbito da “jurisprudência da crise” apontaram a tendência dos tribunais portugueses em fundamentar suas decisões em princípios gerais – comuns a grande parte dos ordenamentos jurídico-constitucionais – como o da igualdade, segurança jurídica e proteção da confiança. Efetivamente, tais princípios “serviram de parâmetros ao Tribunal Constitucional para aferir da constitucionalidade das normas nacionais relativas a matérias conexas” que “fazem parte do núcleo duro do Estado de direito, integrando o património jurídico comum europeu, a que a União

¹⁰⁴⁶ ALEXY, R. (2015) *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit. nota de rodapé. p. 112.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*. p. 114.

¹⁰⁴⁸ PASCUAL, M. G. (2017) *Constitutional Courts before Euro-crisis law in Portugal and Spain*. Op. cit.

também está vinculada”¹⁰⁴⁹. Sublinhe-se, em reforço a tal perspectiva, que recorrer ao princípio da dignidade humana é manter-se num domínio no qual não há divergências entre o Direito da União Europeia e o Direito Constitucional dos Estados-Membros. À luz da democracia multinível, este me parece ser um instrumento eficiente e plausível aos tribunais.

Na tese há um esforço – a partir da linha proposta por Luis Roberto Barroso¹⁰⁵⁰ – de reforçar o conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, mas que não refuta a sua dimensão axiológica. Assim, no meu entendimento, o ponto limítrofe para o retrocesso da democracia – ou seja, o democraticamente suportável sob a perspectiva aqui tratada – é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, fulcrado no princípio da dignidade da pessoa humana. Democracia é uma definição que, em geral, não se quer abdicar¹⁰⁵¹. Assim, embora não se negue a importância de redução do déficit orçamental em alguns Estados-Membros, é preciso manter um padrão mínimo e eficiente em domínios como saúde, educação, serviços sociais, direito ao trabalho dentre outros. Ainda que seja difícil de apontar um consenso teórico-jurídico acerca da democracia, a garantia efetiva dos direitos humanos e fundamentais dos seus próprios cidadãos me parece uma barreira intransponível para a caracterização de um regime como democrático¹⁰⁵².

14. O ativismo judicial não é necessariamente positivo ou negativo para a democracia. Entretanto as investigações apontaram para outras perspectivas. Também as decisões que se sucederam mostraram que este não seria necessariamente “o” caminho, mas uma possibilidade, uma perspectiva.

Foi preciso demonstrar que o poder judiciário num Estado democrático de direito é um recurso, um instrumento do processo democrático para que se sustente.

¹⁰⁴⁹ Acórdão n.º 574/2014 do Tribunal Constitucional português. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140574.html>

¹⁰⁵⁰ O método utilizado bem como a origem das citações a que faço referência, salvo quando expressamente destacado, se encontram em BARROSO, L. R. (2010) *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit. p. 03. Segundo o autor, este fora influenciado e inspirado por outros constitucionalistas dentre os quais destaca Ingo Sarlet e Ana Paula Barcellos que naturalmente serão também aqui citados.

¹⁰⁵¹ SILVA, J. A. (2017b) *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit.

¹⁰⁵² O reconhecimento dos direitos humanos compõe a base das constituições modernas e tal argumento foi escrutinado, dentre outros, a partir das elaborações teóricas de Norberto Bobbio, que defendia a relação conexa entre os problemas da democracia e dos direitos humanos. Esta ideia embasa a tríade dos seus ideais e consubstancia sua tese de que “*senza diritti dell'uomo riconosciuti o protetti non c'è democrazia; senza democrazia non ci sono le condizioni minime per la soluzione pacifica dei conflitti*”. BOBBIO, N. (1990) *L'età dei diritti*., Op. cit.

Mas foi preciso atentar também para os limites. Os concretos, como foi demonstrado nas decisões do TCP entre os anos de 2011-2013, bem como as limitações teóricas que foram discutidas a partir da discussão das críticas ao chamado ativismo judicial. E sobre este aspecto a jurisprudência do TCP tem apontado, aos meus olhos, mais para a autocontenção que para o ativismo – e disto decorreu a defesa de uma atuação concreta do judiciário e uma “aposta” no papel dos tribunais como garantes da democracia.

De tais perspectivas se depreende a responsabilidade conjunta, primordialmente dos Estados, mas também das determinações europeias e dos próprios cidadãos no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e da democracia. Nas perspectivas aqui desenvolvidas, acrescentou-se com ênfase também a atuação do poder judiciário enquanto *We the people* (ou seja, não apenas como rígidos intérpretes da lei)¹⁰⁵³. Este “aumento do espaço do direito jurisprudencial”, em certa medida parece inevitável¹⁰⁵⁴.

Especificamente sobre a possível alegação de que se apregoa o ativismo judicial, espero ter restado claro que não se trata de ingerência indevida, mas no sentido de que, mesmo as decisões de representantes eleitos democraticamente pela regra da maioria, devem ser refutadas quando tentarem minimizar ou prejudicar os princípios em que se baseia o Estado democrático de direito, dentre estes, os direitos fundamentais¹⁰⁵⁵. Nem este papel de salvaguarda democrática pode blindar os tribunais de erros, até porque, conforme Richard Bellamy, tanto os sistemas democráticos quanto os tribunais têm defeitos – como, aliás, pode ser constatado em toda e qualquer instituição humana¹⁰⁵⁶.

15. *No presente da democracia é possível constatar traços de uma “democracia de baixa intensidade”, mas não o prenúncio do seu ocaso.* Como o disse Tzvetan Todorov¹⁰⁵⁷, embora o termo progresso seja mantido sob suspeita, a ideia que ele recobre é inerente ao projeto democrático. *Ipsa facto*, salvo a aceção da democracia sem futuro apresentada por Danilo Zolo, a maioria dos teóricos democráticos formula

¹⁰⁵³ BACELLI, L. (2006) Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito. In COSTA, P. ZOLO, D. (Orgs). O Estado de Direito. Op. cit. p. 547.

¹⁰⁵⁴ *Idem*

¹⁰⁵⁵ Neste mesmo sentido, ver comentário de Alfred L. Scanlan às críticas contra o Juiz Murphy, da Suprema Corte Americana. KMIEC, K. D. (2004) *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. p. 1451.

¹⁰⁵⁶ BELLAMY, R. (2013) *Democracy as Public Law: The Case of Constitutional Rights*. Op. cit.

¹⁰⁵⁷ TODOROV, T. (2012) *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. cit.

críticas, mas também aponta para o avanço deste regime de governo desde a segunda metade do século XX. Não sem refutações, conflitos, porém imbuídos na perspectiva de um desenvolvimento positivo.

A constatação que corrobora o progresso do regime democrático pode ser verificada ante o número crescente de Estados que adotaram o regime e, ainda, quando – em comparação com outros tempos – analisa-se o rol dos direitos humanos e fundamentais neste início de século. Em geral, os cidadãos das sociedades democráticas vivem hoje em conjuntos humanos mais equitativos, que prezam as liberdades e prescrevem um vasto rol de direitos nos seus textos constitucionais, sendo possível afirmar que “em nenhuma época, alguma geração, usufruiu de tantos direitos como a nossa”¹⁰⁵⁸.

16. *É possível afirmar que o contexto de crise foi um dos desafios que impôs um pensar alternativo à União Europeia.* E foi a partir do olhar de indisfarçável admiração da América Latina – descrito pelos Professores Paulo M. Cruz e Maurizio Oliviero¹⁰⁵⁹ – que, esta tese, em particular, foi delineada. À distância destes cinco anos, é possível afirmar que, não obstante o contexto de crise, a partir de um parâmetro global e de forma geral, os direitos fundamentais e sociais (em número e grau) permanecem mais protegidos na Europa do que na maior parte do mundo contemporâneo, os sistemas constitucionais (em grande parte dos Estados) enunciam o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a democracia se solidifica como um valor/princípio e preceito inafastável das suas ordens jurídicas (a nível nacional e europeu).

