REVISTA DO PROGRAMA DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Número 6

Cátedra Jean Monnet da FGV Direito Rio

Organizadora

Paula Wojcikiewicz Almeida

Education and Culture DG
Lifelong Learning Programme

FGV DIREITO RIO

REVISTA DO PROGRAMA DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

CÁTEDRA JEAN MONNET DA FGV DIREITO RIO

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

REVISTA DO PROGRAMA DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

CÁTEDRA JEAN MONNET DA FGV DIREITO RIO

Número 6

ORGANIZADORA
PAULA WOJCIKIEWICZ ALMEIDA

EDIÇÃO FGV DIREITO RIO

Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição — Uso Não Comercial — Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil / Printed in Brazil
Fechamento da 1ª edição em dezembro de 2016
Este livro foi aprovado pelo Conselho Editorial da FGV Direito Rio, e consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

Coordenação: Rodrigo Vianna, Sérgio França e Thaís Mesquita
Capa: Thales Estefani
Diagramação: Leandro Collares — Selênia Serviços
1ª revisão: Antônio dos Prazeres
2ª revisão: Erika Alonso

Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Mario Henrique Simonsen / FGV

Revista do Programa de Direito da União Europeia : cátedra Jean Monnet da FGV Direito Rio. — N.6 (2016) — Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2016.
80 p.

Organizadora: Paula Wojcikiewicz Almeida.
Inclui bibliografia.
ISBN: 978-85-63265-73-9

1. União Europeia — Periódicos. 2. Direito internacional público — Periódicos. I. Almeida, Paula Wojcikiewicz. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

CDD — 341.115

SUMÁRIO

I — APRESENTAÇÃO DA OBRA 7

II — ARTIGOS 9

A ATUAL CRISE DOS REFUGIADOS NA EUROPA:
O DÉFICIT NORMATIVO À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL
DOS DIREITOS HUMANOS 11
Maíra Batista de Lara

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O REGULAMENTO GERAL
SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS: ENTRE GARANTIAS
E AMEAÇA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO 31
Raquel C. M. Belay

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVAS DA UNIÃO EUROPEIA 49
Isabella Almeida de Sá e Benevides e Raissa Pose Pereira

A LEGISLAÇÃO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS
E O AUMENTO DA DISCRIMINAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA 67
Letícia do Valle Pestana de Paula

I — APRESENTAÇÃO DA OBRA

Apresento ao leitor o sexto volume da **Revista do Programa de Direito da União Europeia**. O livro constitui uma publicação dos trabalhos de conclusão de curso dos alunos inscritos e selecionados na *Cátedra Jean Monnet* da FGV DIREITO RIO. A FGV DIREITO RIO é uma das poucas Instituições de Ensino Superior do Brasil eleitas para contar com o apoio institucional e financeiro da Comissão Europeia.

A *Cátedra Jean Monnet* segue na linha do anterior *Módulo Jean Monnet*, e é composta por diversas atividades no âmbito do ensino e pesquisa do Direito da União Europeia, bem como de outros sistemas de integração sob a ótica comparada. Entre as atividades da Cátedra, oferecemos o curso sobre "Regionalismo Comparado", inovador, realizado no âmbito do Programa Erasmus + da Comissão Europeia, que se insere no objetivo do bloco de estimular o ensino, a pesquisa e a reflexão de temas relacionados à integração europeia em instituições de ensino superior dentro e fora da União. É com este objetivo que é publicado o sexto volume da **Revista**, que conta com trabalhos de alunos internos e externos à FGV DIREITO RIO.

O curso possui a duração de um semestre e é ministrado nas instalações da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro. Possui enfoque nas organizações regionais com foco comparado, abordando-se, entre outros temas, o Direito Institucional da União Europeia, bem como o Direito Institucional do Mercosul. O curso é interdisciplinar e envolve questões não apenas relacionadas ao direito, mas também às relações e à política internacional. A interdisciplinaridade constitui a maior riqueza e atratividade do curso, e se reflete igualmente na presente publicação.

Os trabalhos ora apresentados relacionam-se com os assuntos tratados durante o curso, mas não se limitam a eles. A presente edição traz três contribuições acerca de temas importantes e atuais da integração europeia e comparada.

O primeiro trabalho foi produzido pela aluna Maíra Batista de Lara. Intitulado "A atual crise dos refugiados na Europa: O déficit normativo à luz do direito internacional dos direitos humanos", o trabalho tem enfoque na suposta

parcialidade da aplicação dos direitos humanos no que concerne à proibição do uso do véu, e traz à baila diversos julgados recentes da Corte Europeia de Direitos Humanos acerca do assunto.

A segunda contribuição, de autoria da aluna Raquel C. M. Belay, analisa o papel do alto representante na construção de uma política externa comum nos processos de integração. A autora realiza uma análise comparada entre a figura do alto representante e sua atuação tanto na União Europeia quanto no Mercosul, no qual o cargo foi recentemente instituído, bem como seus desafios para ambos os blocos.

O terceiro artigo, de autoria das alunas Isabella Almeida de Sá e Benevides e Raissa Pose Pereira, tem como tema "Os direitos fundamentais: Perspectivas da União Europeia". As autoras buscam avaliar o desenvolvimento da Política Comum de Segurança e Defesa, antes conhecida como Política Europeia de Segurança e Defesa, bem como suas limitações, conforme determinado pelo tratado do bloco.

O último artigo, de autoria de Letícia do Valle Pestana de Paula, concentra-se no panorama atual, assim como nos avanços e desafios da legislação sobre direitos fundamentais e sua relação com a crescente discriminação na União Europeia, focando-se para tal no caso dos Roms. Assim, intitula-se "A legislação sobre direitos fundamentais e o aumento da discriminação na União Europeia.

No término desta apresentação, gostaria de agradecer a todos que, direta ou indiretamente, tornaram possível a elaboração deste livro, sobretudo aos alunos que se destacaram no curso em virtude da qualidade de seus trabalhos que ora são publicados e aos professores convidados que participaram e enriqueceram nossa Cátedra.

Paula Wojcikiewicz Almeida
Coordenadora da *Cátedra Jean Monnet* da FGV DIREITO RIO[1].

1 Professora de Direito Internacional com dedicação em tempo integral da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO RIO). Coordenadora da Cátedra Jean Monnet, financiada pela Comissão Europeia e pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade da FGV DIREITO RIO. Pesquisadora Associada do Institut de Recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIES). Doutora *summa cum laude* em Direito Internacional e Europeu pela École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1. Doutora em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (cotutela). Mestre em Direito Público Internacional e Europeu pela Université Paris XI, Faculté Jean Monnet. Cursos de aperfeiçoamento na Academia de Direito Internacional da Haia (2005; 2011 e 2013); Organização dos Estados Americanos (2006, 2007, 2009) e Instituto Europeu de Florença (2007). Pesquisadora bolsista do Centro de Estudos e de Pesquisas em Direito e Relações Internacionais da Academia de Direito Internacional da Haia (2010). Pesquisadora visitante no Max Planck Institut for Comparative Public Law and International Law e na Faculty of Law da University of Oxford. Linhas de pesquisa: Direito das Organizações Internacionais; Direito da Integração Econômica; solução pacífica das controvérsias internacionais e Tribunais Internacionais. Autora de diversos artigos e livros relacionados às linhas de pesquisa, dentre outros, do livro *La difficile incorporation et mise en oeuvre des normes du Mercosur: aspects généraux et exemple du Brésil* (LGDJ, 2013).

II — ARTIGOS

A ATUAL CRISE DOS REFUGIADOS NA EUROPA: O DÉFICIT NORMATIVO À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Maíra Batista de Lara[1]

Resumo

O direito dos refugiados representa um dos grandes desafios da União Europeia. Destaca-se que os requerentes de refúgio são migrantes com um status diferenciado em razão da situação de perseguição. Esta situação especial implica um tratamento diferenciado por parte dos países de entrada. Diante disso, o presente artigo aborda as dificuldades normativas no âmbito comunitário. Para compreender a importância atribuída à matéria é abordado também o aspecto fático. A atual crise de refugiados permite verificar as tensões políticas e as divergências entre os países que compõem o bloco europeu. Após a verificação dos diversos dispositivos que preveem o tratamento ao direito de refúgio verificou-se que o instrumento normativo prioritário é a diretiva. As diretivas existentes limitam-se a estabelecer direitos e condições para o requerimento do refúgio e o procedimento para este. Neste cenário, identifica-se uma limitação das normas comunitárias. O adequado tratamento da matéria deve ser feito a partir da leitura integrativa dos direitos humanos em momentos anteriores e posteriores ao pedido de refúgio.

Palavras-chave

Direito Internacional dos Refugiados. Diretivas. Crise Europeia. Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Introdução

A União Europeia tem enfrentado inúmeras dificuldades em relação aos refugiados que objetivam fugir de graves conflitos armados ocasionados principalmente no norte da África e na Síria. O grande fluxo de pessoas que tentam

1 Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização linha de pesquisa: Direito Penal. Professora substituta da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Graduada em Direito pela UERJ (2011). E-mail: <mairalara@yahoo.com.br>.

ingressar no espaço de livre circulação europeu coloca mais uma vez a União diante da necessidade de tratamento em conjunto do problema para que assim possam sobrevir soluções equânimes.

Esta é a principal dificuldade discutida no presente artigo. Desde o início do processo de integração da Europa, as questões de imigração e de direito de refúgio (e asilo) são colocadas como temas para a normatização conjunta, visto que a livre circulação de bens e serviços também implica livre circulação de mão de obra, ou seja, de pessoas. Nesta linha, a forma de acolhimento e garantias de direitos também precisavam ser elevadas do âmbito nacional dos Estados-membros (e, portanto, de suas legislações internas) para o âmbito do direito europeu.

Por outro lado, a preocupação com a segurança dos países também reflete a importância da criação do direito comum sobre o tema dos refugiados e da imigração. No presente estudo será identificada a estrutura normativa comum a respeito do direito de refúgio. Procura-se mostrar suas limitações para que a partir delas possa ser desenvolvida uma nova abordagem do tema que envolva a ampliação da proteção aos direitos humanos.

Para tanto, além da identificação das normas já existentes, objetivou-se apresentar os problemas fáticos que envolvem a recepção e concessão aos indivíduos vítimas de perseguição o direito de ser acolhido. Esta é uma questão de relevo na medida em que cresce o quantitativo destas pessoas em países com fronteiras externas, principalmente, Hungria, Grécia e Itália, e ocasiona-se um desequilibro interno em relação às responsabilidades dos países da União.

Desta forma, são identificadas as disposições europeias sobre o tema, bem como suas lacunas e a dificuldade de construção do direito comum diante de mais um momento de tensões entre a proteção de direitos e as medidas securitárias. Por fim, pretende-se mostrar que ampliação do âmbito de proteção dos direitos humanos neste tema pode auxiliar na criação de mecanismos mais eficazes para o tratamento da matéria.

1. O direito de refúgio na União Europeia: A estrutura normativa e a crise atual

Historicamente, em razão das guerras e conflitos armados ocorridos na Europa, identifica-se intenso processo de emigração durante as duas Grandes Guerras. Observa-se que o desenvolvimento da União Europeia a partir da Comunidade do Carvão e do Aço embora concebida, inicialmente, como uma união específica para aspectos econômicos já era vislumbrada por alguns de seus idealizadores como uma integração mais abrangente[2].

2 Neste sentido foi a intenção de integração de Walter Halltein. COMISSÃO EUROPEIA DIREÇÃO-GERAL DA COMUNICAÇÃO. Compreender as políticas da União Europeia: Os pais fundadores da União Europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2013.

O avanço da integração entre os países europeus teve impacto em sentidos opostos no tocante à circulação de pessoas. Se por um lado o Acervo Schengen[3] reduz e elimina as barreiras para a circulação de cidadãos europeus nas fronteiras internas Se por um lado ao tratar das fronteiras externas é perceptíveljá por outro é perceptível o recrudescimento ao tratar. O tratamento diferenciado para os migrantes dos denominados "nacionais de países terceiros"[4] pode ser percebido nas normas adotadas pela União Europeia em matéria sobre os refugiados[5] e sobre os migrantes irregulares.

No bojo do Conselho Europeu de Tampere, realizado em 1999, houve o impulso de harmonização da matéria no âmbito comunitário. Entretanto, os objetivos propugnados no encontro obtiveram pequenos avanços. Sabina Anne Spinoza e Claude Moraes[6] destacam que no momento posterior à sessão do Conselho Europeu pôde-se perceber que o enfoque seria sobre a migração, em especial a irregular, e as formas para desestimulá-las e repreendê-las em detrimento das políticas relativas ao asilo.

---

3 O acervo Schengen é composto por: O acordo de Schengen assinado em 1985, a Convenção de implementação assinada em 1990, os protocolos de acesso e as decisões e declarações adotadas pelo Comitê Executivo criado pela Convenção de Implementação. O acervo Schengen foi integrado ao direito comunitário pelo protocolo B anexo ao Tratado de Amsterdã. Há também os regulamentos como o conhecido Código de Fronteiras Schengen (regulamento nº 562/2006) e os que se referem à necessidade de vistos. SOARES, Denize de Souza. A política de migração da União Europeia: pavimentando o caminho para a "fortaleza Europeia". Ano de apresentação: 2005. Tese (Doutorado em Direito Internacional) — Faculdade de Direito da Uerj. Rio de Janeiro, 2005. p. 112-113.

4 Entende-se por "nacional de país terceiro": "«Nacional de país terceiro», uma pessoa que não seja cidadão da União, na acepção do nº 1 do artigo 17º do Tratado, e que não beneficie do direito comunitário à livre circulação nos termos do nº 5 do artigo 2º do Código das Fronteiras Schengen" esta é a definição encontrada na diretiva de retorno. Tal definição remete ao conceito de cidadania estabelecida no artigo 17º, do Tratado da Comunidade Europeia, o qual define a cidadania da União para aqueles que são nacionais de um dos Estados-membros. Por sua vez o artigo 2º, item 5, reafirma o conceito de cidadania europeia e fala da livre circulação de nacionais de países terceiros e seus familiares no caso de haver acordo entre a União e seus Estados-membros e o país terceiro.

5 Os refugiados estão em processo migratório, contudo eles se distinguem dos migrantes. Os refugiados são migrantes que abandonaram seu país de origem em razão de perseguições e encontram-se em situação de risco. Este é o conceito adotado pela Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Interessante notar que a Convenção é fruto de um momento de acentuado fluxo migratório de nacionais europeus que fugiam das Grandes Guerras. Além da definição de refugiado constante na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 é possível verificar na Convenção da Organização da Unidade Africana, de 1969, e na Declaração de Cartagena, de 1984, definições que refletem situações vividas no contexto africano e latino-americano.

6 ESPINOZA, Sabina Anne. MORAES, Claude. The law and politics of migration and asylum: The Lisbon Treaty and the EU. In: *The European Union after the treaty of Lisbon*. New York: Cambridge University Press, 2012.

Embora nas conclusões da presidência após o encontro em Tampere[7] esteja claro o objetivo de criação de um sistema comum europeu este não foi plenamente desenvolvido como será visto adiante. De acordo com os autores mencionados acima este posicionamento reflete um aspecto político, que foi a presidência do Conselho exercida pela Dinamarca (a partir de 2002). O posicionamento deste país impactou a agenda de trabalho do Conselho[8].

Além desta pauta voltada para a questão das imigrações ilegais é possível perceber que o acervo comunitário sobre o direito de asilo ocorreu essencialmente por meio de diretivas[9], apenas os acordos de Dublin, Dublin II e Dublin III (como será visto adiante) foram por meio de regulamento. Tendo em vista que as diretivas enfatizam objetivos determinados e não impõem meios para estes, há um maior espaço de discricionariedade por parte dos Estados-membros e, por consequência, a harmonização fica prejudicada.

Além disso, deve-se compreender que estas normas se direcionam para os países-membros, mas também para os nacionais de países terceiros que estão em situação de vulnerabilidade e dificilmente terão conhecimento de todos os dispositivos necessários para concretizar os pedidos de asilo. Assim, o direito fundamental de acesso à justiça é obstado; quanto mais complexo for o arcabouço normativo, mais impedimentos à efetiva proteção ocorrerão. Por isso, compreender o complexo sistema da União Europeia sobre o refúgio implica citar as normas já implantadas e vislumbrar as dificuldades delas decorrentes.

Em 2005, a diretiva 2005/85/CE dispôs sobre a concessão e retirada do status de Refugiado e em 2008 foi adotada a denominada diretiva de retorno (diretiva nº 2008/115/CE). Ambas apresentam termos amplos[10] que possibilitam interpretações ambíguas e desfavoráveis ao indivíduo que busca o asilo[11]. Em-

---

7 Conclusões da Presidência disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.

8 ESPINOZA, Sabina Anne. MORAES, Claude. Ibid. p. 163-164.

9 As diretivas são uma espécie normativa que estabelecem um determinado objetivo a ser atingido pelos Estados-membro. Este instrumento legislativo deve ser transposto para o direito interno dos países, ou seja, não tem aplicação imediata, mas é fixado prazo para sua internalização. SARMIENTO, Daniel. *O sistema Normativo da União Europeia e sua Incorporação às Ordens Jurídicas dos Estados-membros*. p. 54-88. In: AMBOS, Kai; PEREIRA, A. C. Mercosul e União Europeia: perspectiva da integração regional. Rio de Janeiro: Lúmem Iuris, 2006. p. 68.

10 ALMEIDA, Paula. A diretiva de retorno como um reflexo do endurecimento da política de imigração da União Europeia: uma solução à géométrie variable. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro. ano 5 nº 17-18. p. 435-472, jan-jun. 2010

11 No presente artigo o termo "asilo" não é utilizado em seu conceito técnico de instituto Latino-Americano reconhecido regionalmente como asilo diplomático, mas tão somente como o direito ao asilo territorial. Celso de Mello destaca que refugiado é quem se beneficia do asilo territorial, tornando os termos quase equivalentes. MELLO, Celso D. A. *Curso de Direito Internacional Público.* 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004, p. 1093. Por sua vez, José H. Fischel de Andrade diferencia a origem de ambos institutos considerando que

bora possa ser verificado a garantia formal de direitos fundamentais, como o devido processo legal, verifica-se que em diversas situações as garantias por elas previstas não são regularmente aplicadas em virtude de interpretações muito restritivas feitas pelos Estados.

Além destas disposições deve-se citar o regulamento[12] de Dublin (estipulado em 1990), o regulamento de Dublin II (regulamento nº 343/2003 do Conselho) e Dublin III (regulamento nº 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho). Um regulamento sucede o outro a respeito do estabelecimento de critérios para atribuir ao Estado-membro a responsabilidade de receber os pedidos de asilo[13].

Tal regulamento cria critérios para determinar o local de solicitação de asilo. Pretende-se estabelecer critérios objetivos e, de acordo com o disposto no texto, hierarquizados para impedir que ocorra sobreposição na atribuição de análise dos pedidos. O regulamento utiliza o termo "Estado responsável" para estabelecer o Estado-membro que será encarregado da análise do pedido de asilo.

Tais critérios estão estabelecidos no capítulo III do regulamento de Dublin III. Nota-se que a fixação destes critérios está em consonância com os princípios do Direito Internacional dos Refugiados. Entre eles o princípio da unidade familiar, conforme preconiza os artigos 9º, 10º e 11º, do Regulamento nº 604/2013.

Além dos critérios constantes no capítulo III, de forma expressamente subsidiária, o artigo 3º, 2, do regulamento dispõe que o indivíduo deve apresentar seu pedido de refúgio para o primeiro Estado no qual tiver ingressado. São várias as razões que justificam esta regra. Esta determinação auxilia na identificação e controle do número dos refugiados, bem como busca evitar que o indivíduo solicite refúgio em diversos países diferentes, garante maior segurança jurídica e evita que o solicitante escolha o foro para proceder ao pedido.

---

o refúgio surgiu a partir do século XX com os fatos originados da Primeira Guerra Mundial. Segundo o autor, esta proteção jurídica nasce no âmbito da extinta Liga das Nações para grupos de refugiados determinados. FISCHEL DE ANDRADE, José H. *O Direito Internacional dos Refugiados*: Evolução Histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996. P.19 e ss.

12 O regulamento está previsto no artigo 249, do Tratado da Comunidade Europeia. Este instrumento normativo tem aplicação imediata e direta a todos os Estados-membro. "Os regulamentos não requerem execução normativa por parte dos Estados-Membros, pois suas disposições já operam na ordem jurídica (...)". SARMIENTO, Daniel. *O sistema Normativo da União Europeia e sua incorporação às Ordens Jurídicas dos Estados-Membros. Op. cit.* p. 68.

13 A revogação é expressa. Em seu artigo 24, o regulamento de Dublin II dispõe que o regulamento anterior foi substituído. De igual forma o artigo 48 do regulamento de Dublin III prevê a revogação do regulamento de Dublin II. Tais regulamentos estão disponíveis em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003R0343> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:180:0031:0059:PT:PDF>. Acesso em: 15 de nov. 2015.

No entanto, essas regras têm se mostrado ineficientes. Isto porque há um desequilíbrio numérico entre os países que recebem refugiados. Países que possuem costa para o mar Mediterrâneo tendem a absorver maiores contingentes tal como ocorre com a Grécia e a Itália. O ingresso pelo sul da Itália registrou cerca de 116.000[14] imigrantes[15] irregulares, e pela Grécia há intenso aumento na imigração, contando com mais 211.000 indivíduos ingressando de forma irregular devido à proximidade da costa de países do norte da África[16].

Por consequência, esses países, por vezes, não realizam os procedimentos necessários para a identificação destas pessoas que buscam acolhimento e tampouco são capazes de assegurar os direitos fundamentais dos requerentes de asilo. Esta dificuldade prática foi reconhecida pelo próprio Tribunal de Justiça Europeu.

Nos pedidos de decisão prejudicial requeridos pela Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido) e pela High Court (Irlanda), respectivamente nos processos C-411/2010 e C-493/2010, por exemplo, o tribunal reconhece que embora os países da UE sejam considerados seguros[17], na prática é preciso verificar se os Estados possuem condições de garantir os direitos fundamentais dos requerentes de asilo.

No parágrafo 87 do acórdão do Tribunal o desequilíbrio entre os Estados-membros no tocante ao contingente recebido é evidenciado[18]. Ainda que nesta decisão fique claro que entre os membros da UE prevalece o princípio da confiança mútua e a presunção de respeito aos direitos fundamentais, a sobrecarga de um deles pode implicar o não cumprimento adequado do sistema comum europeu de asilo.

---

14 Estes são números registrados pelos dados da FRONTEX.

15 No presente artigo utiliza-se comumente o termo "imigrante" ou "migrante", posto que o status de refugiado precisa ser reconhecido pelo país que acolhe o indivíduo.

16 SILVA Jr., Evaldo. O refúgio no Direito Internacional Contemporâneo. Ano de apresentação: 2015. Dissertação (mestrado em Direito Internacional) — Faculdade de Direito da Uerj. Rio de Janeiro, 2015. p. 16.

17 Por serem considerados seguros o envio do requerente a asilo para o Estado-membro responsável não importa inobservância ao princípio *non-refoulement* e estaria em consonância com o sistema comum europeu.

18 Assim dispõe o parágrafo 87 do referido acórdão: "No que diz respeito à situação na Grécia, é pacífico entre as partes que apresentaram observações no Tribunal de Justiça que esse Estado-membro era, em 2010, o ponto de entrada na União de cerca de 90% dos migrantes ilegais, sendo certo que os encargos suportados por esse Estado-membro resultantes deste afluxo são desproporcionados em relação aos suportados pelos restantes Estados-membros e que as autoridades gregas são materialmente incapazes de fazer face a este afluxo. A República Helênica indicou que os Estados-membros não tinham aceitado a proposta da Comissão de suspender a aplicação do Regulamento nº 343/2003 e de o alterar, atenuando o critério da primeira entrada". Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5974bbedcd81248e58cdf871aaa51bf39.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSbx90?text=&docid=117187&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1020263>. Acesso em: 25 fev. 2015.

Outro aspecto problemático destacado pelo Chefe da Polícia Federal Alemã, Dieter Romman[19], é o grande número de migrantes que teria entrado na Alemanha após passar livremente pela Itália. Ou seja, o migrante que chega à costa italiana por vezes não é identificado (na forma do regulamento nº 2725/2000/CE) e transpõe a fronteira entre os países membros da EU porque são partes do acordo Schengen[20]. Assim, a dificuldade de comportar o grande número de indivíduos que ingressam na Europa buscando proteção fragiliza também a ideia de liberdade de locomoção dentro do bloco.

Além desta postura, a Itália, bem como outros países, adotou uma outra estratégia de impedir o acesso dos migrantes ainda em alto-mar[21]. Os navios italianos interceptam embarcações guiadas por traficantes de pessoas[22] para forçar o retorno antes mesmo do ingresso em território italiano.

Este delicado quadro mostra que o esforço da União Europeia em reprimir a entrada ilegal no território dos Estados-membros está, em verdade, retroalimentando e ampliando rotas ilegais. Cathryn Costello[23] e outros pesquisadores apresentaram em seu estudo estas consequências e destacaram que a própria exigência de vistos para países da África e do Oriente Médio levam muitos indivíduos para as arriscadas viagens clandestinas.

Outra crítica destacada pelos autores é a ausência de previsão no regulamento da oitiva dos próprios requerentes a respeito do local no qual têm

19 HASSELBACH, Christoph. Política europeia para refugiados é fragmentada. DW. S.l. Publicada em: 20 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.dw.com/pt/pol%C3%ADtica-europeia-para-refugiados-%C3%A9-fragmentada/a-18200970>. Acesso em: 29 fev. 2016.

20 Conforme destacado por SILVA e AMARAL, a migração de indivíduos extracomunitária é o problema mais grave: "Sob a óptica de Schengen, dos Tratados Constitutivos e do Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo, portanto, fica claro que a origem da ameaça reside do lado de fora da União. Esta ameaça seria a estrangeira, e se manifesta em forma de delinquência organizada e transnacional grave, terrorismo, tráfico de estupefacientes e de seres humanos, atos delitivos que consideraram vinculados às populações não cidadãs, em especial às migrações irregulares". SILVA, Wanise Cabral; AMARAL, Nemo de Andrade do. A migração na Europa: a ação política da União Europeia para as migrações extracomunitárias. Revista Sequência. Florianópolis, nº 66, p. 235/259, jul. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/10.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2016.

21 Como exemplo é possível citar a operação Triton e Poseidon coordenadas pela FRONTEX (cuida da Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras externas dos Estados-membros). Tais operações têm como objetivo resgatar imigrantes em situação de risco em alto-mar e paralelamente impedir que eles ingressem em território da União Europeia. Comunicado de imprensa da Comissão Europeia. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5597_en.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

22 Outra forma utilizada para travessia do mediterrâneo é denominada "navio fantasma" na qual os traficantes de pessoas abandonam o navio cargueiro com as pessoas dentro e deixam a embarcação ligada no piloto automático.

23 COSTELLO, Cathryn et al. Enhancing the common European Asylum system and alternatives to Dublin. Study for LIBE Committee. Directore-General for internal policies. Policy Department C — Citizens' Rights and Constitutional affairs European Parliament. B-1047. Brussels. 2015. P.21 e ss. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU(2015)519234_EN.pdf>.Acesso em: 8 mar. 2016.

interesse de fixar sua residência. Ou seja, o sistema atual vincula obrigatoriamente o Estado considerado responsável e o requerente sem que seja possível questionar tais critérios.

Observa-se que um Estado individualmente recebe o pedido, acolhe o requerente e lhe confere, ou nega, o status de refugiado. Portanto, todo o processo decisório a respeito da condição do indivíduo recai sobre um país. Esta sistemática favorece que os Estados-membros busquem não se responsabilizar pelos contingentes. Por isso a atuação conjunta tem sido ampliada. As comunicações da Comissão[24] têm enfatizado a importância da atuação das agências europeias, tal como o Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo (European Asylum Support Office — EASO, sigla em inglês), em especial nos países que estão em situação de intenso fluxo de migrantes[25] (os denominados "hotspot").

Há, também, a discussão a respeito de uma nova reorganização das regras de Dublin. Notadamente, há intenção de equacionar o número de refugiados de acordo com o número de habitantes e capacidade econômica dos países (sistema de realocação dos refugiados). Contudo, esta proposta encontra resistência por parte de alguns. Importante destacar que o desejo de uma ação comum entre os Estados-membros neste tema é previsto de forma recorrente nos tratados que constituem o bloco europeu.

Inicialmente, a ideia da livre circulação de pessoas estava ligada estritamente à livre circulação de trabalhadores dentro da União[26]. O tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht) já previa em seu artigo K.1 das disposições sobre a cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos que a matéria de asilo e imigração de nacionais de países terceiros deveriam ser cuidadas no âmbito do direito da União Europeia.

O tratado de Amsterdã também dispõe sobre o tema em seu artigo 2º, item 15, ao prever a incorporação do Título III-A com os artigos 73º-I e artigo 73º-K. Entretanto, estas disposições preveem a futura implantação pelo Conselho de normas comuns sobre refúgio.

---

24 Destaca-se a COM 2016 (85) F1, na qual são apontados os problemas atuais, bem como os planos de ação em curso e o desenvolvimento de mais metas para a implementação efetiva deles. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/1-2016-85-PT-F1-1.PDF>. Acesso em: 7 mar. 2016.

25 Esta função está expressa no artigo 2º do Regulamento nº 439/2010: "Artigo 2. (...) 2. O Gabinete de Apoio presta apoio operacional efectivo aos Estados-membros cujos sistemas de asilo e acolhimento estejam particularmente sujeitos a pressões, mobilizando todos os recursos úteis à sua disposição, incluindo a eventual coordenação de recursos disponibilizados pelos Estados-membros nas condições estabelecidas no presente regulamento. " Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=celex:32010R0439>. Acesso em: 7 mar. 2016.

26 SOARES, Denize de Souza. *Op. cit.* p. .104.

Nota-se que a formação da União Europeia se pauta pela observância dos direitos humanos e da constituição de um espaço de liberdade, segurança e justiça. Neste sentido, o tratado de Lisboa, 2007, afirmou a força normativa da Carta de Direitos Humanos da União Europeia (2000), na qual em seu artigo 18[27] enumera o direito ao asilo. O tema também está presente na Convenção Europeia dos Direitos do Homem em seu protocolo adicional nº 4, em seu artigo 4º no qual está prevista a proibição de expulsão coletiva de estrangeiros.

No entanto, em muitas disposições normativas da União Europeia há uma confusão e mistura entre o tratamento direcionado para os migrantes e para os refugiados. O migrante considerado irregular é aquele que não preenche os requisitos estabelecidos no artigo 5 do Código de Fronteiras Schengen, ao qual remete também o artigo 3º, 2, da diretiva de retorno. Assim sendo, o migrante que busca refúgio será considerado irregular na medida em que não tenha condições de provar seus meios de subsistência e tampouco possua documentos que comprovem suas identificações.

Além destes aspectos, tanto o código de fronteiras Schengen quanto a diretiva de retorno determinam como medida prioritária para os imigrantes irregulares o retorno a seus países de origem ou outro que os aceite. Entretanto, o direito internacional dos refugiados pauta-se pelo princípio do *non-refoulement*, ou seja, para a preservação da integridade física e psíquica dos indivíduos em busca de asilo é vedada o envio destes de volta ao país do qual fugiram. Por tal razão, estas normas devem ser afastadas no tocante aos indivíduos que buscam o refúgio, pois estes estão sendo perseguidos[28].