Praticamente todos os Estados-Membros da União ratificaram os principais instrumentos da ONU e da OIT (relativo aos direitos sociais) e os cidadãos europeus hoje vivem em Estados (e numa União) no qual o bem-estar (consubstanciado em níveis dignos de assistência à saúde, à educação e à segurança, dentre outros) está enraizado na sua cultura jurídica e política¹⁰⁶⁰.

Contudo, foi também com admiração que no decorrer da escrita da tese, a

¹⁰⁵⁸ RODRIGUES, J.C. (2012) *Sobre a abundância de direitos em tempos de crise*. Op. cit. p. 13. No mesmo sentido ver: BOBBIO, N. (2004) *L'età dei diritti*. Op. cit.; COMPARATO, F. K. (2008) *A afirmação histórica dos direitos humanos*. Op. cit.

¹⁰⁵⁹ CRUZ, P. M.; OLIVIERO, M. (2013) *Reflexões sobre a crise financeira internacional e o estado de bem-estar*. Op. cit. p. 492. Os autores descrevem este “olhar” também como “uma indisfarçável vontade de ter o mesmo modelo em seus países. Tem sido o sonho dos latino-americanos quando se discute qual o modelo ideal de Estado. Nas últimas décadas, o Estado de Bem-Estar foi sobejamente discutido nos meios acadêmicos como um modelo a ser seguido”.

¹⁰⁶⁰ O'CONNOR, C. (2014) *Austerity and the Faded Dream of a Social Europe*. Op. cit.

cada ano, novos fatos se evidenciavam e apontavam para retrocessos significativos na rede de segurança tão típica dos Estados europeus, implicando, aos nossos olhos, em graves retrações democráticas, porque incidentes no seu âmago material, qual seja, os direitos fundamentais dos cidadãos europeus. Multiplicaram-se os relatórios e estudos que corroboravam um paradoxo real e pungente: o fosso que pode separar a dimensão formal e a material da democracia.

Ainda assim, embora não tenha sido esta a abordagem na tese, o pragmatismo no sentido que lhe foi conferido por Richard Posner norteou a redação destas considerações finais. Para o autor o pragmatismo pode ser empírico, interessando-se pelos fatos, as propriedades, os efeitos prováveis, mas ao mesmo tempo guarda um ceticismo diante da afirmação de confiança na obtenção de uma “verdade final”.

Mesmo as “verdades” que mais obstinadamente defendemos não são aquelas que podem ser provadas, sondadas, analisadas e investigadas, mas aquelas que são tão essenciais ao nosso quadro de referências que o questionamento delas, ao abalar outras crenças arraigadas, nos atiraria em um estado de desespero e desorientação. (POSNER, 2009, p. 5)

Eis uma lição que atinge o cerne da presente investigação. Esta se fundou na defesa da democracia enquanto um regime político que mais se aproxima da positivação e efetivação dos direitos fundamentais – e que, após a primeira inserção formal nos tratados constitutivos da atual União Europeia, constitui desta um valor, um princípio, um pré-requisito de adesão e um objetivo. Esta democracia é também uma verdade não final, mas essencial, e da qual, aos meus olhos, não merece o risco de ser desnaturada, suprimida ou substituída por nenhum dos regimes hodiernamente conhecidos.

5. REFERÊNCIAS

Obras e artigos

A

ABBAGNANO, N. (2012) *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.

ABREU, J. C. (2017) As interações entre jurisdições no contexto da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: para onde caminha a tutela jurisdicional efetiva? In *IX Encontro de Professores de Direito Público*. Lisboa: Universidade Católica Editora. pp. 132-148.

ADEODATO, J. M. (2002) *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva.

AGOSTINHO, L. O. V.; BREGA FILHO, V. (2011) *Proibição de retrocesso e crise econômica: conciliação quase impossível*. In AGOSTINHO, L. O. V.; HERRERA, L. H. M. (Orgs.) *Tutela dos direitos humanos e fundamentais*. Ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito. Birigui: Boreal.

AGOSTINHO, L. O. V.; HERRERA, L. H. M. (2011). *Prefácio*. In _____. (Orgs.) *Tutela dos direitos humanos e fundamentais*. Ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito. Birigui: Boreal Editora.

AGRA, W. M. (2012) *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense.

ALEXY, R. (2015) *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros.

AMORIM, M. C. (2000) Direito Comunitário e jurisdição supranacional. In LEWANDOWSKI, E. R. (Org.) *Direito Comunitário e jurisdição supranacional: o papel do juiz no processo de integração regional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira.

ARENDT, H. (1988) *Da Revolução*. São Paulo: Ática/UnB.

_____. (1989) *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras.

AVRITZER, L. (2003) Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In SANTOS, B. S. (Org.) *Democratizar a democracia*. Os caminhos da democracia participativa. Porto: Edições Afrontamento.

B

BACCELLI, L. (2006) Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito. In COSTA, P.; ZOLO, D. (Orgs.) *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes.

BALIBAR, E. (2012) *Cittadinanza*. Torino: Bollati Boringuieri Editore.

BARBOZA, E. M. Q. (2010) Judicialização da política: um fenômeno jurídico ou político? *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte. Ano 10. N.º 39. pp. 113-126.

BARCELLOS, A. P. A. (2011) *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar.

BARROSO, L. R. (2006a) *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar.

_____. (2006b) Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Quaestio Juris*. UERJ. V. 2. N.º 1. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/11641>.

_____. (2009a) *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva.

_____. (2009b) *Interpretação Constitucional e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva.

_____. (2010) *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br>.

_____. (2012) Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Boston College International and Comparative Law Review*. V. 35. Issue 2. Article 2. Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol35/iss2/2/>.

BARZOTTO, L. F. (2003) *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos.

BASTOS, C. R., GANDRA MARTINS, I. (1988) *Comentários à Constituição do Brasil*. V. I. São Paulo: Saraiva.

BAUMAN, Z. (2005) *Identidade: Entrevista a Benedetto Vecchi*. Rio de Janeiro: Jorge

Zahar.

_____. (2008) *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar

_____. (2011) Prefácio. In MACEDO, D. *A democracia Imposta*. Diálogos com Noam Chomsky e Paulo Freire. Ramada: Edições Pedagogo.

_____. (2011) *44 Cartas do Mundo Líquido Moderno*. Rio de Janeiro: Zahar.

BAUMAN, Z.; BORDONI, C. (2016) *Estado de Crise*. Rio de Janeiro: Zahar.

BAUMAN, Z.; MAURO, E. (2016) *Babel: entre a incerteza e a esperança*. Rio de Janeiro: Zahar.

BECK, U. (2013) *A Europa Alemã*. De Maquiavel a “Merkievel”: Estratégias de poder na crise do Euro. Lisboa: Edições 70.

_____. (1992) *Risk Society: Towards a New Modernity*. Londres: Sage.

BELLAMY, R. (2013) Democracy as Public Law: The Case of Constitutional Rights. Special Issue: Constitutional Reasoning. *German Law Journal*. V. 14. N.º 08. pp. 1017-1038. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2313060.

BELLAMY, R.; CASTIGLIONE, D. (2006) O déficit democrático da Europa e o problema constitucional. In COSTA, P.; ZOLO, D. (Orgs.) *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes.

BLYTH, M. (2013) *Austerity*. The history of a dangerous idea. New York: Oxford University Press.

BOBBIO, N. (1979) *Il problema della guerra e le vie della pace*. Bolonha: Il Mulino.

_____. (1983) *Qual Socialismo?* Debate sobre uma alternativa. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

_____. (1984) *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi.

_____. (1990) *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi.

_____. (1992) *A teoria das formas de governo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

_____. (1995) *Stato, governo, società*. Frammenti di un dizionario politico. Turim: Einaudi.

_____. (1997) *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro.

_____. (1998) *Diário de um século*: Autobiografia. Rio de Janeiro: Campus.

_____. (1999) *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

- _____. (2000) *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- _____. (2001) *Entre duas Repúblicas: As origens da democracia italiana*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- _____. (2002) *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora UNESP.
- _____. (2004) *A era dos direitos*. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier.
- _____. (2005) *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense.
- _____. (2009) *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra.
- _____. (2010) *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- BOBBIO, N. PONTARA, G. VECA, S. (1985) *Crisis de la democracia*. Barcelona: Editorial Ariel.
- BONAVIDES, P. (2004) *A Constituição aberta*. Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. São Paulo: Malheiros.
- _____. (2009) *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros.
- BORGES, J. S. M. (2009) *Curso de Direito Comunitário: instituições de direito comunitário comparado: União Europeia e Mercosul*. São Paulo: Saraiva.
- BOVERO, M. (2002) Democracia y derechos fundamentales. *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N.º 16. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/democracia-y-derechos-fundamentales-0/>.
- _____. (2008) Isto é democracia? In SCHÜLER, F.; AXT, G. SILVA, J. M. (Orgs.) *Fronteiras do pensamento: retratos de um mundo complexo*. São Leopoldo: Unisinos.
- BRANDÃO, A. (2011) As duas concepções de democracia de Bobbio: a ética e a procedimental. In TOSI, G. (Org.) *Norberto Bobbio: Democracia, direitos humanos, paz e guerra*. João Pessoa: Editora UFPB.
- BRITO, W. (2007) Algumas Questões sobre o Actual Modelo de Construção da Europa. In SILVEIRA, A. (Coord.) *50 Anos do Tratado de Roma*. Lisboa: Quid Juris.
- _____. (2017) 40/30 de Constituição e de Integração. A crise nacional e europeia da representação. *UNIO. EU Law Journal*. Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Universidade do Minho. V. 3. N.º 1. pp 25-32. Disponível em <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%203/UNIO%203%20PT/Wlad>

imir%20Brito.pdf.

C

CANOTILHO, J. J. G. (1998) Metodología "fuzzy" y "camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades*: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. pp.35-50 Disponível em <http://hdl.handle.net/10016/1319>.

_____. (2001) *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora.

_____. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.

_____. (2006) *“Brançosos” e a interconstitucionalidade*. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Lisboa: Almedina.

_____. (2008) *Estudo sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. (2008) O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade. Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”. Porto Alegre: *Revista de Doutrina do TRF 4.º Região*. N.º 22. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm.

_____. (2017) As deslocações de compreensão do Estado de Direito. *UNIO - EU Law Journal*. Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Universidade do Minho. V. 3. N.º 1. pp. 4-9. Disponível em <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%203/UNIO%203%20PT/J.J.%20Gomes%20Canotilho.pdf>.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. (1991) *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editores.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. (1985) *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, M. (2016) Austeridad y derecho constitucional: el ejemplo portugués. *Democrazia & Sicurezza*. Periódico científico da Università degli Studi Roma Tre. Disponível em <http://www.democraziaesicurezza.it/Rivista>.

_____. (2016) *Estado Constitucional e Desenvolvimento Económico*. Relatório do

Tribunal Constitucional Português. XI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. Estado Constitucional y Desarrollo Económico. Disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cibero_201606_relatorio.pdf.

_____. (2009) O modelo português de justiça constitucional. Exposição, valoração crítica e possíveis contributos para um modelo europeu de justiça constitucional. *Aletheia - Cuadernos Críticos del Derecho*. N.º 2. pp. 82-101. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/236515>.

CANOTILHO, M.; FROUFE, P. M.; SILVEIRA, A. (2012). The Protection of the Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions. *Reports of the XXV FIDE Congress*. Tallin: Estônia. Disponível em <http://www.cedu.direito.uminho.pt/uploads/Relat%C3%B3rio%20FIDE.pdf>.

CANOTILHO, M.; VIOLANTE, T.; LANCEIRO, R. (2015). Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law. *European Constitutional Law Review*, 11. pp. 155-183.

CAPPELLETTI, M. (1988) *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.

CARVALHAIS, I. E. (2010) O tratado de Lisboa e participação cidadão – indagando o potencial democrático da iniciativa de cidadania europeia (ICE). In SILVEIRA, A. (Org.) *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*. Quid Juris: Lisboa.

CASTELLS, M. (2007) *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra.

_____. (2013) *Redes de Indignação e Esperança*. Movimentos Sociais na Era da Internet. Rio de Janeiro: Zahar.

CAYGILL, H. (2000) *Dicionário Kant*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores.

CHALMERS, A. (1993) *O que é ciência afinal?* São Paulo: Brasiliense.

CHÂTELET, F. (2009) *História das ideias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.

CHOMSKY, N. (2014) *Mudar o mundo*. Lisboa: Bertrand Editora Ltda.

COMPARATO, F. K. (2008) *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva.

_____. (2010) Introdução à edição brasileira. In MÜLLER, F. *Quem é o povo?* A

questão fundamental da democracia – Elementos para uma teoria constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CONSTANT, B. (1985) Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Filosofia Política 2*. Porto Alegre: UNICAMP/UFRGS.

CONTINENTINO, M. C. (2012) Ativismo judicial. Proposta para uma discussão conceitual. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. N.º 193. pp. 141-149.

_____. (2015) Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. *Revista Consultor Jurídico*. Observatório Constitucional. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf#_ftnref2.

COSTA, P. (2016) Il realismo di Danilo Zolo. *Jura Gentium*. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. Disponível em <http://www.juragentium.org/topics/thil/costazolo.html>.

COUTINHO, L. P. P. (2014a) Os direitos sociais como compromissos. *E-pública*. Revista Eletrônica de Direito Público. V. 1. N.º 3. Disponível em <http://www.e-publica.pt/v1n3a06.html>.

_____. (2014b) The “pension convergence” as a political issue. *E-pública*. Revista Eletrônica de Direito Público. V. 1. N.º 1. Disponível em <http://www.e-publica.pt/v1n1a02.html>.

CROUCH, C. (2003) *Postdemocrazia*. Roma: Editori Laterza.

_____. (2013) *A post-democratic society is one that continues to have and to use all the institutions of democracy, but in which they increasingly become a formal shell*. Entrevista concedida a Carrigan, M. In British Politics and Policy blog. L. S. E. The London School of Economics and Political Science. Disponível em <http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/five-minutes-with-colin-crouch/>

CRUZ, P. M.; OLIVIERO, M. (2013) Reflexões sobre a crise financeira internacional e o estado de bem-estar. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. V. 13. pp. 325-339. Curitiba. Disponível em https://www.academia.edu/14492968/reflex%C3%95es_sobre_a_crise_financeira_internacional_e_o_estado_de_bem-estar_-_Paulo_M%C3%A1rcio_Cruz_Maurizio_Oliviero.

D

DAHL, R. A. (1989) *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale UP.

_____. (2012) *Poliarquia: Participação e Oposição*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo.

_____. (2001) *Sobre a democracia*. Brasília: Editora UnB.

DRAIBE, S. M. (2015) *Welfare State* (Verbetes). In DI GIOVANNI, G.; NOGUEIRA, M. A. (Org.) *Dicionário de políticas públicas*. São Paulo: Editora da Unesp; Fundap.

E

EISENBERG, J. (2015) *Democracia Digital* (Verbetes). In *Dicionário de políticas públicas*. (Org.) DI GIOVANNI, G.; NOGUEIRA, M. A. São Paulo: Editora da Unesp; Fundap.

F

FACHIN, O. (2006) *Fundamentos de Metodologia*. São Paulo: Saraiva.

FEITOSA, E. (2009) *O discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação*. Recife: Ed. UFPE.

FERREIRA, A. C. (2014) *Política e Sociedade: Teoria social em tempo de austeridade*. Porto: Vida Econômica.

FERREIRA, E. P. (2014) *Da Europa de Schuman à não Europa de Merkel*. Lisboa: Quetzal.

FERREIRA, J. M. (2013) *Não há mapa cor-de-rosa. A história (mal)dita da integração europeia*. Lisboa: Edições 70.

FINCK, D. E. (1997) *Judicial Review: The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court*. *Boston College International and Comparative Law Review*. V. 20. Issue 1. Article 5. Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1250&context=iclr>.

FREIRE, A.; MOURY, C. (2014) O apoio dos “cidadãos” e das “elites” à UE, antes e depois da crise financeira. Os países periféricos da Europa do Sul (Grécia, Portugal e Espanha) numa perspetiva comparada. *Relações Internacionais*. pp. 97-122. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/ri/n41/n41a07.pdf>.