Atualmente, uma nova onda migratória está em curso na Europa e decorre principalmente da guerra na Síria. O Alto-Comissariado da ONU para refugiados (ACNUR) considera que apenas uma ação conjunta dos Estados Europeus poderia garantir os direitos dos refugiados. Entre as rotas utilizadas, muitos refugiados tentaram o ingresso pela Hungria, porém a reação do primeiro-mi-

27 Assim dispõe o artigo 18: "É garantido o direito de asilo, no quadro da Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951 e do Protocolo de 31 de janeiro de 1967, relativos ao estatuto dos refugiados, e nos termos do Tratado que institui a Comunidade Europeia". Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2015.

28 FISCHEL DE ANDRADE, José H. evidencia a dificuldade da conceituação do termo perseguido ou perseguição. Segundo o autor, tal termo não é definido na maioria dos textos legais e nas ocasiões em que há tentativa dessa conceituação surgem mais conceitos indeterminados. Neste sentido, Fischel demonstra que esta ausência de definição é problemática, posto que muito pedidos de refúgio são negados baseados na não existência de perseguição do indivíduo. Desta forma, o autor propõe que sejam analisados alguns elementos, tais como: quem efetua a perseguição, como ocorre esta, quais são suas vítimas, quando ela acontece e quais são seus motivos. ANDRADE, J. H. Fischel de. *On the Development of the concept of "Persecution" in International Refugee Law.* III Anuário brasileiro de Direito Internacional. v. 2. p. 114-132. 1º semestre, 2006. Disponível eletronicamente no site: <http://www.cedin.com.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-direito-internacional/>. Acesso em: 5 nov. 2015. Os artigos 9º e 10º da diretiva nº 2011/95/ UE tentam fixar esse conceito.

nistro Viktor Orbán evidenciou que a imigração (mesmo sendo de refugiados) é vista apenas como ameaça à economia e segurança dos países europeus[29].

Algumas medidas extremamente hostis foram aplicadas, tais como: a construção de uma cerca na fronteira com a Sérvia, o uso de bombas de água e de gás lacrimogênio e o bloqueio ao acesso dos refugiados à estação de trem de Budapeste. A repercussão destas medidas mostrou que a regulação do tema ainda precisa avançar. A condição de refugiado pressupõe uma análise individual.

Assim, nos momentos de intensas crises migratórias, os Estados têm se mostrado ineficazes no processamento dos pedidos. Esta foi uma das alegações da Hungria[30], considerando que não havia condições materiais de aplicar a regra estabelecida no regulamento de Dublin a respeito do processamento e análise do pedido de refúgio no primeiro país-membro da União a qual chegarem os indivíduos.

Notadamente este regulamento ao estabelecer tal critério privilegiou a segurança das fronteiras externas. Contudo, gerou desequilíbrio entre os Estados-membros os quais possuem estas fronteiras considerando que aqueles países que não têm contato fronteiriço com países terceiros apenas excepcionalmente processariam os pedidos de asilo.

A União Europeia tem se manifestado para efetivar melhores respostas para a iminente crise. Neste contexto é possível destacar instrumentos normativos que estão pautando a política de asilo. São eles: a Diretiva Procedimentos de Asilo (2005/85/CE, atual: 2013/32/EU), a Diretiva do Estatuto dos Refugiados (2004/83/CE, atual: 2011/95/EU), a Diretiva Condições de Acolhimento (N. 2003/9/EC, atual: 2013/33/UE) e as regras do EURODAC (regulamento nº 2725/2000/EC)[31] sobre o recolhimento de impressões digitais. No entanto, o tratamento conferido aos indivíduos nestas diretivas ainda se pauta, de forma acentuada, na coercitividade. Utiliza-se largamente a detenção como forma de impedir fugas e eventuais transposições ilegais de fronteiras[32].

---

29 SERRANO, Pedro Estefam. *A resposta húngara à crise dos refugiados e o velho dilema europeu*. Carta Capital. Publicado em 30 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/internacional/a-resposta-hungara-a-crise-de-refugiados-e-o-velho-dilema-europeu-9197.html>. Acesso em: 2 de nov. 2015.

30 Ana Bárbara M. Tesche relata que no centro de recepção em Debrecen falta pessoal para realizar acompanhamento médico e psicológico. Além disso, o centro comporta pessoas em situações jurídicas diversas, por exemplo refugiados que fizeram o pedido de asilo e imigrantes ilegais. TESCHE, Ana Bárbara M. Diretiva da União Europeia: uma análise do centro de recepção dos refugiados em Debrecen, Hungria. Revista *Cippus Unilasalle*. Rio Grande do Sul. n. 2, v. 2. p.1-12, 2013. p. 6-7. Disponível em: <http://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Cippus/article/view/1068/946>. Acesso em: 1 mar. 2016.

31 O sistema EURODAC consiste em um sistema integrado de recolhimento de impressões digitais para identificação de imigrantes que já tenham solicitado asilo em um país da EU ou que tenha trânsito irregular por algum dos Estados-membros.

32 Cabe destacar que os considerandos nºs 15 e 16, bem como o artigo 8º, da diretiva nº 2013/33/EU, estabelecem a detenção como o último recurso, contudo, na prática este procedimento é comumente utilizado.

Diante da situação atual, pautada pela dificuldade de harmonização e crescimento constante do número de requerentes, e do interesse perene pelo enfrentamento conjunto da questão do asilo, a Comissão Europeia está negociando um plano de urgência para realocar cerca de 120 mil refugiados que seriam divididos de acordo com um cálculo estabelecido pela própria Comissão. Este plano de atuação pauta-se pelo artigo 78, nº 3, do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Em razão deste dispositivo que compõe as normas comunitárias, os Estados-membros devem acolher o mecanismo de realocação de urgência, tendo em vista o princípio da primazia que se impõe. Marco Borraccetti[33] destaca que a medida temporária incentiva a solidariedade e a cooperação entre os Estados-membros e apresenta aspectos objetivos para fixação do número de refugiados a serem realocados. Contudo, apresenta algumas falhas, entre elas, segundo o autor, não há previsão de sanção caso o Estado recuse o refugiado.

Paralelamente, a Comissão Europeia busca desenvolver um mecanismo que estabeleça quotas permanentes de refugiados por país-membro da União Europeia[34], entretanto alguns países se posicionaram contra essa política. A alegação destes é de que por razões econômicas não teriam condições de alocar os refugiados. Este impasse tende a se agravar em razão dos recentíssimos ataques terroristas ocorridos na França no dia 13 de novembro (o presidente francês, François Hollande, declarou estado de emergência e anunciou o fechamento das fronteiras)[35].

Desta forma é possível compreender que o ambiente da União Europeia enfrenta diversas dificuldades no tocante à política comum sobre asilo. Além do aspecto econômico, muitos países da União argumentam não ter capacidade de integrar e garantir os direitos mínimos aos refugiados, deve-se ater, também, para a questão cultural e da segurança. Diante deste cenário dificultoso é preciso compreender e resgatar a razão da solicitação de refúgio: o direito ao refúgio se funda nos direitos humanos.

---

33 BORRACCETTI, Marco. "to quota" or "not to quota"? The EU facing effective solidarity in its asylum policy. Disponível em: <https://www.academia.edu/14758184/_To_quota_or_not_to_quota_The_EU_facing_effective_solidarity_in_its_Asylum_Policy>. Acesso em: 4 mar. 2016.

34 Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/09/saiba-como-funciona-o-plano-da-uniao-europeia-para-os-refugiados.html>. Acesso em: 10 nov. 2015.

35 No momento da elaboração deste artigo ocorreu um ataque à capital Paris, tendo sido registrado um número de mortos extremamente elevado, fala-se em 129 mortos e centenas de feridos. Os ataques ocorreram no centro de Paris 10ème e 11ème arrondissement, próximo ao estádio de futebol Stade de France, dentro da casa de espetáculos Bataclan, onde houve o maior número de vítimas, e em outros pontos da cidade. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/11/estado-islamico-reivindica-ataques-em-paris.html>. Acesso em: 14 nov. 2015.

2. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados: Uma leitura integrada para fomentar mais proteção para os refugiados na União Europeia

A atual interpretação do ACNUR sobre a integração entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional dos refugiados demonstra uma dupla acepção nesta inter-relação. A primeira identifica-se com a positivação do direito de asilo pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (como visto anteriormente). Em contrapartida a situação caracterizadora desse direito pressupõe violações atuais ou iminentes aos direitos à vida, à integridade física (e psíquica), à saúde, à liberdade de locomoção, liberdade religiosa e de opinião, entre outros direitos igualmente consagrados.

No âmbito internacional a estreita relação entre o direito de asilo e os direitos humanos pode ser corroborada pelas conclusões sobre a proteção internacional dos refugiados do Comitê Executivo do Programa do ACNUR[36]. Conforme destaca Cançado Trindade[37], deve-se assumir que os direitos humanos norteiam todos os momentos de incidência dos fluxos migratórios[38] que estejam em situação de perseguição. Assim, deve-se objetivar uma aplicação integrada de medidas para prevenir a ocorrência de intenso êxodo de refugiados, bem como a aplicação posterior na etapa denominada de solução duradoura.

Em que pese a um intenso embate entre os membros da União Europeia a respeito da elaboração de normas comuns para o tratamento do direito ao refúgio, deve-se destacar que a intensificação do controle não é suficiente para impedir os fluxos migratórios. São necessárias múltiplas medidas para garantir condições de vida digna para os seus requerentes[39].

Assim, considerando o contingente humano em deslocamento, os países europeus que compõem a União devem compreender que isoladamente não

---

36 Conforme dispõe a conclusão nº 50 (b), do Comitê Executivo do Programa do ACNUR: "Noted the direct relationship between the observance of human rights standards, refugee movements and problems of protection." Disponível em: <http://www.unhcr.org/41b041534.html>. Acesso em: 15 nov. 2015.

37 TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.* v. 1. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003. p. 395 e ss.

38 Destaca-se que Flávia Piovesan identifica quatro momentos a respeito da situação de refúgio, são eles: o momento prévio caracterizado pela configuração da perseguição ao indivíduo; o segundo momento caracterizado pela efetiva emigração, quando os indivíduos precisam sair do seus países de origem ou residência; o terceiro momento cuida do período de refúgio propriamente dito; e, por fim, o quarto momento se relaciona com as soluções permanentes, nas palavras da autora: "Dentre as soluções duráveis destacam-se: 1) a repatriação voluntária (a repatriação de refugiados ao seu país de origem deve ser caracterizada sempre pelo caráter voluntário do retorno)[21]; 2) a integração local e 3) o reassentamento em outros países. [...]" PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 135.

39 Importante salientar que a União Europeia elaborou planos de ação no sentido de minimizar o contingente em deslocamento, tais como: Fundo Fiduciário de emergência para a África, o Plano de ação conjunta EU-Turquia, Mecanismo em favor dos Refugiados na Turquia, entre outros.

será viável elaborar meios para solucionar o problema. Portanto, ainda que obstáculos para elaboração de normas comuns existam inicialmente, a interpretação das normas comunitárias existentes deve ser no sentido de ampliar a proteção dos direitos humanos.

Isto porque o direito comunitário em matéria de asilo incorpora as normas do direito internacional. Como foi possível verificar anteriormente, as diretivas fazem expressa menção à Convenção relativa ao Estatuto dos refugiados (1951) e ao seu protocolo (1967). Ademais, a Carta de Direitos Humanos da União Europeia (2000) reflete a Declaração Universal dos Direitos Humanos e incorpora o direito de asilo como um direito humano, conforme destacado anteriormente no presente artigo. Ou seja, tal direito incorpora o patrimônio jurídico de todos os seres humanos.

A União Europeia, além de considerar a proteção do refugiado, precisa expandir o âmbito de suas normas para dispor efetivamente de forma conjunta sobre a prevenção de violação dos direitos humanos no momento anterior ao pedido de asilo. De forma semelhante, sob uma perspectiva posterior ao pedido de refúgio, também é necessário ampliar medidas para as denominadas soluções duradouras (ou permanentes).

Isto porque o caráter prioritário das diretivas de Procedimentos de Asilo (2005/85/CE, atual: 2013/32/UE), a Diretiva do Estatuto do Refugiado (2004/83/CE, atual: 2011/95/EU), a Diretiva de Condições de Acolhimento (nº 2003/9/EC, atual: 2013/33/UE), o regulamento nº 2725/2000/EC (regras relativas à EURODAC) e o regulamento de Dublin III (conjunto de normas denominado de Sistema Europeu Comum de Asilo) dispõem essencialmente do momento de requerimento do pedido de asilo. Destaca-se que há dispositivos relativos ao retorno de solicitantes que perderam o status de refugiados por serem considerados imigrantes irregulares (como a diretiva de retorno e a decisão chater), contudo, o desenvolvimento de meios para as denominadas soluções duradouras (ou permanentes) também carecem de planos de ação mais efetivos.

De outro modo, a garantia da efetiva proteção dos direitos humanos para os refugiados fica extremamente fragilizada. Se pela perspectiva de elaboração normativa já são identificados problemas[40] de harmonização das medidas, sob o enfoque da proteção dos direitos humanos o desafio é ainda maior.

40 O Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados identificou que a diretiva de procedimento de asilo (2005/85 CE) é aplicada de formas distintas entre os doze países analisados. "[...] O estudo revelou não só que os Estados-membros estão a aplicar a Diretiva de Procedimentos de Asilo de uma forma diferente, mas também, em alguns casos, de formas que infringem o direito internacional dos refugiados. Os investigadores informaram que nem sempre era concedida uma entrevista pessoal aos requerentes ou que não lhes era

Portanto, nota-se que a partir do tratamento diferenciado de imigrantes irregulares e de refugiados e da harmonização normativa no sentido de abarcar não apenas o momento da solicitação de refúgio, mas igualmente o cuidado com a aplicação dos direitos humanos nos três momentos atinentes ao direito de refúgio: anterior ao pedido, no transcurso do seu processamento e após com medidas de integração ou retorno voluntário dos refugiados (caso hajam cessadas as ameaças que forçaram sua emigração) os objetivos humanitários e de segurança dos Estados poderão ser atingidos.

Conclusão

A questão do acolhimento dos refugiados na União Europeia, aqui abordada, permite inferir que para um problema historicamente complexo as medidas a serem adotadas devem ser diversificadas e apoiadas pelo bloco de forma mais eficiente.

A atual crise que já deslocou mais de 140 mil pessoas evidenciou discordâncias e tensões internas no bloco europeu que inviabilizam medidas de urgência. Somando-se ao direito soberano dos Estados em admitir estrangeiros em seu território, a preocupação com a segurança interna tem afastado a possibilidade de harmonização normativa neste campo.

Se por um lado a necessidade de integração para enfrentar a crise tem criado inúmeros organismos para fiscalização das fronteiras, como, por exemplo, a FRONTEX, por outro, as ações em conjunto no âmbito legislativo não produzem o resultado desejado. Foi a partir deste problema que o artigo analisou o conjunto normativo existente sobre o direito dos refugiados. Desta análise foi possível perceber que a intenção de criação de regras comunitárias sobre o tema perpassa décadas, contudo, há uma tensão constante entre os países-membros para que este tema deixe de ser cuidado pelas regras internas.

Por isso, no âmbito da União, o arcabouço jurídico do direito de refúgio está posto em diretivas. Outra observação feita a partir das disposições destas diretivas foi a preocupação central no momento de processamento e análise dos pedidos de refúgio. Mais especificamente, não estão claras as medidas protetivas aos indivíduos nos momentos anterior e posterior ao pedido de refúgio.