FROUFE, P. M. (2017) *Constituição económica da União Europeia, antes e depois de*

Lisboa (entre o princípio concorrencial e a “economia social de mercado”). *UNIO - EU Law Journal*. Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Universidade do Minho. V. 3, N.º 1. pp 114-129. Disponível em <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%203/UNIO%203%20PT/Pedro%20Madeira%20Froufe.pdf>.

FONTAINE, P. (1988) *Jean Monnet, um grande objetivo para a Europa*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias.

_____. (2000) *Uma ideia nova para a Europa*. A declaração Schuman. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias.

_____. (2010) *A Europa em 12 lições*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia.

FOUCAULT, M. (1979) *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal.

G

GALDINO, F. (2005) *Introdução à Teoria dos Custos dos direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

GALLINO, L. (2009) *Con i soldi degli altri*. Turim: Einaudi.

GASPAROTO, J. W. (2003) Prefácio. In POZZOLI, L. *Direito Comunitário Europeu: uma perspectiva para a América Latina*. São Paulo: Editora Método.

GAUCHET, M. (2009) *A democracia contra ela mesma*. São Paulo: Radical Livros.

GORJÃO-HENRIQUES, M. (2008) *Direito Comunitário*. Coimbra: Edições Almedina.

GOZZI, G. (1998) Estado contemporâneo (Verbete). In BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. V. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

H

HABERMAS, J. (1987) A nova intransparência. A crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Revista Novos Estudos*. CEBRAP. Dossiê Habermas. N.º 18. pp. 103-114.

_____. (1995) Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova*. São Paulo. N.º 36. pp. 39-53.

_____. (1997) *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. II. Rio de Janeiro:

Tempo Brasileiro.

_____. (1999) Nos limites do Estado. Especial. *Jornal Folha de São Paulo*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs18079905.htm>.

_____. (2001) *A constelação pós-nacional*. Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi.

_____. (2003) *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

_____. (2004) Por que necessita a Europa de uma Constituição? In ROCHA, A. S. E. *Europa, Cidadania e Multiculturalismo*. Braga: Universidade do Minho/Centro de Estudos Humanísticos.

_____. (2007) *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Editora Loyola.

_____. (2012) *Sobre a constituição da Europa*. Um ensaio. São Paulo: Editora da Unesp.

_____. (2014) No turbilhão da tecnocracia: um apelo por solidariedade europeia. *Direito UnB*. Brasília: *Revista de Direito da Universidade de Brasília*. V. 01. N.º 02.

_____. (2015) O governo dos banqueiros. Seção Opinião. *El País*. Disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/26/opinion/1435340365_023707.html.

HOBBS, T. (1998) *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes.

HOBBSBAWM, E. (2009) *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras.

_____. (2007) *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. (1999) *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York, London: W. W. Norton & Company. Edição Kindle.

HUNTINGTON, S. P. (2010) *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva.

HURELL, A. (1993) O apoio externo à democratização e a ordem internacional. In SOLA, L. (Org.) *Estado, mercado e democracia: política e economia comparadas*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

I

- IHERING, R. V. (2010) *A luta pelo direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- IVAN, A.; CUGLESAN, N. (2009) Multi-Level governance and decentralization in the Unitary States of the European Union. Case Study: France And Romania. *Novos Estudos Jurídicos*. V. 14. N. 1. pp. 47-60. ISSN 2175-0491. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1620>.

K

- KANT, I. (2009) *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70.
- KEANE, J. (2010) *Vida e morte da democracia*. São Paulo: Edições 70.
- KELSEN, H. (1998) *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. (2000) *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes.
- KMIEC, K. D. (2004) The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*. V. 2. Issue 5. Article 4. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>.
- KEYNES, J. M. (1920) *The economic consequences of the peace*. New York: Harcourt Brace and Howe. Digitizing sponsor Wellesley College Library.
- KOICHIRO, M. (2004) *La UNESCO y la idea de humanidad*. Brasília: Unesco.
- KRUGMAN, P. (2009) *A crise de 2008 e a economia da depressão*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- KUGELMAS, E. ; BRANCO, M. S. (2005) Os governos subnacionais e a nova realidade do federalismo. In WANDERLEY, L. E. W.; VIGEVANI, T. (Orgs.) *Governos subnacionais e sociedade civil*. Integração regional e Mercosul. São Paulo: EDUC; Fundação Editora da Unesp; Fapesp.

L

- LAFER, C. (1988) *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com Hannah Arendt. São Paulo: Rumo Gráfica Editora.
- _____. (2009) Prefácio. In BOBBIO, N. *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*. São Paulo: Manole.
- LEAL, R. G. (2006a) *Administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do

Advogado.

_____. (2006b) A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. *A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte. Ano 6. N.º 25. pp. 25-40. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/424>.

_____. (2008) Densificações democráticas do serviço público no Brasil: alguns pressupostos. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Ano 8. N.º 33. pp. 91-113. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/325/117>.

LEHMANN, W. (2010) *Democrazia europea, identità costituzionale e sovranità*. La sentenza sul trattato di Lisbona della corte costituzionale tedesca: alcune ripercussioni sulla dottrina costituzionale europea. Policy Department C-Citizens' Rights and Constitutional Affairs European Parliament. Brussels. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

LEWANDOWSKI, E. R. (Org.) (2000) *Direito Comunitário e jurisdição supranacional: o papel do juiz no processo de integração regional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira.

LIJPHART, A. (2011) *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

LINDQUIST, S. A.; CROSS, F. B. (2009) *Measuring judicial activism*. New York: Oxford University Press.

LIMA, J. M. (1888) *A democracia*. Estudo sobre o governo representativo. Porto: Porto Typographia de A. J. Silva Teixeira.

LUTTWAK, E. N.; VERRATI, S. C. (1996) *Che cos'è davvero la democrazia*. Milano: Mondadori.

M

MAC-GREGOR, E. F. (2007) Resenha bibliográfica da obra CAPPELLETTI, M. La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo. *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Direito Constitucional. México: Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho. N.º 21. Disponível em <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones->

constitucionales/article/view/5899/7842.

MADURO, M. P. (2001) O Superavit Democrático Europeu. *Análise Social*. V. XXXVI. N.º 158-159. pp. 119-152. Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218726235P4oDU9zc1En43LC4.pdf>.

MAGALHÃES, J. L. Q. (2009) Comentários ao Art. 1º. In BONAVIDES, P. [et al] *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense.

MANENT, P. (2008) *A Razão das Nações*. Reflexões sobre a democracia na Europa. Lisboa: Edições 70.

MARTINS, A. (2014) *A jurisprudência constitucional sobre as leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade da LOE2014*. Coimbra: Editora Almedina.

MARTINS, G. O. (1999) Uma Europa mediadora e aberta. In VASCONCELOS, A. (Coord.) *Valores da Europa*. Identidade e Legitimidade. Cascais: Principia.

MARTORANO, L. C. (2011) *Conselhos e democracia: em busca da socialização e da participação*. São Paulo: Expressão Popular.

MATIAS, E. F. P. (2005) *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra.

MAUS, I. (1989) Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*. N.º 58. pp. 183-201.

MAXIMILIANO, C. (2006) *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense.

MEAGLIA, P. (1994) *Bobbio e la democrazia*. Le regole del gioco. Fiesole: Edizioni Cultura della Pace.

MELLO, C. A. (1996) *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar.

MESQUITA, M. J. R. (2017) Para onde vai a UE: três perspectivas e três questões da integração. *EU Law Journal*. Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Universidade do Minho. V. 3, N.º 1. pp. 81-94. Disponível em <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%203/UNIO%203%20PT/Maria%20Jos%C3%A9%20Rangel%20de%20Mesquita.pdf>.

MORAIS, C. B. (2014) De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”. *E-pública*. V. 1 N.º 3. Disponível em <http://www.e-publica.pt/pdf/artigos/Vol.%201-%20N%C2%BA%203-Art.05.pdf>.

MORGENTHAU, H. J. (2003) *A política entre as nações*. A luta pelo poder e pela paz. Brasília: Editora da UnB.

MÜLLER, F. (2010) *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia – Elementos para uma teoria constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

N

NEVES, M. (1994) *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica.