Tais constatações devem ser avaliadas de forma conjunta com a situação fática do bloco europeu. Assim, o artigo ao conjugar a questão jurídica e fática pôde considerar que há uma mescla entre o tratamento dado ao migrante econô-

---

dado tempo suficiente para se prepararem para as entrevistas ou para explicarem os seus pedidos. Os intérpretes nem sempre estavam disponíveis ou eram qualificados [...]"

Notícia disponível em: <http://www.unric.org/pt/actualidade/27798-relatorio-do-acnur-destaca-diferencas-no-modo-como-os-paises-da-ue-analisam-os-pedidos-de-asilo>. Acesso em: 15 nov. 2015.

mico e aos refugiados. Isso dificulta a apreciação dos refugiados como uma questão humanitária, que demanda acolhimento para a garantia dos direitos humanos.

Além disso, foi possível identificar a falha na atuação da União Europeia em expandir a proteção dos direitos humanos para momentos diversos, o que auxilia não apenas os refugiados, mas igualmente a segurança dos Estados na medida em que a diminuição do fluxo de refugiados só será possível se soluções duradouras começarem a ser elaboradas.

Referências Bibliográficas

1. Livros

ANDRADE, José H. Fischel de. *O Direito Internacional dos Refugiados*: Evolução Histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 19 e ss.

COMISSÃO EUROPEIA DIREÇÃO-GERAL DA COMUNICAÇÃO. Compreender as políticas da União Europeia: Os pais fundadores da União Europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2013.

ESPINOZA, Sabina Anne. MORAES, Claude. The law and politics of migration and asylum: The Lisbon Treaty and the EU. In: *The European Union after the treaty of Lisbon*. New York: Cambridge University Press, 2012.

MELLO, Celso D. A. *Curso de Direito Internacional Público.* 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004, p. 1093.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad 2003. p. 117.

SARMENTO, Daniel. *O sistema Normativo da União Europeia e sua Incorporação* às *Ordens Jurídicas dos Estados-membros*. p. 54-88. In: AMBOS, Kai; PEREIRA, A.C. Mercosul e União Europeia: perspectiva da integração regional. Rio de Janeiro: Lúmem Iuris, 2006.

TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.* v.1, 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003.

2. Artigos

ALMEIDA, Paula. A diretiva de retorno como um reflexo do endurecimento da política de imigração da União Europeia: uma solução à *géométrie variable.* Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro. Ano 5, n. 17-18, p. 435-472, jan-jun. 2010

_____. *On the Development of the concept of "Persecution" in International Refugee Law.* III Anuário brasileiro de Direito Internacional. v. 2. p. 114-132. 1º semestre, 2006. Disponível eletronicamente no site: <http://www.cedin.com.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-direito-internacional/>. Acesso em: 5 nov. 2015.

BORRACCETTI, Marco. "to quota" or "not to quota"? The EU facing effective solidarity in its asylum policy. Disponível em: <https://www.academia.edu/14758184/_To_quota_or_not_to_quota_The_EU_facing_effective_solidarity_in_its_Asylum_Policy>. Acesso em: 4 mar. 2016.

COSTELLO, Cathryn *et al.* Enhancing the common European Asylum system and alternatives to Dublin. Study for LIBE Committee. Directore-General for internal policies. Policy Department C — Citizens' Rights and Constitutional affairs European Parliament. B-1047. Brussels. 2015. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU(2015)519234_EN.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2016.

SOARES, Denize de Souza. A política de migração da União Europeia: pavimentando o caminho para a "fortaleza Europeia". Ano de apresentação: 2005. Tese (Doutorado em Direito Internacional) — Faculdade de Direito da Uerj. Rio de Janeiro, 2005.

SILVA Jr., Evaldo. O refúgio no Direito Internacional Contemporâneo. Ano de apresentação: 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) — Faculdade de Direito da Uerj. Rio de Janeiro, 2015.

TESCHE, Ana Bárbara M. Diretiva da União Europeia: uma análise do centro de recepção dos refugiados em Debrecen, Hungria. Revista *Cippus Unilasalle*. Rio Grande do Sul. n. 2, v. 2. p. 1-12, 2013. Disponível em: <http://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Cippus/article/view/1068/946>. Acesso em: 1 mar. 2016.

3. Documentos

CARTA EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS (2000). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2015.

Conclusões aprovadas pelo Comitê Executivo Internacional de proteção aos Refugiados. Disponível em: <http://www.unhcr.org/41b041534.html>. Acesso em: 15 nov. 2015.

Comunicado de imprensa da Comissão Europeia. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5597_en.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

Conclusões da Presidência na sessão extraordinária em Tampere. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.

CONVENÇÃO RELATIVA AO DIREITO DOS REFUGIADOS. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html>. Acesso em: 6 nov. 2015.

DIRETIVA N. 2008/115/CE, 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. (Diretiva de Retorno). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:jl0014>.

DIRETIVA 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional. Disponível em: <http://www.jrsportugal.pt/images/memos/directiva%20acolhimento.pdf>.

DIRETIVA 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX:32013L0032>.

DIRETIVA 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=URISERV:l33176&from=PT.>

ESTADO ISLÂMICO REIVINDICA ATAQUES EM PARIS QUE DEXARAM MAIS DE 129 MORTOS. G1 em São Paulo. Publicado em: 14 de novembro de 2015.

Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/11/estado-islamico-reivindica-ataques-em-paris.html>. Acesso em: 14 nov. 2015.

HASSELBACH, Christoph. Política europeia para refugiados é fragmentada. DW. S.l. Publicada em: 20 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.dw.com/pt/pol%C3%ADtica-europeia-para-refugiados-%C3%A9-fragmentada/a-18200970>. Acesso em: 29 fev. 2016.

REGULAMENTO N. 439/2010/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 2010. Estabelece o Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:132:0011:0028:EN:PDF>. Acesso em: 7 mar. 2016.

REGULAMENTO N. 2725/2000/EC. Relativo à criação do sistema "Eurodac" de comparação de impressões digitais para efeitos da aplicação efectiva da Convenção de Dublim. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R2725&from=PT>. Acesso em: 15 nov. 2016.

REGULAMENTO N. 343/2003,18 de fevereiro de 2003. (Regulamento de Dublin II) Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003R0343.>. Acesso em: 15 nov. 2015

REGULAMENTO N. 604/2013, 26 de junho de 2013. (Regulamento de Dublin III). Estabelece os critérios e mecanismos para determinar o Estado-membro responsável por examinar o requerimento de proteção internacional para um nacional de país terceiro ou apátrida em um dos Estados-membros. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:180:0031:0059:PT:PDF>. Acesso em: 15 nov. 2015.

RELATÓRIO DO ACNUR DESTACA DIFERENÇAS NO MODO COMO OS PAÍSES DA UE ANALISAM OS PEDIDOS DE ASILO. Reportagem baseada em notícia da ONU. Publicado em: 25 de março de 2010. Disponível em: <http://www.unric.org/pt/actualidade/27798-relatorio-do-acnur-destaca-diferencas-no-modo-como-os-paises-da-ue-analisam-os-pedidos-de-asilo. Acesso em: 15 nov. 2015.

SAIBA COMO FUNCIONA O PLANO DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS REFUGIADOS. G1 de França. Publicado em 8 de setembro de 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/09/saiba-como-funciona-o-plano-da-uniao-europeia-para-os-refugiados.html>. Acesso em: 10 nov. 2015.

SERRANO, Pedro Estefam. *A resposta húngara* à *crise dos refugiados e o velho dilema europeu*. Carta Capital. Publicado em 30 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/internacional/a-resposta-hungara--a-crise-de-refugiados-e-o-velho-dilema-europeu-9197.html>. Acesso em: 2 de nov. 2015.

4. Teses e dissertações

SOARES, Denize de Souza. A política de migração da União Europeia: pavimentando o caminho para a "fortaleza Europeia". Ano de apresentação: 2005. Tese (Doutorado em Direito Internacional) — Faculdade de Direito da Uerj. Rio de Janeiro, 2005.

SILVA Jr. Evaldo. O refúgio no Direito Internacional Contemporâneo. Ano de apresentação: 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) — Faculdade de Direito da Uerj. Rio de Janeiro, 2015.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O REGULAMENTO GERAL SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS: ENTRE GARANTIAS E AMEAÇA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Raquel C. M. Belay[1]

Resumo

O presente artigo trata do direito ao esquecimento no âmbito da União Europeia e visa a determinar se o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados constituirá um avanço em relação à proteção do direito. Inicialmente apresenta um esclarecimento quanto à nomenclatura e, em seguida, a sua evolução histórica — a Diretiva de 1995 e o caso Google *v.* Espanha. Na segunda parte aborda algumas novidades do Regulamento, que conferem maior efetividade ao direito, e na terceira, os seus limites. Conclui que, conquanto as regras evidenciem um progresso na proteção dos dados, não ultrapassam barreiras próprias à *web* e deixam questões em aberto que podem traduzir-se em uma ameaça à liberdade de expressão.

Palavras-chave

Direito ao esquecimento; right to erasure; desindexação; processamento de dados e controlador de dados.

Introdução

Na era digital, os dados disponibilizados online podem gerar um grave impacto na vida de um usuário. Com efeito, a natureza da internet, onde a liberdade e a autonomia são a regra, permite que informações sejam facilmente publicadas, acessadas e disseminadas. Assim, fatos que uma pessoa gostaria de esquecer — por exemplo um comportamento do qual se arrepende ou uma antiga contravenção, já socialmente irrelevante — podem atormentá-la devido à capacidade da rede de manter a sua perpetuidade. Nesse sentido, o direito ao esquecimento aparece como uma tentativa de mitigar esses efeitos perversos.

No seio da União Europeia, onde a vida privada e familiar e a proteção de dados pessoais são classificados como direitos fundamentais (artigos 7º e 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, respectivamente), o direito

1 Aluna de Graduação em Direito da UERJ. Todas as traduções foram feitas pela autora.

ao esquecimento tem especial relevância. Desde 1995 há uma Diretiva prevendo o direito de solicitar a exclusão de dados pessoais. Não obstante, 21 anos de avanços tecnológicos revolucionaram a *web*, tornando as antigas previsões insuficientes. Por conseguinte, em 2012 a Comissão Europeia propôs o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados para substituir a Diretiva (conhecido pela sigla em inglês GDPR), cujo texto final foi pactuado no dia 15 de dezembro de 2015.

Esta pesquisa tem por motivo a curiosidade em especificar qual será o significado do Regulamento para o direito ao esquecimento e limita-se estritamente à União Europeia, não abordando as consequências específicas para cada Estado-membro. O fato de que as novas regras valerão diretamente para todos os cidadãos do bloco e poderão até estender seus efeitos a companhias situadas fora do território da União sublinha a importância de estudar o tema.

O objetivo deste artigo é precisar se o Regulamento equivalerá ou não a um avanço em relação à proteção do direito ao esquecimento. A partir da leitura do texto convencionado, verifica-se que são estabelecidas sanções para os controladores de dados em caso de descumprimento dos preceitos relativos ao direito em questão. Consequentemente, supõe-se que a resposta ao problema é afirmativa, já que a imposição de penalidades desestimulará o descumprimento da garantia.

A primeira parte do trabalho versa exclusivamente sobre o direito ao esquecimento, sua nomenclatura e desenvolvimento histórico. Posteriormente, discorre sobre as inovações do Regulamento e, na terceira parte, demonstra as suas deficiências.

1. Apresentação do direito ao esquecimento

Antes de analisar as inovações que o Regulamento trará para a UE em relação ao direito ao esquecimento, é necessário definir no que ele consiste e o modo como evoluiu ao longo do tempo. Nesta parte são inicialmente esclarecidas questões terminológicas e então examina-se o caso Google *v*. Espanha, relacionando-o com a Diretiva de 1995.

1.1 Conceito

Apesar da sua popularização graças à decisão do caso Google *versus* Espanha, que apresentaremos no subitem seguinte, o termo "direito ao esquecimento" continua sendo motivo de confusões. De acordo com Aurelia Tamò e Damian George, "tanto na literatura quanto em discussões políticas há uma falta de uniformidade em relação à definição do conceito global de "eliminação" de dados pessoais[2]".

2 GEORGE, Damian; TAMÒ, Aurelia. Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age. Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, vol. 5, 2014.

A definição de Ambrose e Ausloos, que consideramos mais acertada, identifica duas faces do direito ao esquecimento: de um lado o direito ao esquecimento ("right of oblivion") e, de outro, o direito ao apagamento ("right of erasure"). Os autores relacionam este último ao poder que um indivíduo tem de dispor sobre seus próprios dados pessoais. Nas palavras da Comissária europeia de Justiça, Viviane Reding, é o direito de "ter seus dados totalmente removidos quando eles não são mais necessários para os propósitos para os quais foram coletados ou quando ele ou ela retira o consentimento ou quando o tempo de armazenamento consentido expirou[3]".

Paralelamente, o "right of oblivion" (também conhecido segundo a sua nomenclatura francesa "droit à l'oubli") surge quando o sujeito tem uma função passiva na publicização das informações a seu respeito, como, por exemplo, quando uma pessoa comete um crime e notícias são publicadas sobre o acontecimento. Nesse caso, o tempo decorrido desde o episódio que chama atenção da comunidade deve ser levado em conta para determinar se o direito deve ser reconhecido.

Com efeito, dada a gravidade dos fatos que levam à propagação dos dados pessoais, o direito à privacidade entra em rota de colisão com o interesse público e a liberdade de expressão, de modo que a ponderação demonstra-se necessária. O "right to oblivion" enseja, desse modo, uma análise casuística, no que difere do "right to erasure", cuja essência é procedimental.

Exposto o aspecto dúplice do direito ao esquecimento, cabe advertir que, no que concerne este artigo, empregaremos o termo de modo a abarcar ambas as suas vertentes, para não nos distanciarmos do foco de nossa análise.

1.2 Evolução histórica: O caso Google *versus* Espanha e a Diretiva de 1995

1.2.1 O Caso Google versus Espanha: Fatos

O caso Google *versus* Espanha representa um marco no que diz respeito ao direito ao esquecimento, tendo sido a primeira vez na qual o direito foi discutido em um tribunal. O litígio teve início em 2010, quando Mario Costeja González, um advogado espanhol, ajuizou uma demanda em face de um jornal espanhol e do Google Espanha e Google Inc. na agência espanhola de proteção de dados. Pedia, em primeiro lugar, que o jornal fosse obrigado a remover ou alterar páginas com documentos referentes a um processo de insolvência pelo qual havia passado e, então, que o Google deixasse de oferecer esses dados quando fosse feita uma busca a partir do seu nome através da ferramenta.

Disponível em: <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-2-2014/3997>. Acesso em: 29 fev. 2016. Trad.

3 BUNN, Ann. The curious case of the right to be forgotten. In: Computer Law and Security Review, vol. 31, nº 3, p. 336-350, jun. 2015, p. 337. Trad.

Como o jornal tinha a obrigação legal de publicar as informações do leilão público, a agência decidiu que o Google deveria remover o link de tal *webpage*, mas este recorreu e a controvérsia acabou sendo decidida pela Corte de Justiça da União Europeia (doravante CJUE)[4]. Três questões foram remetidas ao tribunal: (a) se a Diretiva de 1995 (doravante, DPD) se aplicaria a ferramentas de busca; (b) se ela se estenderia ao Google Espanha, cujo servidor estava nos Estados Unidos; e (c) se um indivíduo tinha o direito de requisitar que seus dados deixassem de ser acessíveis via mecanismos de busca.

Em maio de 2014 foi proferida a sentença. Primeiramente, a CJUE determinou que mesmo operadores de mecanismos de busca cujos servidores estejam fora da UE têm de respeitar as leis do bloco — os fundamentos dessa questão fogem ao escopo deste estudo, motivo pelo qual não serão explicitados.

Quanto à aplicabilidade das regras de proteção de dados a operadores de mecanismos de busca, decidiu que estes últimos equiparam-se para esse efeito a controladores de dados pessoais, posto que estabelecem "as finalidades e os meios dessa atividade e, deste modo, do tratamento de dados pessoais que ele próprio efetua[5]". Por conseguinte, estão igualmente sujeitos à legislação europeia e têm a responsabilidade de acatar as regras regionais.

Com relação ao direito ao esquecimento, instituiu que indivíduos têm direito a postular que um mecanismo de busca desindexe páginas contendo suas informações pessoais quando os dados forem "inadequados, não pertinentes ou excessivos atendendo às finalidades do tratamento, de não estarem atualizados ou de terem sido conservados durante um período de tempo superior ao necessário[6]". Garantiu ainda a revisão dos pedidos rejeitados pelas autoridades competentes. Para a Corte, a inclusão [na lista de resultados] "é suscetível de constituir uma ingerência mais importante no direito fundamental ao respeito pela vida privada da pessoa em causa do que a publicação pelo editor dessa página *web*[7]".

Como era de esperar, a decisão teve enorme importância sobre a configuração do direito ao esquecimento, bem como uma considerável repercussão social. Apenas nos cinco meses seguintes, o Google recebeu em torno de 143.000 requisições de desindexação de 491.000 *links*[8]. Não obstante, o im-

4 CJUE, 13 de maio de 2014, Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González, caso C-131/12. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d58a169a043c5747f0a5e88bf36c6e5844.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSbxj0text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=212988>. Acesso em: 14 mar. 2016.

5 Idem.

6 Id.

7 Id.

8 STUTE, David J. Privacy Almighty? The CJEU's Judgement in Google Spain SL v. AEPD. In: Michigan Journal of International Law, vol. 36, nº 4, 2015, p. 649-680, p. 672.

pacto da sentença não se resume a números, tendo suscitado críticas por parte da doutrina. No tópico seguinte evidenciaremos algumas dessas análises, buscando também relacionar a decisão com a DPD.

1.2.2 A Diretiva de 1995 e o Caso Google versus Espanha

Antes de comentar as implicações da decisão da Corte Europeia de Justiça, é importante ressaltar a sua importância em relação à Diretiva de 1995. De acordo com David Erdos, esta foi criada com o objetivo primordial de "regular a aquisição e o tratamento dos dados de indivíduos por entidades tanto públicas quanto privadas[9]". Redigida nos primórdios da internet, não previu a possibilidade de se controlar o que fosse publicado online. A sentença pode, por conseguinte, de certo modo atualizar o quadro da proteção de dados.

Em relação ao direito ao esquecimento, o precedente foi essencial para a sua evolução. Muito embora o tribunal não tenha se utilizado do termo, preferindo aludir aos artigos 7º e 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Assim, atendidos os requisitos dos artigos 12, alínea (b) e 14, alínea (a) da Diretiva de 1995, o sujeito tem o direito de requerer a remoção de resultados obtidos após uma busca com o seu nome[10]. Não obstante, conquanto a sentença tenha ampliado as garantias pessoais em relação à proteção de dados, silenciou em relação a algumas questões, tornando-se assim alvo de críticas pela doutrina.

Inicialmente, deve-se atentar para o fato de que apesar de a decisão prever a indispensabilidade de ser feito um juízo de ponderação entre os interesses em jogo, adiantou que o direito à proteção dos dados pessoais geralmente se sobreporia em relação ao direito do público à informação. Segundo a sentença: "esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse econômico do operador do motor de busca, mas também sobre o interesse desse público em aceder à referida informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa". O papel secundário reservado a esse direito é ainda mais evidente devido a não citação do artigo 11 da supracitada Carta.

A exigência da ponderação trouxe à tona outras lacunas da decisão. De fato, os magistrados não definiram os parâmetros a ser seguidos pelos controladores de dados ao processar as demandas de desindexação. Comenta Eleni Frantziou: "para atribuir a existência de um direito ao esquecimento aos di-

9 ERDOS, David. Mind the gap: is data protection catching up with Google Search? Disponível em: <https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/david-erdos/mind-gap-is-data-protection-catching-up-with-google-search>. Acesso em: 13 mar. 2016.

10 TAYLOR, Simon John. A Critical Analysis of the EU Right to Erasure as it Applies to Internet Search Engine Results. 58f. 2014. Tese (Mestrado) — Faculdade de Direito. Universidade de Oslo, Oslo. Disponível em: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/43102/8019.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 mar. 2016. Trad. do Autor.

reitos fundamentais mencionados no julgamento [...] a Corte precisava antes interpretar o conteúdo e alcance desses direitos e defini-los à luz das novas circunstâncias às quais se aplicariam. Esse exercício visivelmente faltou ao julgamento[11]".

Questiona-se, ainda, se a Corte não criou uma imposição excessivamente severa aos operadores de mecanismos de busca. No 2º boletim da sessão 2014-2015 do Comitê da União Europeia feito pela Câmara dos Lordes, indaga-se se ela poderia levar os operadores a abandonar suas atividades nos países do bloco ou, pelo menos, impossibilitar as atividades de operadores menores[12].

Exposto o panorama geral do direito ao esquecimento, passaremos à segunda etapa deste estudo, que cuida do Regulamento que deve substituir a DPD.

2. O General Data Protection Regulation: Uma tentativa de conferir maior efetividade ao direito ao esquecimento

A Comissão Europeia, com o fulcro de superar a defasada DPD (datada de 1995, não aborda novas tecnologias, como o armazenamento em nuvem), propôs em 2012 um esboço de reforma do atual quadro de proteção de dados do bloco, a *General Data Protection Regulation.* Após anos de negociações entre o Parlamento Europeu, o Conselho dos Ministros e a Comissão Europeia — cada qual havia formulado um projeto próprio de Regulamento —, em dezembro de 2015, chegou-se a um acordo em relação ao texto.

Atualmente, espera-se que o Conselho e o Parlamento Europeu adotem formalmente o texto para que ele possa ser publicado no Jornal Oficial da União Europeia e então comece a correr o prazo para a sua entrada em vigor[13]. Dada a sua natureza de regulamento, prescinde de internalização, ou seja, acabado o período de transição de dois anos, terá força de lei em todos os Estados-membros[14] (provavelmente em 2018).

Esta subseção tem o propósito de investigar as alterações promovidas pelo Regulamento em relação à proteção de dados, para que se possa determinar se as novas regras constituem um avanço na proteção do direito ao esquecimento. Em um primeiro momento, traçaremos os contornos que o direito ao

11 FRANTZIOU, Eleni. Further Developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice's Judgment in Case C-131/12, *Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Espanola de Proteccion de Datos. In: Oxford Journals: Human Rights Law Review, vol. 14, nº 4, p. 761-777.* Disponível em: <http://hrlr.oxfordjournals.org/content/14/4/761.full#corresp-1>. Acesso em: 10 mar. 2016.

12 CÂMARA DOS LORDES. European Union Committee, 2nd Report of Session 2014-2015. EU Data Protection Law: a 'right to be forgotten'?. Londres: The Stationery Office Limited, 2014. 24f.

13 COMISSÃO EUROPEIA. Reform of EU data protection rules. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index_en.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

14 TAYLOR, *op. cit.*, p. 12.

esquecimento (a sigla em inglês RTBF será doravante empregada para aludir ao direito) assumiu no texto convencionado. Depois, focaremos em duas inovações do GDPR: a retirada do consentimento e a obrigação de meio imposta aos operadores de dados, sucessivamente.

2.1 O direito ao esquecimento no GDPR: O art. 17

O direito ao esquecimento está previsto no artigo 17 do GDPR. Uma vez adotado, assegurará a todos os cidadãos dos 28 Estados da UE os mesmos direitos em relação à remoção dos seus dados pessoais. Com efeito, de acordo com Tamò e George, "o direito ao apagamento aplica-se igualmente a particulares, funcionários públicos e figuras públicas tais como celebridades[15]".

O dispositivo (que privilegia a nomenclatura "right to erasure", o termo "right to be forgotten" aparece entre parênteses), assegura que, configurada uma das 6 situações previstas no artigo 17 (1), "o titular dos dados terá o direito de obter do controlador a eliminação dos dados pessoais relativos a ele sem indevida demora e o controlador terá a obrigação de apagar dados pessoais sem indevida demora[16]".

Assim, os titulares dos dados poderão solicitar a supressão quando: os dados não forem mais necessários para os propósitos para os quais foram coletados ou processados (art. 17(1)(a)); eles contestarem o processamento (art. 17(1)(c)) ou retirarem o consentimento que o permitia (art. 17(1)(b)); os dados tiverem sido ilegalmente processados (art. 17(1)(d)) ou devam ser apagados para se adequar à obrigações legais da União ou de um Estado-membro (art. 17(1)(e)) e os dados tiverem sido coletados em relação ao oferecimento de serviços a distância diretamente a um menor (art. 17 (1)(f)).

É importante notar que o Regulamento, ao definir alguns termos no artigo 4º, não inclui expressamente os mecanismos de busca entre os controladores de dados. Por conseguinte, como o artigo 17 institui o direito ao esquecimento em face de controladores, a posição dessas ferramentas continuaria incerta. Não obstante, prevalece a tese de que o preceito as abarca[17], desse modo consolidando o entendimento da Corte Europeia.

Outro ponto no qual o GDPR aproxima-se da decisão diz respeito à possibilidade de se responsabilizar controladores e processadores de dados localizados fora da União Europeia. Assim, estarão sujeitos às regras os responsá-

15 GEORGE, Damian; TAMÒ, Aurelia, *op. cit.*

16 CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 15 de dezembro de 2015, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), p. 107. Disponível em: <http://www.statewatch.org/news/2015/dec/eu-council-dp-reg-draft-final-compromise-15039-15.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.

17 C.f. TAYLOR, *op. cit.*, p. 14.

veis pelo processamento de atividades relacionadas ao oferecimento de bens e serviços — cobrados ou não — ou ao monitoramento do comportamento de usuários europeus (art. 3 do GDPR[18]).

Diante do exposto, depreende-se que o GDPR ampliará as garantias do direito ao esquecimento, sem, todavia, torná-lo absoluto. Com efeito, conquanto o controlador tenha o dever de retirar as informações "sem atraso indevido" nos casos do parágrafo 1º, o parágrafo 3º fixa algumas exceções. Desse modo, as informações serão mantidas quando necessárias ao exercício da liberdade de expressão e informação; quando o processamento for necessário para se atender a uma obrigação legal (da UE ou de um Estado-membro ao qual o controlador está sujeito) ou para o estabelecimento, exercício ou defesa de demandas legais. Razões de interesse público na área da saúde e quando o arquivamento que atenda ao interesse público (ou que tenha propósitos científicos, históricos ou estatísticos puder ser afetado pelo direito do parágrafo 1.

Tamò e George destacam ainda que as alíneas (b) e (c) do parágrafo 1º do art. 17 trazem outros limites ao RTBF. De fato, a partir da alínea (b) depreende-se que um indivíduo que retirar o seu consentimento a respeito do processamento dos seus dados não conseguirá removê-los quando houver outros fundamentos legais para o processamento das informações. De modo análogo, de acordo com a alínea (c), havendo razões legítimas preponderantes, o mesmo resultado conseguirá um usuário que objetar o processamento dos seus dados.

2.2 A retirada do consentimento: art. 17(1)(b)

O art. 17(1)(b) merece atenção especial, por ampliar de modo inovador as garantias relacionadas ao direito ao esquecimento. Conforme o dispositivo, o usuário tem o direito de obter do controlador o apagamento dos seus dados quando "retira o consentimento sobre o qual é baseado o tratamento nos termos do artigo 6.º, n. 1, alínea a) ou do artigo 9º, n. 2, alínea a) e não existir outro fundamento jurídico para o tratamento dos dados[19]".

Muito embora a Diretiva de 1995 estabeleça no art. 14 a possibilidade de o usuário impugnar o processamento de seus dados pessoais, não prevê a retratação quanto a uma autorização previamente concedida ao controlador dos dados — e aí reside a inovação do art. 17(1)(b). Sem embargo, Tamò e George lembram que os Estados-membros podem elaborar leis que abarque essa faculdade, já que a Diretiva fixa apenas um contorno legal básico quanto à proteção de dados.

De certo modo, pode-se dizer que a partir desse dispositivo o legislador criou para os usuários um "direito ao arrependimento", em sintonia com o es-

18 CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *op. cit.*, p. 82.
19 CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *op. cit.*, p. 107.

força atual de conferir maior controle sobre os dados disponibilizados online. Com efeito, não é admissível que uma autorização dada no passado por um indivíduo possa indefinidamente vinculá-lo a essas informações, impossibilitando a retirada destes. Christiana Markou comenta que:

> [...] 'consentimento como permissão permanente' não está de acordo com a habilidade de exercer controle significativo sobre os próprios dados. [...] Muitas decisões de dar consentimento podem portanto mostrar-se errôneas, não intencionais e eventualmente ser lamentadas. Como resultado, deve haver uma maneira de revertê-las (e também 'conseguir de volta' qualquer dado enviado), de modo que os indivíduos não estejam 'presos' a serviços indesejados e não tenham que se preocupar se o controlador vai de fato se abster de usá-lo[20].

Em relação ao modo como deve ser transmitido o consentimento, o Regulamento estipula que ele deve ser "livremente dado, específico, informado e inequívoco, apresentado ou por uma declaração ou por uma clara ação que signifique consentimento com o processamento[21]". Além disso, não há limite temporal para a sua retirada, o titular pode a qualquer tempo decidir retirá-lo.

Além do efeito direto do art. 17(1)(b), o Parlamento e o Conselho assumiram nas considerações iniciais do Regulamento posições em relação ao ônus da prova relativas ao consentimento que ampliam o direito dos usuários. Assim, no parágrafo 32 exige-se que "sempre que o tratamento for realizado com base no consentimento do titular dos dados, recai sobre o responsável pelo tratamento o ônus de provar o consentimento da pessoa em causa[22]", e "o consentimento não é livremente dado se o titular dos dados não tem livre e genuína escolha e é incapaz de retirar ou rejeitar o consentimento sem dano[23]".

2.3 A obrigação de meio para os controladores de dados: art. 17(2a)

O art. 17(2a) segue a lógica do art. 17(1)(b), pois compartilha o objetivo de aumentar as garantias dos titulares de dados e cria, portanto, a obrigação do responsável pelo tratamento que tornou públicos os dados pessoais de informar os terceiros sobre o pedido de retirada. Michael L. Rustad e Sanna Kulevska

20 MARKOU, Christiana. The 'Right to Be Forgotten': Ten Reasons Why It Should Be Forgotten. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald e DE HERT, Paul. Reforming European Data Protection Law. Springer, 2015, p. 209. (Issues in Privacy and Data Protection, vol. 20

21 CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *op. cit.*, p. 23.

22 CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *op. cit.*, p. 22.

23 CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *op. cit.*, p. 22.

defendem que a regra coloca o controlador na posição de intermediário entre o titular e *websites* que estejam processando as informações[24].

Uma leitura superficial dá a impressão de que o art. 17(2a) introduziu um dever custoso demais para os controladores. Não obstante, apesar de a obrigação ter um viés protetivo, o ônus da prova recai sobre o titular dos dados. Dessa forma, é ele quem deve demonstrar que o controlador falhou ao não empregar os meios disponíveis. Não há o encargo de conseguir que os terceiros apaguem os dados, mas uma simples obrigação de meio.

Ademais, a supressão da palavra "todas" do projeto o tornou muito menos rigoroso do que seu original. De fato, inicialmente previa-se que o controlador deveria tomar *todas* as medidas necessárias para instruir terceiros. Conquanto não se possa determinar exatamente o impacto da alteração, é de todo modo evidente que os indivíduos terão maior dificuldade de provar que houve descumprimento do preceito.