_____. (2009) *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.

NOVAIS, J. R. (2010) *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra.

_____. (2015) *A dignidade da pessoa humana*. Dignidade e direitos fundamentais. Vol. I. Coimbra: Almedina. _____. (2014) The fundamental right to a retirement pension in a financial emergency scenario. *E-pública*. V. 1. N.º 1. Disponível em <http://e-publica.pt/pdf/artigos/Vol.1-N%C2%BA1-Art.03.pdf>.

NUNES, J. A.; SERRA, N. (2003) “*Casas decentes para o povo*”: movimentos urbanos e emancipação em Portugal. In SANTOS, B. S. (Org.) *Democratizar a democracia*. Os caminhos da democracia participativa. Porto: Edições Afrontamento.

O

O'CONNOR, C. (2014) Austerity and the Faded Dream of a Social Europe. In NOLAN, A. (Ed.) *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*. Cambridge University Press: Forthcoming. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2317534.

OLIVEIRA, E. P. (2004) *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey.

P

PALMSTORFER, R. (2014) Austerity measures on trial: On the compatibility of austerity measures with the European Convention of Human Rights. *E-pública*. Revista Eletrónica de Direito Público. V. 4. N.º 3 (Número Especial). Disponível em <http://e-publica.pt/pdf/artigos/Vol.%201-%20N%C2%BA%203-Art.08.pdf>.

PEREIRA, P.T. (2012) *Portugal: Dívida Pública e Défice Democrático*. Lisboa: FFMS.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. (2005) *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes.

PERNICE, I. (2008) *The treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in action*. New York: Columbia Law School. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/228228045_The_Treaty_of_Lisbon_Multilevel_Constitutionalism_in_Action.

PRZEWORSKI, A. ALVAREZ, M. CHEIBUB, J. LIMONGI, F. What Makes Democracies Endure? Project MUSE. *Journal of Democracy*. V. 7. N.º. 1. Disponível em <https://muse.jhu.edu/article/16730>.

PINHEIRO, A. S. (2014) A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7. N.º. 1. Brasília: IDP. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/961>.

PINZANI, A. (2012) Apresentação à edição brasileira. In HABERMAS, J. *Sobre a Constituição da Europa: um ensaio*. São Paulo: Ed. Unesp.

PIOVESAN, F. (2012) *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva.

POMPEU, G. V. M., PIMENTA, C. A. A. (2015) O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI. *Revista Direito e Desenvolvimento*. V. 6. N.º. 2. Disponível em <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/616>.

PORTINARO, P. P. (2008) *Introduzione a Bobbio*. Roma-Bari: SEDIT.

POSNER, R. A. (2009) *Para além do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.

POSSENTI, I. *Lavoro e diritti sociali. Le premesse neoliberali della flexicurity europea*. Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. Disponível em <http://www.juragentium.org/topics/rights/it/possentix.pdf>

POZZOLI, L. (2003) *Direito Comunitário Europeu: uma perspectiva para a América Latina*. São Paulo: Editora Método.

R

RABENHORST, E. R. (2005) A dignidade do homem e os perigos da pós-humanidade. Periódico UFPB. *Verba Juris*. Ano 4. N.º. 4. pp. 105-126. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14815>.

RAMOS, G. (2015) *Contracapa. Linhas Tortas*. Rio de Janeiro: Editora Record.

- RAMOS, P. M. G. N. (2013) *Torturem os números que eles confessam*. Sobre o mau uso e abuso de Estatísticas em Portugal, e não só. Coimbra: Edições Almedina.
- RANGEL, P. (2009) *O Estado do Estado*: Ensaio de política constitucional sobre justiça e democracia. Portugal: Publicações Dom Quixote.
- RANGEL, V. M. (2010) *Direito e relações internacionais*: legislação internacional anotada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- _____. (2012) Transconstitucionalismo *versus* interconstitucionalidade. Uma leitura crítica do pensamento “transconstitucional” de Marcelo Neves. In *Tribunal Constitucional – 35.º Aniversário da Constituição de 1976*. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora.
- RAWLS, J. (2000) *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes.
- REGONINI, G. (2009) Estado do Bem-estar (Verbetes). In BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Vol. I. Brasília: Editora UnB.
- REVEL, J. F. (1984) *Como terminam as democracias*. São Paulo: DIFEL.
- RIBEIRO, R. (2010) Democracia (Verbetes). In BARRETO, V. P. (Org.) *Dicionário De Filosofia Política*. São Leopoldo: Unisinos.
- ROCHA, A. S. E. (2001) O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Vol. 2. N.º 2. pp. 49-67. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>.
- ROCHA, C. L. A. (1998) A reforma do Poder Judiciário. *Revista de Informação Legislativa*. N.º 137.
- _____. (2002) Democracia, constituição e administração pública. *A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte. Ano 2. N.º 91-103. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/737>.
- _____. (2004) *Europa, Cidadania e Multiculturalismo*. Braga: Universidade do Minho/Centro de Estudos Humanísticos.
- RODRIGUES, J. C. (2012) Sobre a abundância de direitos em tempos de crise. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*. Ano 5. Número 3.
- RODRIGUES, C. F.; FIGUEIRAS, R.; JUNQUEIRA, V. (Coords.) (2016) *Introdução ao estudo – Desigualdade do Rendimento e Pobreza em Portugal, 2009-2014*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.
- RORTY, R. (2010) *Uma ética laica*. São Paulo: Martins Fontes.

ROSA, M. J. V.; CHITAS, P. (2013) *Portugal e a Europa: os Números*. Lisboa: Ensaio da Fundação.

ROSENFELD, D. L. (1994) *O que é democracia*. São Paulo: Brasiliense.

ROUSSEAU, J. J. (1978) [1757] *Do contrato social*. Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural.

S

SAMPAIO, J. A. L. (2010) *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey.

SANTOS, B. S. (2006a) *A gramática do tempo*. Para uma nova cultura política. Porto: Edições Afrontamento.

_____. (2006b) *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez.

_____. (2007) *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo Editorial.

_____. (2012) *Portugal*. Ensaio contra a autoflagelação. Coimbra: Edições Almedina.

_____. (2016) Para uma nova visão da Europa: aprender com o Sul. *Revista Sociologias* [on line], Porto Alegre. Ano 18. N°. 43. pp. 24-56. Disponível em <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/sociologias/article/view/65699>.

SANTOS; B. S.; AVRITZER, L. (Orgs.) (2003) *Democratizar a democracia*. Os caminhos da democracia participativa. Porto: Edições Afrontamento.

SANTOS, B. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. (1995) *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – CES. Disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm.

SANTOS, N. N. (2000) Direito Comunitário – 45 anos. In LEWANDOWSKI, E. R. (Org.) *Direito Comunitário e jurisdição supranacional: o papel do juiz no processo de integração regional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira.

SARAIVA, J. F. S. (Org.) (2008) *História das relações internacionais contemporâneas: da sociedade internacional do Século XIX à era da globalização*. São Paulo: Saraiva.

SARLET, I. W. (2011) *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

_____. (2015) *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (2010) Prefácio. In _____. (Orgs.) *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. (2010) Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, I. W.; TIMM, L. B.; (Orgs.) *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SCHUMPETER, J. (1984) *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores.

SEN, A. (2012a) *A ideia de justiça*. Coimbra: Almedina.

_____. (2012b) Austerity is undermining Europe's grand vision. *The Guardian Journal*. Europe Opinion. Disponível em <https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/jul/03/austerity-europe-grand-vision-unity>.

_____. (2015a) *Identidade e violência: a ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural.

_____. (2015b) *The economic consequences of austerity*. Versão Editada. Disponível em <http://www.newstatesman.com/politics/2015/06/amartya-sen-economic-consequences-austerity>.

SEN, A. (2017b) *Referendums are like opinion polls*. Sometimes they're very wrong. *Economics*. *The Observer*. Disponível em <https://www.theguardian.com/books/2017/jan/22/amartya-sen-brex-it-trump-press-freedom>.

SEN, A.; KLIKSBURG, B. (2010) *As pessoas em primeiro lugar*. A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras.