No entanto, o Regulamento visa a conferir efetividade ao RTBF ao prever no art. 79(3a) multas administrativas de até 20 milhões de euros ou 4% do faturamento anual internacional do ano financeiro presente (o que for superior). As autoridades supervisoras terão, portanto, a possibilidade de impor multas administrativas, desde que atendidos os requisitos do art. 79(2ª), que consolida os onze critérios a serem levados em conta ao se analisar se deve incidir uma penalidade e, caso o seja, qual a quantia adequada[25].

3. Limites do direito ao esquecimento

Esta parte do artigo trata dos limites do direito ao esquecimento. Efetivamente, conquanto o GDPR tenha conseguido grandes progressos em relação ao RTBF, ainda há algumas lacunas que podem dar lugar a abusos (3.1). Por outro lado, o GDPR não pode superar os desafios impostos pelo próprio meio, como o efeito Streisand (3.2) ou a possibilidade de duplicação das informações (3.3).

3.1 Limites na GPDR

O GDPR, ao passo que firma mecanismos para conceder maior efetividade ao RTBF, deixa ainda algumas questões por responder. Como todo vazio normativo, as áreas cinzentas do Regulamento tendem a dar lugar a controvérsias que, se não forem resolvidas, podem até deslegitimar o direito.

---

24 KULEVSKA, Sanna; RUSTAD, Michael L. Reconceptualizing the right to be forgotten to enable transatlantic data flow. In: Harvard Journal of Law and Technology, vol. 28, nº 2, 2015, p. 371. Disponível em: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v28/28HarvJLTech349.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.

25 KULEVSKA, Rustad, *op. cit.*, p. 371.

Em primeiro lugar, o Regulamento não define os critérios que devem orientar os controladores de dados ao avaliar se um dado deixou de ser necessário ou se não há base legal para mantê-lo, deixando a seu discernimento a análise dos pedidos.

A questão é ainda mais controversa devido às pesadas sanções previstas para o descumprimento dos dispositivos relativos ao RTBF, abordadas no subitem 2.3. Como não há em contrapartida mecanismos para impedir a eliminação de informações legítimas, os controladores se verão compelidos a simplesmente atender a todas as demandas recebidas, a fim de evitar eventuais multas[26]. Isso é especialmente verdade em relação a empresas menores, que não possuem o aparato necessário para avaliar as requisições — sendo pelo menos metade delas inválidas[27].

O Regulamento tampouco esclarece como o controlador deve proceder quando confrontado com solicitações que atinjam informações verdadeiras, mas que não se enquadrem em nenhuma das exceções do art. 17(3) — que permitiriam a sua manutenção. De acordo com Michael L. Rustad e Sanna Kulevska, "isso deixa os controladores de dados na não invejável posição de efetivamente reescrever a história". Os autores salientam que a questão é ainda mais problemática em virtude de o GDPR não criar para o solicitante o dever de fundamentar o seu pedido[28].

Por outro lado, nas hipóteses de os dados ainda serem necessários ou relevantes, cairá igualmente sobre "o responsável pelo tratamento o ônus de provar que os seus interesses legítimos prevalecem sobre os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular dos dados"[29], o que pode igualmente estimular a remoção dos dados.

A GDPR falha ao não determinar explicitamente quais as plataformas a serem consideradas como controladores de dados, deixando em aberto a dúvida se o Regulamento se aplicará também a intermediários como o Facebook ou o Twitter[30].

No entanto, a crítica mais grave à forma como o RTBF foi ajustado trata da exigência do art. 17(1)(a) de que o conteúdo deve ser imediatamente retirado, devendo o controlador posteriormente decidir se o elimina ou não. De fato, a

26 66 KELLER, Daphne. The new, worse 'right to be forgotten': Interpreted correctly, new legislation will protect users' rights and freedom of expression, 1/27/2016. Disponível em: <http://www.politico.eu/article/right-to-be-forgotten-google-defense-data-protection-privacy/>. Acesso em: 14 mar. 2016.

27 KELLER, *op. cit.*

28 KULEVSKA, Rustad, *op. cit.*, p. 369.

29 CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *op. cit.*, p. 29.

30 KELLER, Daphne. The final draft of Europe's right to be forgotten law, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/12/final-draft-europes-right-be-forgotten-law>. Acesso em: 13 mar. 2016.

previsão consiste em uma forma de cerceamento da liberdade de expressão do titular dos dados. Assim, enquanto este geralmente não tenha a chance de se defender ou seja sequer avisado da remoção, o solicitante tem o direito de receber informações a seu respeito (art. 14a(2)(g) e art. 15(1)(g))[31].

3.2. Um círculo vicioso: o Efeito Streisand

O efeito Streisand está relacionado à viralização não intencional de um dado após uma tentativa de censura, supressão e/ou de esconder tal informação. Esse fenômeno teve sua origem em 2003, quando a celebridade Barbara Streisand processou uma empresa de venda de fotos online e um fotógrafo pela publicação de uma foto de sua mansão em uma base de dados.

O site onde estava disponível continha milhares de fotos da costa californiana e, além disso, a imagem só havia sido baixada seis vezes até o início do litígio — sendo duas delas por advogados de Streisand. Com o interesse gerado pela ação, em apenas um mês a foto foi objeto de 420.000 *downloads* e, embora a Corte Superior de Los Angeles tenha no mesmo ano indeferido o pedido da autora, a sua tentativa de retirar as fotos *backfired*.

O caso demonstrou que os intentos de retirar um item da rede podem gerar uma reação oposta à pretendida, fazendo com que o elemento indesejado receba mais atenção do que teria se não houvesse sido empreendida nenhuma medida. Embora Streisand estivesse defendendo seu direito à privacidade e à segurança, talvez estes tivessem sido mais bem atendidos se ela não tivesse proposto a ação.

Jansen e Martin[32] defendem que a lógica desse efeito não tem tanto a ver com a internet, mas com a predisposição humana a falar sobre aquilo que é proibido. Eles apresentam o exemplo de Herostratus:

> Herostratus, um jovem grego que em 356 a.C. ateou fogo no Templo de Ártemis no Éfeso, pode ser o primeiro caso documentado do Efeito Streisand. O castigo último de Herostratus — quer dizer, além de ser executado — foi de ter o seu ato esquecido, a partir de ordens de autoridades do Éfero, que proibiram qualquer um de jamais mencionar o seu nome. E aqui estamos, discutindo a história desse piromaníaco narcisista milhares de anos depois.

31 AKTURK, Aylin; MALCOLM, Jeremy. Unintended Consequences, European-Style: How the New EU Data Protection Regulation will be Misused to Censor Speech. Disponível em: <https://www.eff.org/deeplinks/2015/11/unintended-consequences-european-style-how-new-eu-data-protection-regulation-will>. Acesso em: 13 mar. 2016.

32 JANSEN, Sue; MARTIN, Brian. The Streisand Effect and Technology Backfire. In: International Journal of Communication. 2015, p. 121. Disponível em: <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=2890&context=lhapapers>. Acesso em: 13 mar. 2016.

Diante do exposto, depreende-se que o direito ao esquecimento pode trazer maiores ônus àquele que o pleiteia do que benefícios. Com efeito, a decisão da Corte Europeia apenas determinou que os mecanismos de busca devem permitir ao usuário solicitar que não sejam exibidos resultados de buscas em seu nome que poderiam violar a sua privacidade, sem obrigar as companhias responsáveis a tomar atitudes para minimizar um possível efeito Streisand.

Assim, o Google, quando retira um conteúdo, exibe ao final da página uma mensagem para informar que resultados foram retirados após o recebimento de uma queixa. Isso significa que, mesmo que o conteúdo específico não possa mais ser apresentado a partir da pesquisa inicial, pode-se deduzir que o autor da queixa tinha algo de comprometedor a esconder e a partir daí buscar as informações ocultas — convém acrescentar que o Google ocasionalmente disponibiliza um *link* ao site ChillingEffect.org, onde pode-se obter esclarecimentos sobre a retirada da página.

Fica, portanto, evidente que o modo como o RTBF está configurado permite que tenha um efeito oposto ao pretendido, gerando maior publicidade para o dado que deveria ser eclipsado. Contudo, o modo como esse direito é presentemente aplicado apresenta outras falhas, que podem ser ainda mais graves. De fato, o conteúdo pode ser encontrado mesmo após a sua camuflagem, o que evidencia a falta de efetividade do direito.

3.3 O direito à desindexação e a dificuldade de a internet perder a sua memória

A nomenclatura de "direito ao esquecimento", da maneira como ele se configura no momento presente, pode ser considerada errônea. Com efeito, dá a impressão de que um indivíduo poderia conseguir se ver livre de informações desfavoráveis, que não cumprem mais nenhuma função social, mas embora o direito confira ao seu titular algum poder de posse sobre as suas informações pessoais, o desaparecimento total e permanente destas ainda não é factível.

Tomemos o exemplo do Google, que em outubro de 2015 concentrava cerca de 89%[33] do mercado mundial de mecanismos de buscas: a companhia decidiu que retiraria as informações somente de suas páginas europeias (como o google.fr, google.de*)*, permitindo que as URLs pudessem ser encontradas através de uma busca no google.com, por exemplo.

Há, por conseguinte, um direito não ao esquecimento, mas à desindexação — e, como o exemplo do Google bem o comprova, ele não impede que os dados continuem *online*. A distinção entre desindexação e esquecimento é de

33 STATISTA. Disponível em: <http://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines>. Acesso em: 29 dez. 2015.

extrema relevância, haja vista que o *right to delink* tem um alcance bem mais restrito.

É verdade que a desindexação de uma URL tem uma eficácia reduzida, pois a informação pode ser mesmo assim ser acessada a partir de uma busca distinta. Por outro lado, em redes abertas, é possível a *digital duplication*, ou seja, a matéria pode ser copiada e reinserida na internet. E até meios mais elementares podem ser utilizados para permitir que uma informação continue circulando, como tirar uma foto da tela onde aparecem os dados[34].

Mayer-Schönberger apresentou um dos problemas que é a permanência de informações pessoais na rede. De acordo com o jurista, a memória digital permite que os comportamentos de um indivíduo sejam julgados não somente pelas pessoas que ele conhece no momento em que os pratica, mas também por todos aqueles que vier a conhecer. Assim, é necessário maior controle sobre os dados pessoais, para que uma pessoa não seja constantemente perseguida pelos seus atos passados.

Conclusão

O GDPR constitui um importante pilar no processo de sedimentação do direito ao esquecimento. Em primeiro lugar, unifica a legislação para todos os países do bloco, confirmando o ideal de igualdade entre os cidadãos europeus. Simultaneamente, institui a possibilidade de o titular de dados exercer um certo 'direito ao arrependimento' e retirar o consentimento previamente dado — preceito em sintonia com a noção de que um indivíduo não pode estar eternamente vinculado a uma declaração com a qual não mais se identifica, feita no passado. Enfim, impõe a obrigação de meio para os controladores de dados (que, apesar de ter sido relativizada, como aludido na parte 2.2, ainda tem um papel importante), assim como sanções para o descumprimento dos artigos relativos ao RTBF.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a hipótese de partida foi confirmada, o GDPR de fato representa um avanço quanto à proteção do RTBF, sobretudo se considerado o modo como o direito está atualmente configurado (c.f. 1.3). Não obstante, algumas barreiras que podem impedir a concretização do direito não foram enfrentadas pelo regulamento, como o efeito Streisand e a possibilidade de as informações serem permanentemente replicadas.

No entanto, mais grave é a mancha que paira sobre o Regulamento acerca da liberdade de expressão. Como explicado no ponto 2.1, a falta de definição quanto a alguns critérios pode dar lugar a abusos por parte dos controladores

34 BACKES, Michael; DRUSCHEL, Peter; TIRTEA, Rodica. The right to be forgotten — between expectations and practices. 2012. Disponível em: <https://www.enisa.europa.eu/activities/identity-and-trust/library/deliverables/the-right-to-be-forgotten>. Acesso em: 29 dez. 2015.

de dados, que terão um poder-dever. De um lado, terão controle sobre as informações, já que serão responsáveis por julgar as demandas (com base em parâmetros vagos). De outro, poderão ser alvo de multas se for considerado que desrespeitaram um dispositivo do GDPR. Assim, configura-se uma situação na qual os controladores tenderão a agir como censuradores (agravada pela falta de atenção conferida aos direitos daquele que disponibilizou os dados).

Consequentemente, o avanço do GDPR em relação ao direito ao esquecimento (e desse modo em relação ao direito à privacidade) acaba equivalendo a uma ameaça à liberdade de expressão e ao direito à informação. Como o texto final ainda não foi publicado, é possível reverter esse cenário alarmante. Reabertas as negociações, critérios mais objetivos teriam de ser taxativamente listados para impedir que os controladores de dados tivessem de suprir as lacunas do Regulamento. Resta saber se há vontade política para socorrer a liberdade de expressão.

Referências Bibliográficas

1. Artigos

BUNN, Ann. The curious case of the right to be forgotten. In: Computer Law and Security Review, vol. 31, nº 3, p. 336-350, jun. 2015, p. 337. Tradução do Autor.

ERDOS, David. Mind the gap: is data protection catching up with Google Search? Disponível em: <https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/david-erdos/mind-gap-is-data-protection-catching-up-with-google-search>. Acesso em: 13 mar. 2016.

FRANTZIOU, Eleni. Further Developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice's Judgment in Case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos. In: Oxford Journals: Human Rights Law Review, vol. 14, nº 4, p. 761-777. Disponível em: <http://hrlr.oxfordjournals.org/content/14/4/761.full#corresp-1>. Acesso em: 10 mar. 2016.

GEORGE, Damian; TAMÒ, Aurelia. Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age. In: Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, vol. 5, 2014. Disponível em: <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-2-2014/3997>. Acesso em: 29 fev. 2016. Tradução do Autor.

KELLER, Daphne. The final draft of Europe's right to be forgotten law, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/12/final-draft-europes-right-be-forgotten-law>. Acesso em: 13 mar. 2016.

KELLER, Daphne. The new, worse 'right to be forgotten': Interpreted correctly, new legislation will protect users' rights and freedom of expression, 1/27/2016. Disponível em: <http://www.politico.eu/article/right-to-be-forgotten-google--defense-data-protection-privacy/>. Acesso em: 14 mar. 2016.

KULEVSKA, Sanna; RUSTAD, Michael L. Reconceptualizing the right to be forgotten to enable transatlantic data flow. In: Harvard Journal of Law and Technology, vol. 28, nº 2, 2015, p. 371. Disponível em: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v28/28HarvJLTech349.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.

MARKOU, Christiana. The 'Right to Be Forgotten': Ten Reasons Why It Should Be Forgotten. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald e DE HERT, Paul. Reforming European Data Protection Law. Springer, 2015, p. 209. (Issues in Privacy and Data Protection, vol. 20)

2. Jurisprudência

CJUE, 13 de maio de 2014, Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González, caso C-131/12. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d58a169a043c5747f0a5e88bf36c6e5844.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSbxj0text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=212988>. Acesso em: 14 mar. 2016.

3. Documentos

AKTURK, Aylin; MALCOLM, Jeremy. Unintended Consequences, European--Style: How the New EU Data Protection Regulation will be Misused to Censor Speech. Disponível em: <https://www.eff.org/deeplinks/2015/11/unintended--consequences-european-style-how-new-eu-data-protection-regulation-will>. Acesso em: 13 mar. 2016.

BACKES, Michael; DRUSCHEL, Peter; TIRTEA, Rodica. The right to be forgotten between expectations and practices. 2012. Disponível em: <https://www.enisa.europa.eu/activities/identity-and-trust/library/deliverables/the-right-to-be--forgotten>. Acesso em: 29 dez. 2015.

COMISSÃO EUROPEIA. Reform of EU data protection rules. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index_en.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 15 de dezembro de 2015, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), p. 107. Disponível em: <http://www.statewatch.org/news/2015/dec/eu-council-dp-reg-draft--final-compromise-15039-15.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.

CÂMARA DOS LORDES. European Union Committee, 2nd Report of Session 2014-2015. EU Data Protection Law: a 'right to be forgotten'?. Londres: The Stationery Office Limited, 2014. 24f.

STATISTA. Disponível em: <http://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines>. Acesso em: 29 dez. 2015.

JANSEN, Sue; MARTIN, Brian. The Streisand Effect and Technology Backfire. In: International Jounal of Communication. 2015, p. 121. Disponível em: <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=2890&context=lhapapers>. Acesso em: 13 mar. 2016.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVAS DA UNIÃO EUROPEIA

Isabella Almeida de Sá e Benevides[1]
Raissa Pose Pereira[2]

Resumo

O presente artigo observa o impacto da globalização na vida humana e a necessidade de assegurar os direitos essenciais do indivíduo no plano internacional, regional e na ordem jurídica interna para que se proteja a pessoa humana e sua dignidade. O trabalho em tela analisa os direitos fundamentais nos novos tempos e o cenário de valorização de tais direitos na União Europeia, abrangendo a importância da atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e da adesão da União à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Palavras-chave

Direitos Fundamentais; Direito Constitucional; Direitos Humanos; Direito Internacional; União Europeia; Direito Comunitário.

> "*Nous ne coalisons pas des* États, *nous unissons des hommes*"
> Jean Monnet

1. Introdução: reflexos da internacionalização e globalização na sociedade internacional contemporânea

Na sociedade internacional contemporânea, evidenciam-se diversos reflexos dos fenômenos da globalização[3], como o surgimento de novos atores trans-

1 Mestranda em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada. E-mail: isabella.bnv@gmail.com.

2 Graduanda em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Assistente de pesquisa do Centro de Relações Internacionais da Fundação Getulio Vargas sediado no CPDOC. E-mail: rapose@ufrj.br.

3 O termo "globalização" tem sido utilizado por muitos autores para abranger o processo iniciado com a ascensão dos mercados financeiros globais permanecendo até os dias de hoje. Conforme define Peter N. Stearns, a globalização é um processo de transformação de fenômenos locais em globais mediante a combinação de forças econômicas, socioculturais, tecnológicas e políticas. In: STEARNS, Peter N. *Globalization in World History*. London and New York: Routledge. 2010, p. 1.

nacionais[4], a expansão do comércio além das fronteiras estatais[5] e a internacionalização da vida privada. Um número crescente de questões nacionais e domésticas se tornaram internacionais, transformando-se em objetos de cooperação entre os atores nacionais, privados ou públicos, em um plano além do nível estatal. Os Estados, para satisfazerem os seus interesses nacionais em determinadas áreas, passaram a atuar além de suas fronteiras[6].

Dentre as diversas características da globalização do século XXI, cabe ressaltar a superação, por meio de novas tecnologias, dos obstáculos das fronteiras dos Estados para a interação, a aproximação entre empresas e pessoas de distintas nacionalidades e domicílios, e a massificação das comunicações[7]. Tais grandes avanços permitiram a melhoria da capacidade produtiva da sociedade, da criatividade cultural e do potencial de criação[8].

Entretanto, se todos esses efeitos são realmente em prol do bem-estar geral é outra discussão[9]. Segundo Susan Strange, o vocábulo *globalização* é um eufemismo político para a contínua americanização das práticas culturais e de consumo[10]. Ainda, de acordo com o sociólogo Loïc Wacquant, a categoria "globalização" é falsamente ecumênica e é encoberta por uma estrutura de

4 BAPTISTA, Ferreira Patrícia; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito administrativo global: uma nova ótica para a regulação financeira de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos.* Rio de Janeiro: Renovar, p. 801-820, 2014, p. 802.

5 MARQUES, Cláudia Lima. Introdução: Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (coords.). *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, p. 319-350, 2008, p. 321, 322.

6 DELBRUCK, Jost. *Globalization of Law, Politics, and Markets-Implications for Domestic Law — A European Perspective*. Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 1, Iss. 1, Article 2, 1993, p. 10, 11. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol1/iss1/2>. Acesso em: 23 out. 2015.

7 MARQUES, Cláudia Lima. Op.cit., p. 321, 322.

8 CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade — A era da informação: economia, sociedade e cultura*. v. 2. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 93.

9 "Contemporary concerns about globalization are rather difficult to avoid. Growing interdependence enriches some people and marginalizes others. Some professional observers counsel that these economic changes are inevitable, while others mobilize in protest and opposition to unregulated and often rapid change. There are clear gains in community sensitivities. Genocide in Rwanda or a destructive tsunami in the Indian Ocean are events that are no longer 'too distant' to heed. There are mixed gains in activities such as outsourcing. Selected poorer areas gain new jobs while other areas lose employment to places with lower wage structures. There are also clear losses in terms of such activities as globalized crime and pollution, as well as the more rapid dissemination of disease." In: GILLS, Barry K.; THOMPSON, William R. *Globalizations, global histories and historical globalities*. In: Globalization and global history. GILLS, Barry K.; THOMPSON, William R. (Eds.). London: Routledge, xviii, p. 1-15, 2006, 302 p., p. 1.

10 STRANGE, Susan. *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*. (Cambridge studies in international relations; 49). New York: Cambridge University Press, 1996, p. xiii.

dominação em determinados países com posição subordinada na estrutura das relações econômicas internacionais[11].

De toda forma, os efeitos da integração econômica e política da globalização diversificaram e multiplicaram as relações interestatais. O discurso nacionalista, com prisma na noção de soberania legislativa de outrora, tornou-se ultrapassado para a conjuntura atual, na qual a competência dos sistemas de integração — intergovernamental, como o Mercosul, ou supranacional, como a União Europeia — é confirmada através da cessão voluntária de parcela de sua soberania[12].

Acompanhando a internacionalização dos direitos humanos, a observância dos direitos humanos vem sendo apreciada por foros não tradicionais, como o Tribunal de Justiça da União Europeia (adiante TJUE, ou Tribunal de Luxemburgo). O TJUE, apesar de ter seu foco principal no direito comunitário[13], também possui jurisprudência acerca de direitos humanos[14].

Antônio Augusto Cançado Trindade constata a existência de um processo histórico de humanização do direito, em especial do Direito Internacional. O *novo Direito Internacional para a pessoa humana*, em última instância para toda a humanidade, revela-se através das manifestações da humanização que obtêm como fundamentos os princípios gerais de direito e a manifestação de uma consciência jurídica universal[15].

Ao lado dos benefícios e malefícios que acompanham os processos da globalização, revelam-se preocupações em lidar com os danos deles decorrentes e proteger a pessoa humana, cuja dignidade é ameaçada pela globalização e mundialização do comércio[16]. É preciso, portanto, salvaguardar os direitos humanos e fundamentais dos indivíduos.

2. Direitos fundamentais nos novos tempos

As terminologias utilizadas para designar os direitos essenciais da pessoa humana variam de um Estado para outro e até mesmo no plano internacional, seja

11 WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. (Tradução André Telles). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, 174 p., p. 8.

12 ARROYO, Diego P. Fernández. *Op. cit*, p. 91-94.

13 PHINNEMORE, David; MCGOWANP, Lee. *A Dictionary of the European Union*. Londres: Europa Publications, 2. ed., 2004, 425 p., p. 98.

14 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão eletrônica), p. 12.

15 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, 410 p., p. 308, 309.

16 JAYME, Erik. *O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização*, p. 3-20. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (Org.). *O novo direito internacional — estudos em homenagem a Erik Jayme.* . Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1, 2.

na doutrina ou nos diplomas. Os dois termos mais utilizados no século XXI são *direitos humanos* e *direitos fundamentais*[17].

Esses direitos visam a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana e estão ligados aos valores da igualdade, liberdade[18], segurança e propriedade, possuindo, para muitos autores, a mesma substância. Cláudio Brandão, por exemplo, entende que os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem conexão e o mesmo conteúdo, sendo a diferença entre ambos apenas de forma, e não concernente à substância[19]. Na doutrina portuguesa, Jorge Miranda destaca que os direitos fundamentais representam direitos decorrentes do Direito Internacional[20].

Com o propósito de uma vida com dignidade, liberdade, segurança e igualdade para os indivíduos, procura-se garantir um conjunto mínimo de direitos imprescindíveis para tanto: os direitos humanos. Esses são incorporados em tratados e convenções internacionais, constituindo obrigações internacionais estatais, e podem também ser inseridos em constituições, tornando-se direitos fundamentais[21].

Nessa concepção da doutrina, o que diferencia os direitos humanos dos direitos fundamentais, portanto, é a positivação em seus respectivos planos de consagração. Enquanto os direitos humanos estão consagrados no plano internacional, em tratados e convenções internacionais, aqueles direitos humanos que se encontram positivados formalmente como institutos jurídicos dos ordenamentos internos dos Estados — em regra nos sistemas constitucionais, isto é, nas normas internas supremas, as constituições — são chamados de direitos fundamentais[22].

Robert Alexy afirma que embora o conceito formal[23] de direitos fundamentais seja útil, é necessário ir além desse para compreender a real natureza

17 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46, 47.

18 Para análise do conceito dos direitos fundamentais e da importância da liberdade para este, ver: MARQUES, Clarissa. O conceito de direitos fundamentais. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014.

19 BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao estudo dos direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

20 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 130. Apud: MARQUES, Clarissa. *O conceito de direitos fundamentais*. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 156.

21 RAMOS, André de Carvalho. *Derechos humanos y el mecanismo híbrido del MERCOSUR*. Rev. secr. Trib. perm. revis. Ano 3, nº 6, agosto 2015, p. 48-68, p. 49.

22 NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 396.

23 "A *formal concept* is employed if fundamental rights are defined as rights contained in a constitution or in a certain part of it, or if the rights in question are classified by a constitution as fundamental rights, or if they are endowed by the constitution with special protection, for example, a constitutional complaint brought before a Constitutional Court." In: ALEXY, Robert. *Discourse Theory and Fundamental Rights*. In: MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar (Eds.). *Arguing Fundamental Rights*. Law and Philosophy Library, Vol. 77, Holanda: Springer, 2006, p. 15.

dos direitos fundamentais. O seu conceito substancial ultrapassa não só o simples fato do direito ser garantido pela constituição, mas também o pressuposto de que esses direitos fundamentais são direitos humanos transformados em direito constitucional positivado[24], uma vez que as "constituições podem conter direitos que não foram classificados como direitos humanos e também pode haver direitos humanos que não entraram em constituição alguma[25]".

Diante disso, nota-se a existência de uma relação intrínseca entre ambos os direitos. Diferentes catálogos de direitos fundamentais são, na prática, direitos estabelecidos em diversas constituições com o intuito de transformar direitos humanos em direito positivo. E é essa base dos direitos fundamentais que deve ser principalmente considerada: o alicerce dos direitos fundamentais positivados no direito constitucional é, essencialmente, os direitos humanos[26].

3. Direitos fundamentais na perspectiva da União Europeia

3.1 O Tratado de Lisboa e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

O silêncio a respeito de um catálogo de direitos fundamentais na União Europeia perdurou nos tratados europeus durante um longo período. Os tratados cingiam-se apenas a mencionar a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, também chamada de Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Os direitos fundamentais, provenientes das constituições dos Estados-membro[27], eram caracterizados como princípios gerais do direito da União Europeia[28].

Um notório avanço na proteção de liberdades e direitos ocorreu na União quando a adoção do Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007 e em vigor desde 1 de dezembro de 2009, tornou a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (adiante Carta, ou CDFUE) formalmente vinculante para as instituições da UE e para os Estados-membro na esfera de suas atuações no direito comunitário[29]. O Tratado, que alterou o Tratado da União Europeia

24 ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 15-17.
25 ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 17. Tradução livre.
26 Ibid., p. 17.
27 BRAVO, Alvaro A. Sánchez. *El Respeto de los derechos humanos en la Unión Europea: de la Carta Europea a la crisis económica.* In: CENCI, Daniel Rubens; BEDIN, Gilmar Antonio (Org.). *Direitos Humanos, Relações Internacionais & Meio Ambiente* [versão eletrônica]. Curitiba: Multideia, 2013, 274 p., p. 49-74, p. 49, 50.
28 Parlamento Europeu. *Respeito dos direitos fundamentais na União*, p. 1. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.2.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.
29 A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia foi elaborada em 2000 e sofreu modificações em seu texto em 2007; mas a sua disposição no Tratado da União Europeia como de observância obrigatória e vinculante só ocorreu em dezembro de 2009 com a adoção do Tratado de Lisboa. In: DE BÚRCA, Gráinne. *After the EU Charter of Fundamental Rights:*

e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, também apresentou a CEDH como uma base jurídica para a UE e a adesão da União à Convenção Europeia de Direitos Humanos como uma obrigação da organização supranacional[30].

Antes do Tratado de Lisboa, a proteção dos direitos fundamentais na Europa era proveniente da interpretação jurisprudencial, seja do Tribunal de Justiça da União Europeia, que ao reconhecer direitos fundamentais acabou os criando no quadro europeu, ou da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH, ou Corte de Estrasburgo), em sua interpretação da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e de Liberdades Fundamentais[31]. Carecia-se de um resguardo mais efetivo dos direitos fundamentais no âmbito da comunidade europeia, pois a proteção da Corte EDH era direcionada à garantia e promoção dos direitos humanos em seu caráter universal. O TJUE colaborou nesse sentido ao reconhecer direitos fundamentais nos tratados da comunidade.

Contudo, foi com o Tratado de Lisboa que foram assegurados de forma mais substancial princípios, direitos e liberdades no nível regional da União Europeia, através da estipulação, no Tratado da União Europeia, da obrigatória observância da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que passou a possuir o mesmo valor jurídico dos tratados, como denota-se precisamente do artigo 6.1[32]. Conforme prevê o mencionado tratado, as instituições, os órgãos e os Estados-membros da UE também devem observar os direitos fundamentais previstos na Carta, que reforça os direitos da CEDH[33].

Depreende-se da redação do artigo 6º do Tratado da União Europeia[34] que os direitos fundamentais devem ser garantidos na União em conformidade com o estabelecido nos direitos, princípios e liberdades da CDFUE (art. 6.1), e

---

The Court of Justice as a human rights adjudicator?. (September 1, 2013). Forthcoming, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 20 (2013); NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-51. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2319175>. Acesso em: 12 out. 2015.

30 WENNERSTRÖM, Erik. EU *Accession to the European Convention on Human Rights — The Creation of a European Legal Space for Human Rights or the Last Stand for the Normative Supremacy of the Strasbourg System?*, p. 375. (February 1, 2013). Europarättslig Tidskrift (Vol. 2, 2013). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2734122>. Acesso em: 13 mar. 2016.

31 BLANKE, Hermann-Josef. The Protection of Fundamental Rights in Europe. In: BLANKE, Hermann-Josef; MANGIAMELI, Stelio (Eds.) *The European Union after Lisbon — Constitutional Basis, Economic Order and External Action.* Berlim: Springer, 2012, 582 p., p. 159.

32 Ibid., p. 159.

33 WENNERSTRÖM, Erik. *Op. cit.*, p. 375.

34 "Artigo 6º.

1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo

nos princípios gerais e direitos fundamentais previstos na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (arts. 6.1 e 6.2). Além disso, o artigo 2º do TUE já expõe que a União Europeia tem como fundamentos os valores do respeito pelos direitos humanos, pelo Estado de direito e pela igualdade, democracia, dignidade humana e liberdade, sendo esses valores partilhados pelos Estados-membros da União[35].