SEVCENKO, N. (2001) *A corrida para o século XXI: no loop da montanha russa*. São Paulo: Companhia das Letras.

SILVA, C. A. [et al] (2010) Saídas institucionais ou a força do processo democrático na prevalência da Constituição? *A&C Revista de Dir. Administrativo & Constitucional*. Ano 10. N.º 41. pp. 123-145. Disponível em

<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/279/155>.

SILVA, G. A. (2010) *Dicionário de relações internacionais*. Barueri, São Paulo: Manole.

SILVA, J. A. (2017a) *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores.

_____. (2017b) *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores.

SILVA, L. (2013) *Progresso como emancipação da humanidade na filosofia da história de Kant*. (Tese de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia - Doutorado Integrado UFPB-UFPE-UFRN). João Pessoa: UFPB.

SILVA, T. M. A. (2011) *Norberto Bobbio e a questão democrática: encruzilhadas e perspectivas*. (Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal da Paraíba). João Pessoa: UFPB.

SILVEIRA, A. (Coord.) (2010a) *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*. Quid Juris, Lisboa.

_____. (2010b) Constitucionalismo estadual e constitucionalismo europeu: A superação do complexo de “eterno marido”. *Revista Jurídica do Uniaraxá*. V. 14. N. 13. Disponível em <http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/49/41>.

_____. (2010c) *Tratado de Lisboa*. (Colaboração de FROUFE, P. M.). Versão consolidada. Lisboa: Quid Juris.

_____. (2011a) Da interconstitucionalidade na União Europeia (ou do esbatimento de fronteiras entre ordens jurídicas). *Scientia Iuridica*. Tomo LX. N.º 326.

_____. (2011b) *Princípios de Direito da União Europeia*. Doutrina e Jurisprudência. Coleção Erasmus – Ensaios e Monografias. Lisboa: Quid Juris.

_____. (2017) Da ativação judicial de direitos fundamentais sociais na União Europeia – desafios da democracia em tempos de austeridade e desalento. In ROCHA, M. E. (Coord.) *O alcance dos direitos humanos nos estados lusófonos*. Superior Tribunal Militar. Brasília. [no prelo]

SILVEIRA, A., CANOTILHO, M. (Coords.) (2013) *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina.

SILVEIRA, A. FERNANDES, S. P. (2014) Justiça em tempo de crise: o papel dos tribunais europeus enquanto garantes da democracia. *UNIO. União Europeia Law*

Jornal. Braga: Universidade do Minho.

SIQUEIRA, A. C. B; COUTINHO, A. L. C. (2017) Dignidade humana: uma perspectiva histórico-filosófica de reconhecimento e igualdade. *Problemata*. Revista Internacional de Filosofia. V. 8. N.º 1. pp. 7-23. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/problemata/index>.

SOARES, A. G. (1997) O défice democrático da União Europeia: alguns problemas conexos. *Análise Social*. V. XXXII (142), 1997 (3.º), pp. 627-648.

SOUZA, R. (2008) O direito grego antigo. In WOLKMER, A.C. (Org.) *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey.

SOROMENHO-MARQUES, V. (2012) A crise como experiência de sofrimento. *Radar Ensaio*. Disponível em <http://www.viriatosoromenho-marques.com/Imagens/PDFs/01%2003%202012%20VS-M%20Visao%20Crise%20como%20Sofrimento.pdf>.

_____. (2013) A Europa alemã. *Radar Ensaio*. Disponível em <http://www.viriatosoromenho-marques.com/Imagens/PDFs/21%2002%202013%20VS-M%20Visao%20A%20Europa%20alema.pdf>.

_____. (2014) *Portugal na queda de Europa*. Lisboa: Círculo de Leitores e Temas e Debates.

STRECK, L. L. (2000) *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

_____. (2003) *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

T

TEIXEIRA, E. (2005) *As três metodologias: acadêmica, da ciência e da pesquisa*. Petrópolis: Vozes.

TRECHSEL, A. [et. al...] (2014) *Portugal nas decisões Europeias: uma perspectiva comparada*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

TERRA, R. R. (1995) *A Política Tensa: Ideia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras.

TOCQUEVILLE, A. (2000) *A democracia na América: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os*

americanos. V. II. São Paulo: Martins Fontes.

TODOROV, T. (2012) *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras.

TOSI, G. (2010) Realismo e cosmopolitismo nas relações internacionais. In SANTORO, E. [et al] (Org). *Direitos humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre: Tomo Editorial. pp. 39-57.

_____. (2011) As três formas de democracia em Norberto Bobbio. In _____ (Org.) *Norberto Bobbio: Democracia, direitos humanos, paz e guerra*. João Pessoa: Editora UFPB.

TOSTES, A. P. B. (2004) *União Europeia: o poder político do direito*. Rio de Janeiro: Renovar.

TSATSANIS, E. (2015) *O futuro da governação democrática na era da globalização: o triunfo ideológico de uma forma de governo ultrapassada*. Disponível em www.researchgate.net/publication/279749949_O_futuro_da_governacao_democratica_na_era_da_globalizacao_o_triumfo_ideologico_de_uma_forma_de_governo_ultrapassada.

TUSHNET, M. V. (2003) Alternative Forms of Judicial Review. *Georgetown University Law Center*. Reprinted from Michigan Law Review. V. 101, N.º 8. Disponível em <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1247&context=facpub>.

_____. (2013) Social and Economic Rights: Historical Origins and Contemporary Issues. *E-pública*. Revista Eletrónica de Direito Público. V. 1. N.º 3. Disponível em <http://nektarbrand.com/maquetes/e-publica/v1n3a02.html>.

U

URBANO, M. B. (2013) Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional. In GONÇALVES, P. [et al] *A crise e o direito público*. VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências-Jurídico Políticas.

V

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. (2007) Dezessete anos de

judicialização da política. *Tempo Social*. V. 19, N.º 2. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso.

VICTORIA, A. G. (2014) Los derechos sociales en tiempos de crisis económica. Comunicação apresentada no Congresso Internacional. *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*. Disponível em <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-19-14>.

W

WOOD, E. M. (2010) *Democracia contra capitalismo*. A renovação do materialismo histórico. São Paulo: Boitempo Editorial.

WALDRON, J. (2006) The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. 115:1346. Disponível em https://cddl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf.

_____. (2009) *Dignity, Rank, and Rights*. The Tanner Lectures on Human Values. Delivered at University of California, Berkeley. pp. 208-253. Disponível em http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/w/Waldron_09.pdf.

_____. (2013) Is Dignity the Foundation of Human Rights? New York University School of Law. *Public Law & Legal Theory Research*. Working paper N.º 12-73. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2196074.

Y

YTURBE, C. (2011) Norberto Bobbio: Democracia y derechos. In TOSI, G. (Org.) *Norberto Bobbio: Democracia, direitos humanos, paz e guerra*. João Pessoa: Editora UFPB.

Z

ZOLO, D. (1987) *Complessità e democrazia*. Per una ricostruzione della teoria democratica. Turim: Giappichelli.

_____. (1989) *La democrazia difficile*. Roma: Editori Riuniti.

_____. (1992a) *Democracy and complexity*. A realist approach. Cambridge: Polity

Press.

_____. (1992b) *Il principato democrático*. Per una teoría realística della democrazia. Milano: Feltrinelli.

_____. (1994) Autorecensione “Il principato democratico: Per una teoria realistica della democrazia”. *Scienza & Politica*. Per una storia delle dottrine. V. 6. N.º 11. Disponível em <https://scienzaepolitica.unibo.it/article/view/2981>.

_____. (2004) *Globalizzazione*. Una mapa dei problemi. Roma: Editori Laterza.

_____. (2006) Cittadinanza. Storia di un ideale europeo. In *Jura Gentium*. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. Disponível em <http://www.juragentium.org/topics/rights/it/cittadin.htm>.

_____. (2006b) Teoria e crítica do Estado de Direito. In COSTA, P.; ZOLO, D. (Org.). *O Estado de Direito*. Teoria, história e crítica. São Paulo: Martins Fontes.

_____. (2007) *Da cittadini a sudditi*. La cittadinanza policita vanificata. Milano: Edizioni Punto Rosso.

_____. (2008) *L'alito della libertà*. Su Bobbio. Con venticinque lettere inedite di Norberto Bobbio a Danilo Zolo. Milano: Feltrinelli.

_____. (2010) *Tramonto globale*. La fame, il patibolo, la guerra. Firenze: Firenze University Press.

_____. (2011a) *Sulla paura*. Milano: Feltrinelli.

_____. (2011b) *Rumo a um ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*. Florianópolis: Editora Boiteux.

_____. (2011c) *Un granello di sabbia sollevato dal vento*. Una biografia intellettuale. Entrevista concedida a Maria Luiza Alencar Feitosa e Giuseppe Tosi. (mimeo)

Relatórios citados no corpo da tese

ADAMSON, P. [et al] (2012) Office of Research UNICEF. *Child well-being in rich countries A comparative overview*. Disponível em http://www.unicef.pt/docs/FINAL_RC11-ENG-LORES-fnl2.pdf.

CANOTILHO, Mariana Rodrigues, on behalf of Ius Gentium Conimbrigae (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Portugal*. Milieu Ltd: Belgium. Disponível em

<http://www.europarl.europa.eu/studies>. European Parliament. Policy Departments.

DEMETRIOU, Corina. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Cyprus*. Milieu Ltd: Belgium. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>. European Parliament. Policy Departments.

FISCHER-LESCANO, A. (2014) *Human Rights in Times of Austerity Policy. The EU institutions and the conclusion of Memoranda of Understanding*. Vienna. Legal opinion commissioned by the Chamber of Labour. Centre of European Law and Politics (ZERP) Faculty of Law, University of Bremen. Disponível em https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/press-release/files/legal_opinion_human_rights_in_times_of_austerity_policy_final.pdf.

GHAILANI, Dalila (OSE) with VANHERCKE, Bart (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Belgium*. Milieu Ltd: Belgium. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>. European Parliament. Policy Departments.

GRILO, M. M. (Coord) (2013) *As crianças e a crise em Portugal*. Vozes de crianças, Políticas Públicas e indicadores sociais. Relatório-síntese. UNICEF. Comitê Português. Disponível em: www.unicef.pt

JUNCKER, J. (2014) *Concluir a União Económica e Monetária Europeia*. Relatório da Comissão Europeia. Disponível em <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/emu-report-2015>

KALTSOUNI, Styliani; KOSMA, Athina. FRANGAKIS, Nikos (senior reviewer) (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Greece*. Milieu Ltd: Belgium. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>. European Parliament. Policy Departments.

KELLY, Gillian; NOLAN, Aoife (senior reviewer) (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Ireland*. Milieu Ltd: Belgium. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>. European Parliament. Policy Departments.

MAGALHÃES, P. (redator) (2009) *A qualidade da democracia em Portugal: A Perspectiva dos Cidadãos*. Relatório SEDES. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Disponível em <http://www.sedes.pt/documentacao.aspx?args=2,8&tipo=artigos&ID=47>

NASTASI, Giuseppe; PALMISANO, Giuseppe (senior reviewer) (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Italy*. Milieu Ltd: Belgium. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>. European Parliament. Policy Departments.

REPORT CARITAS EUROPE. (2014) *The european crisis and its human cost. A call for fair alternatives and solutions*. Disponível em http://www.caritas.eu/sites/default/files/caritascrisisreport_2014_en.pdf.

RODRIGUES, C. F., FIGUEIRAS, R. e JUNQUEIRA, V. (2016). *Desigualdade do Rendimento e Pobreza em Portugal: As Consequências Sociais do Programa de Ajustamento, FFMS*. Disponível em <http://portugal desigual.ffms.pt>

TAMAMOVIĆ, A. I. (2015) *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*. Comparative analysis. Milieu Ltd: Belgium. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>. European Parliament. Policy Departments.

VALIÑO, V. (Coord) (2013) *Emergencia habitacional en el estado español: la crisis de las ejecuciones hipotecarias y los desalojos desde una perspectiva de derechos humanos*. Observatorio Desc (derechos económicos, sociales y culturales). Plataforma de afectados por la hipoteca. Disponível em http://afectadosporlahipoteca.com/wp-content/uploads/2013/12/2013-Informe_habitatge-17Dic.pdf.

VILA, J. L.; FREIXES, T. (2015). *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Spain*. Milieu Ltd: Belgium. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>. European Parliament. Policy Departments.

Tratados e Convenções internacionais

(Os anos que seguem aludem à versão consolidada na publicação referenciada).

Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais (2007). Disponível em [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32007X1214(01)).

Ato Único Europeu (1987). Disponível em https://europa.eu/european-union/sites/europa.eu/files/docs/body/treaties_establishing_the_european_communities_single_european_act_pt.pdf.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2007). Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem (2010). Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

Tratado da Comunidade Europeia da Energia Atômica - Euratom (2010). Disponível em https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_pt.pdf.

Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (1951). [versão em italiano]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=PT>.

Tratado da União Europeia (1992). Disponível em https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_pt.pdf.

Tratado de Amsterdã (1997). Disponível em https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf.

Tratado de Lisboa (2007). Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>.

Tratado de Nice (2001). Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12001C/TXT&from=PT>.

Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (2004). Disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2004.310.01.0001.01.POR&toc=OJ:C:2004:310:TOC.

Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia [Tratado de Roma]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PT>.

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2012). Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012M/TXT>.

Tratados de Adesão da Croácia (2012), República da Bulgária e da Roménia (2005), República Checa, da Estónia, de Chipre, da Letónia, da Lituânia, da Hungria, de Malta, da Polónia, da Eslovénia e da Eslováquia (2003), da Áustria, da Finlândia e da Suécia (1994), da Espanha e de Portugal (1985), da Grécia (1979), da Dinamarca, da Irlanda e

do Reino Unido (1972). Disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-accession.html?locale=pt>.

Principais websites consultados

Banco Central Europeu. <http://www.ecb.europa.eu/ecb/html/index.pt.html>.

Biblioteca Infoeuropa. <https://infoeuropa.euroid.pt/>.

Centro de Estudos em Direito da União Europeia. CEDU. UMinho. Jurisprudência. <http://www.cedu.direito.uminho.pt/Default.aspx?tabid=4&pageid=79&lang=pt-PT>

Comissão de Assuntos Europeus
<http://www.parlamento.pt/sites/com/XIILeg/4CAE/Paginas/default.aspx>

Comissão Europeia. <http://ec.europa.eu/eurostat>

Conselho Europeu. <http://www.consilium.europa.eu/pt/european-council/>

Eur-Lex. <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>

Europa. Portal Oficial. http://europa.eu/index_pt.htm

Eurostat. <http://ec.europa.eu/eurostat>.

Instituto Democracia Portuguesa (IDP) http://idportuguesa.pt/?page_id=6613

Parlamento Europeu. <http://www.europarl.europa.eu/>

Provedor de Justiça Europeu. <http://www.ombudsman.europa.eu/home/pt/default.htm>

Tribunal Constitucional Português. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>

Tribunal de Contas Europeu. <http://www.eca.europa.eu/pt/Pages/ecadefault.aspx>

Tribunal de Justiça da União Europeia. http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

Wikipedia. https://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:P%C3%A1gina_principal

Youtube. Conferências. <https://www.youtube.com>

ANEXO I

Breve Cronologia da Edificação da União Europeia¹⁰⁶¹

1950	Robert Schuman propõe a subordinação, pelo Governo francês, do conjunto da produção franco-alemã de carvão e do aço a uma Alta Autoridade comum. Este modo de gestão conjunta se daria no âmbito de uma organização aberta aos outros países europeus.
1951	Assinado em Paris o Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). Os países fundadores são seis: Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Holanda.
1952	Assinatura em Paris do Tratado que institui a Comunidade Europeia da Defesa (CED).
1954	Rejeição do Tratado CED pela Assembleia Nacional francesa.
1957	Assinatura em Roma dos Tratados que instituem a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Euratom.
1963	Em uma conferência de imprensa, o general De Gaulle anuncia o veto francês à entrada do Reino Unido na CEE. Um dos marcos da década de 1960 é o fato dos países da Comunidade terem abdicado da cobrança de direitos aduaneiros referentes às trocas comerciais realizadas entre si.
1970	Assinatura em Luxemburgo do acordo que prevê o financiamento progressivo das Comunidades a partir de recursos próprios e que estabelece o alargamento dos poderes de controle do Parlamento Europeu.
1973	Primeiro Alargamento, com a entrada da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido na CEE (com referendo negativo na Noruega). O bloco passa a contar com 9 Estados.
1975	Assinatura do Tratado que institui um Tribunal de Contas europeu.

¹⁰⁶¹ Fontes: FONTAINE, P. (2000) *Uma ideia nova para a Europa*. Op. cit..

1979	Entrada em vigor do Sistema Monetário Europeu (SME). Primeira eleição, por sufrágio universal direto, dos 410 deputados do Parlamento Europeu.
1981	Segundo Alargamento, com a adesão do décimo Estado à Comunidade Europeia: Grécia.
1985	A Groenlândia (região autônoma) deixa a Comunidade Europeia, não obstante a Dinamarca permaneça no bloco.
1986	Terceiro Alargamento, com a adesão de Espanha e de Portugal. A Comunidade passa então a contar com 12 Estados. Assinatura, no Luxemburgo e na Itália do Ato Único Europeu, que prevê um programa (ao longo de seis anos) visando eliminar os entraves ao livre fluxo de comércio na União Europeia, criando o “Mercado Único” europeu.
1989	Queda do Muro de Berlim. Reunificação da Alemanha.
1990	Assinatura dos acordos que instituem o Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BERD).
1992	Assinatura do Tratado da União Europeia em Maastricht (em primeiro referendun rejeitado pela Dinamarca, e aprovado pelo mesmo instrumento no ano seguinte)
1993	Etapa decisiva para o estabelecimento do Mercado Único, com a instituição das chamadas de “quatro liberdades”: livre circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais.
1995	Quarto Alargamento, com a adesão da Áustria, Finlândia e Suécia. A União Europeia passa a ser composta por 15 Estados-Membros.
1999	Onze países da União Europeia entram na terceira fase da UEM e adotam o euro. Início da presidência alemã. Entrada em vigor do Tratado de Amsterdã.
2002	Entrada em circulação das moedas e notas do euro. Seis meses depois, retirada das moedas e notas das moedas nacionais.
2004	Quinto Alargamento, com a adesão de dez novos Estados: Chipre,

	<p>Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia, República Tcheca e Eslováquia.</p> <p>A União Europeia passa a ser constituída por 25 Estados-Membros.</p>
2007	Sexto Alargamento, com a adesão da Bulgária e da Romênia.
2009	Entrada em vigor do Tratado de Lisboa.
2012	A União Europeia recebe o Premio Nobel da Paz.
2013	<p>Sétimo Alargamento, com a adesão da Croácia.</p> <p>A União Europeia passa a contar então com 28 Estados-Membros.</p>
2016	<p>Mediante plebiscito é aprovado o <i>Brexit</i> (abreviação dos termos <i>Britain e exit</i>), ou seja, a saída voluntária e unilateral do Reino Unido da União Europeia.</p> <p>O artigo 50 do Tratado de Lisboa prevê o prazo de dois anos para a negociação da saída de um Estado-Membro da União Europeia.</p>

ANEXO II

Relatórios referentes aos impactos da crise e das medidas de austeridade nos direitos humanos e fundamentais (2012-2016)

(Por ordem cronológica de publicação, com referência da instituição financiadora)

2012

1. *The future of the Welfare State. A comparative study in EU-countries.* (Relatório, Publicações Caritas Internacional) dispõe sobre o futuro do Estado Social em tempos de crise;
2. *O Impacto da Crise no Bem-estar dos Portugueses.* (Relatório, SEDES)
3. *Sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia.* (Relatório, Parlamento Europeu)

2013

4. *A aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.* (Relatório, Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões)
5. *The impact of the european crisis. A study of the impact of the crisis and austerity on people, with a special focus on Greece, Ireland, Italy, Portugal and Spain.* (Relatório, Caritas Internacional) dispõe sobre os impactos humanos da crise e das políticas de austeridade, com uma especial ênfase nas pessoas que vivem a pobreza e a exclusão social, segundo Organizações Caritas dos países foco.
6. *A anatomia da crise: Identificar os problemas para construir as alternativas.* (Relatório Preliminar, Observatório sobre as crises e alternativas)
7. *Social Cohesion and the State in times of Austerity. Cyprus.* (Estudo, The Friedrich-Ebert-Stiftung – FES, organização privada, sem fins lucrativos)
8. *As crianças e a crise em Portugal. Vozes de crianças, Políticas Públicas e indicadores sociais.* (Relatório, UNICEF, Comitê Português)
9. *Social Cohesion and the State in Times of Austerity Country Case Study: Spain.* (Estudo, The Friedrich-Ebert-Stiftung – FES, organização privada, sem fins lucrativos)

2014

10. *Portugal and the Global Crisis The impact of austerity on the economy, the social model and the performance of the state.* (Relatório, PEDROSO, Paulo) avalia como a estratégia de Portugal para lidar com a crise econômica internacional iniciada em 2008 afetou a situação econômica e social do país.

11. *The european crisis and its human cost. A call for fair alternatives and solutions.* (Relatório, Caritas Internacional) dispõe sobre o impacto da crise e da austeridade nas pessoas, com um foco especial sobre Chipre, Grécia, Irlanda, Itália, Portugal, Romênia e Espanha.

12. *Os direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Acórdãos selecionados.* (Relatório, Centro de Estudos Judiciários - Lisboa)

13. *The impact of the financial crisis on the health system and health in Greece.* (Estudo de caso, European Observatory on Health Systems and Policies)

14. *The impact of the financial crisis on the health system and health in Ireland.* (Estudo de caso, European Observatory on Health Systems and Policies)

15. *The impact of the financial crisis on the health system and health in Portugal.* (Estudo de caso, European Observatory on Health Systems and Policies)

16. *Social Cohesion and the State in Times of Austerity. Italy.* (Estudo, The Friedrich-Ebert-Stiftung – FES, organização privada, sem fins lucrativos)

2015

17. *Families in the economic crisis: Changes in policy measures in the EU.* (Relatório, Eurofound, Publications Office of the European Union).

18. *Poverty and inequalities on the rise. Just social models needed as the solution!* (Relatório, Caritas Internacional) dispõe sobre o impacto da crise e da austeridade na vida das pessoas, com um foco especial nos residentes em Chipre, Grécia, Irlanda, Itália, Portugal, Romênia e Espanha

19. *Impactos da Crise nas Crianças Portuguesas Indicadores, Políticas, Representações.* (Relatório, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa – ICS)

20. *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Portugal.* (Relatório requerido pela Comissão das Liberdades

Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, Parlamento Europeu)

21. *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Cyprus.* (Relatório requerido pela Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, Parlamento Europeu)

22. *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Belgium.* (Relatório requerido pela Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, Parlamento Europeu)

23. *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Greece.* (Relatório requerido pela Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, Parlamento Europeu)

24. *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Ireland.* (Relatório requerido pela Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, Parlamento Europeu)

25. *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Italy.* (Relatório requerido pela Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, Parlamento Europeu)

26. *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Country Report on Spain.* (Relatório requerido pela Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, Parlamento Europeu)

27. *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Comparative analysis.* (Relatório requerido pela Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, Parlamento Europeu)

2016

28. *End poverty in Europe. Our solutions to make it happen.* Relatório (Caritas Internacional, 2016) que aponta para uma mudança do paradigma progressista da Europa, onde a preocupação tem sido voltada para a estabilidade do orçamento público (austeridade) e crescimento em detrimento das pessoas.

29. *Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights on his mission to Greece.* (Conselho de Direitos Humanos, ONU, 2016)

30. *Desigualdade do Rendimento e Pobreza em Portugal: As Consequências Sociais do Programa de Ajustamento.* (Relatório, FFMS)
31. *Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context, on her mission to Portugal* (Conselho de direitos Humanos, ONU, 2016)
32. *Violations of fundamental rights: collateral damage of the Eurozone crisis? Paper* (European Social Observatory, 2016)