Atinam-se os ensinamentos de Klaus-Dietr Borchardt sobre os direitos fundamentais dos cidadãos europeus como parte dos conceitos e valores fundamentais no coração da União Europeia:

> "The fundamental values and concepts at the heart of the EU also include the fundamental rights of individual citizens of the Union. The history of Europe has for more than 200 years been characterised by continuing efforts to enhance the protection of fundamental rights. Starting with the declarations of human and civil rights in the 18th century, fundamental rights and civil liberties have now become firmly anchored in the constitutions of most civilised states. This is especially true of the EU Member States, whose legal systems are constructed on the basis of the rule of law and respect for the dignity, freedom and the right to self-development of the individual. There are also numerous international conventions on the protection of human rights, among which the European Convention on Human Rights is of very great significance."[36]

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que fortalece os direitos humanos previstos na CEDH, foi criada em 2000 com o propósito de

---

na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.

2. A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros." Artigo 6º, Tratado da União Europeia. (grifos nossos)

35 "Artigo 2º

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." Artigo 2º, Tratado da União Europeia. (grifos nossos)

36 BORCHARDT, Klaus-Dieter. *The ABC of European Union law*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2010, p. 24. Disponível em: <http://europa.eu/documentation/legislation/pdf/oa8107147_en.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

ampliar a consciência e promover os direitos fundamentais na UE, por meio da política externa, política de segurança ou da cidadania, por exemplo. Modificações foram introduzidas em seu texto em 2007 — este abrange atualmente, além de disposições gerais, artigos sobre justiça, solidariedade, liberdade, igualdade, dignidade e direitos dos cidadãos europeus[37].

Nota-se que, apesar da Carta ter se tornado juridicamente vinculante, o Reino Unido e a Polônia não aceitaram a aplicabilidade dos direitos fundamentais com base na CDFUE. Considera-se que estes não desejaram ceder a sua soberania para tratar questões relacionadas a minorias ou questões religiosas. De toda forma, tais Estados-membros permanecem com o dever de respeitar a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia[38], que já havia reconhecido princípios garantidores de direitos individuais fundamentais como parte do direito comunitário, estando eles previstos nas tradições constitucionais ou nas constituições dos Estados-membros[39].

3.2 A atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia para a proteção dos direitos fundamentais

Antes das modificações supracitadas advindas com o Tratado de Lisboa, evidenciava-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia um vocabulário repleto de princípios e de direitos fundamentais. Isto é, mesmo na ausência de positivação dos direitos fundamentais nos tratados da UE, eles eram afirmados como princípios gerais do direito da comunidade europeia[40], de forma a cooperar consideravelmente para a valorização, proteção e desenvolvimento dos direitos fundamentais[41].

> "O Tribunal de Justiça há muito que sublinha a necessidade de respeitar os direitos fundamentais de cada um. A sua vasta jurisprudência fixa normas de proteção fundamentadas num conjunto de fontes de direito: as disposições dos Tratados, designadamente a Carta dos Direitos Fundamentais da UE; as convenções internacionais às quais os Tratados se referem — nomeadamente a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a

37 PHINNEMORE, David; MCGOWANP, Lee. *Op. cit.*, p. 44, 45.
38 BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Op. cit.*
39 CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Europeu*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 6. ed., 2010, 774 p., p. 348.
40 BARCELOS, Paulo. Vitangelo Moscarda's Syndrome. The Charter of Fundamental Rights and European Constitutionalization. In: ANGELIS, Gabriele De; BARCELOS, Paulo (Eds.). *The long quest for identity: political identity and fundamental rights protection in the European Union*. Lisbon philosophical studies uses of language in interdisciplinary fields, vol. 4. Pieterlen: Peter Lang, Bern. 2013, 239 p., p. 32.
41 BRAVO, Alvaro A. Sánchez. *Op. cit.*, p. 49-74, p. 50.

> Convenção de Genebra de 1951, relativa ao estatuto dos refugiados; os direitos fundamentais tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros; e os instrumentos jurídicos internacionais nos quais os Estados-membros são Partes, bem como aqueles nos quais a UE é Parte."[42]

A jurisprudência referida foi consagrada constitucionalmente no artigo 6º do Tratado da União Europeia. Dessa forma, se um ato da União Europeia violar qualquer direito fundamental do cidadão, o Tribunal poderá declará-lo inaplicável, ou inválido, ou decidir anulá-lo[43]. Outrossim, como a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia fortalece os já previstos direitos humanos da CEDH, o Tribunal de Luxemburgo tem a capacidade e possibilidade de colaborar para a efetivação e proteção dos direitos humanos na União Europeia[44].

Observa-se que o TJUE, conforme o artigo 19 do Tratado da União Europeia[45], deve garantir o respeito do direito comunitário na aplicação e interpretação dos tratados. Ele o faz através de sua jurisdição voluntária, contenciosa e do julgamento de recursos de decisões dos tribunais especializados e do Tribunal Geral instituídos na UE[46].

Nos processos da jurisdição voluntária, por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia julga a validade de atos das instituições da União, indica a interpretação adequada e correta do direito comunitário, e, de forma consul-

---

42 Parlamento Europeu. *Respeito dos direitos fundamentais na União*, p. 2. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.2.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015. (grifos nossos)

43 CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Op. cit.,* p. 348.

44 WENNERSTRÖM, Erik. *Op. cit.*, p. 376.

45 "Artigo 19º

1. O Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados. O Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados.

Os Estados-membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.

2. O Tribunal de Justiça é composto de um juiz por cada Estado-membro. O Tribunal de Justiça é assistido por advogados-gerais. O Tribunal Geral é composto de, pelo menos, um juiz por cada Estado-membro. Os juízes e os advogados-gerais do Tribunal de Justiça e os juízes do Tribunal Geral são escolhidos entre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência e reúnam as condições estabelecidas nos artigos 253º e 254º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. São nomeados de comum acordo pelos Governos dos Estados-membros, por seis anos. Os juízes e os advogados-gerais cujo mandato tenha chegado a seu termo podem ser de novo nomeados.

3. O Tribunal de Justiça da União Europeia decide, nos termos do disposto nos Tratados: a) Sobre os recursos interpostos por um Estado-membro, por uma instituição ou por pessoas singulares ou coletivas; b) A título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos atos adotados pelas instituições; c) Nos demais casos previstos pelos Tratados." Artigo 19, Tratado da União Europeia.

46 CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Op. cit.,* p. 191.

tiva, versa sobre determinados atos para concluir se são compatíveis ou não com a Constituição da UE, resguardando a ordem jurídica da União Europeia. Já nos processos de competência contenciosa proveniente dos tratados, nos quais a ordem jurídica supranacional também é protegida, o TJUE pode atuar como tribunal constitucional, tribunal de justiça cível e criminal, tribunal fiscal e aduaneiro, e jurisdição internacional[47].

Há determinados princípios fundamentais que são provenientes da natureza particular da União Europeia. A primazia do direito comunitário, o efeito útil das disposições dos tratados, a aplicabilidade direta, o equilíbrio institucional, a preferência comunitária, a igualdade de tratamento e a não discriminação são alguns desses princípios que merecem destaque.

3.3 A polêmica adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, elaborada em 1950 no âmbito do Conselho da Europa, entrou em vigor em 1953, com o objetivo de assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efetivos dos direitos previstos nela e na Declaração Universal dos Direitos do Homem[48]. Embora tenha sido ratificada por todos os Estados-membros da UE, e em que pese ao Tratado de Lisboa estabeleça que a União também deva aderi-la, isso ainda não ocorreu.

Parte da doutrina considera que o maior empecilho para a discutida adesão é que novos mecanismos jurídicos viriam a regular a União Europeia, de forma que esta ficaria à mercê da supervisão judicial externa de um regime de tratado internacional[49]. Desse modo, assim como os Estados-membros da UE, a organização supranacional também se submeteria à Corte de Estrasburgo no que tange às questões relacionadas a direitos fundamentais[50].

No entanto, a citada submissão colocaria a União formalmente sob o escrutínio externo, podendo tornar a observância de tais direitos mais eficiente[51]. Tanto os estrangeiros localizados no território da União quanto os seus próprios cidadãos poderiam demandar a atuação jurisdicional da Corte Europeia

47 Ibid. p. 191-194.

48 Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Roma, 4 de novembro 1950.

49 GRAGL, Paul. *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*. Modern Studies in European Law, vol. 39, 2013, 333 p., p.1.

50 Parlamento Europeu. *Respeito dos direitos fundamentais na União*, p. 3. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.2.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.

51 NERGELIUS, Joakim. *The accession of the EU to the European Convention on Human Rights: A critical analysis of the Opinion of the European Court of Justice*. Estocolmo: Swedish Institute for European Policy, Report Nº 3, June 2015, p. 17. Disponível em: <http://www.sieps.se/en/publications/reports/the-accession-of-the-eu-to-the-european-convention-on-human-rights-a-critical>. Acesso em: 14 mar. 2016.

de Direitos Humanos, com base na CEDH, para contestar os atos das instituições da organização europeia[52].

A Convenção Europeia de Direitos Humanos hoje possui quatorze protocolos adicionais ratificados por todos os membros da União Europeia, visando a expansão da proteção dos direitos humanos. O Protocolo nº 14, que entrou em vigor em junho de 2010, alterou o artigo 59 da CEDH[53], complementando a previsão do artigo 6.2 do TUE para a mencionada adesão.

Como a ratificação desse protocolo criou as condições necessárias para a adesão da UE à CEDH[54], um Projeto de Acordo de Adesão[55] foi submetido em 2011 ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Neste projeto, a União Europeia teria os mesmos direitos e obrigações de um Estado-membro[56]. Entretanto, em 18 de dezembro de 2014, o texto do projeto foi considerado incompatível com o direito comunitário europeu pelo Tribunal de Justiça da União

52 Parlamento Europeu. *Respeito dos direitos fundamentais na União*, p. 3. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.2.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.

53 "Artigo 59

1. A presente Convenção está aberta à assinatura dos membros do Conselho da Europa. Será ratificada. As ratificações serão depositadas junto do Secretário-geral do Conselho da Europa.

2. A União Europeia poderá aderir à presente Convenção.

3. A presente Convenção entrará em vigor depois do depósito de dez instrumentos de ratificação.

4. Para todo o signatário que a ratifique ulteriormente, a Convenção entrará em vigor no momento em que se realizar o depósito do instrumento de ratificação.

5. O Secretário-geral do Conselho da Europa notificará todos os membros do Conselho da Europa da entrada em vigor da Convenção, dos nomes das Altas Partes Contratantes que a tiverem ratificado, assim como do depósito de todo o instrumento de ratificação que ulteriormente venha a ser feito. Feito em Roma, aos 4 de novembro de 1950, em francês e em inglês, os dois textos fazendo igualmente fé, num só exemplar, que será depositado nos arquivos do Conselho da Europa. O Secretário-geral enviará cópias conformes a todos os signatários. " Artigo 59, Convenção Europeia de Direitos Humanos. (grifos nossos)

54 Wennerström, Erik. *Op. cit.*, p. 375.

55 "O Projeto de Acordo contém as disposições consideradas necessárias para que a União possa aderir à CEDH. Um primeiro grupo dessas disposições diz respeito à adesão propriamente dita e introduz os mecanismos processuais necessários para permitir uma adesão efetiva. Um segundo grupo das referidas disposições, de caráter puramente técnico, prevê, por um lado, as alterações a esta Convenção que se impõem atendendo ao fato de esta ter sido redigida para se aplicar aos Estados-membros do Conselho da Europa, quando a União não é nem um Estado nem um membro dessa organização internacional. Por outro lado, estão previstas disposições relativas a outros instrumentos ligados à CEDH, bem como as cláusulas finais sobre a entrada em vigor e as notificações dos atos de ratificação ou de adesão." In: TJUE, 18 de dezembro de 2014, Parecer 2/13*, Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, par. 49. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=PT>. Acesso em: 14 mar. 2016.

56 DEITOS, Marc Antoni. *A Adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Rumo a uma Quarta Camada de Proteção dos Direitos Humanos.* Direitos Fundamentais & Justiça — ano 7, nº 24, p. 113-133, jul./set. 2013.

Europeia, no Parecer Consultivo nº 2/13, que desatendeu o dever de aderir à CEDH estipulado no artigo 6.2 do Tratado da União Europeia[57].

O Tribunal de Luxemburgo elencou uma série de obstáculos para a adesão, afirmando, inclusive, que o projeto em questão não havia sido redigido de forma a assegurar a autonomia da UE. Criticou-se a possibilidade de os indivíduos alegarem, diante da Corte Europeia de Direitos Humanos, em seus pleitos contra a União, que atos jurídicos baseados no direito da UE violam seus direitos fundamentais. Como poderia um tribunal internacional externo decidir sobre a legislação da União sem ferir a sua autonomia?[58] É uma das polêmicas questões que ainda circundam o tema.

Diante das dificuldades expostas pelo TJUE, questiona-se se a adesão da União Europeia à CEDH ainda é possível, e se ainda é desejável[59], isto é, se ela seria realmente benéfica para os direitos humanos[60]. Para tornar possível a adesão, serão necessárias negociações futuras acerca das recomendações do Tribunal de Luxemburgo, cujas características dominantes perpassam a consideração de que a UE não pode ser vista pela Corte de Estrasburgo da mesma forma que um Estado, sendo necessário considerar suas características comunitárias.

Consoante o Tribunal de Justiça da União Europeia, a competência da Corte EDH e o poder de suas instituições representariam também uma incompatibilidade com as características particulares do direito comunitário europeu[61]. Reiteram-se, desse modo, o caráter não estatal da União Europeia e os cuidados que serão necessários para salvaguardar sua valorizada autonomia.

Ademais, segundo o parecer, como a União Europeia estaria subordinada à Corte Europeia de Direitos Humanos, a CEDH deveria ser coordenada com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, para que a unidade, a efetividade e a primazia do direito comunitário europeu não fossem violadas. Ressalta-se que o TJUE considerou que a adesão à CEDH não pode implicar a exigência de que os Estados-membros monitorem a observância de direitos fundamentais por outros Estados. De acordo com o exposto no parecer, tal re-

57 GOTEV, Georgi. *Court of Justice rejects draft agreement of EU accession to ECHR*. Disponível em: <http://www.euractiv.com/sections/eu-priorities-2020/court-justice-rejects-draft-agreement-eu-accession-echr-310983>. Acesso em: 14 nov. 2015.

58 GRAGL, Paul. *Op. cit.*, p. 1.

59 LOCK, Tobias. *The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*. European Constitutional Law Review, vol. 11, p. 239-273, 2005.

60 NERGELIUS, Joakim. *Op. cit.*, p. 9.

61 TJUE, 18 de dezembro de 2014, Parecer 2/13*, Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, par. 156 e ss. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=PT>. Acesso em: 14 mar. 2016.

quisito seria contrário ao direito da União, que impõe a confiança mútua como uma obrigação de seus Estados-membros[62].

Ainda que o Parecer Consultivo nº 2/13 do TJUE tenha exposto inúmeros obstáculos, espera-se a continuidade do processo de adesão da União à Convenção Europeia de Direitos Humanos, pois esta possibilitaria que indivíduos entrassem com demandas diretamente contra a UE, podendo responsabilizar o seu Estado nacional, ou a própria União na qual seu Estado se insere. A proteção dos direitos humanos seria, a princípio, fortalecida interna e externamente[63].

Não obstante, a fim de responder se a referida adesão ainda é desejável, é preciso refletir sobre as concessões que precisavam ser feitas consoante o Tribunal de Luxemburgo. Na opinião de Tobias Lock, caso atualmente a proteção dos direitos humanos seja maior do que em eventual cenário de adesão sob as condições do TJUE, esta não se torna mais ambicionada[64].

A Corte Europeia de Direitos Humanos determinou, no caso Bosphorus[65], a sua jurisdição para analisar os casos contra medidas nacionais que implementassem ou derivassem, de forma direta ou indireta, das obrigações do direito da UE — indicando, portanto, que possui o poder de analisar a compatibilidade dos atos da União com os standards da CEDH. Porém, a Corte considerou que a União Europeia oferece uma proteção de direitos fundamentais equivalente aos padrões da Convenção Europeia de Direitos Humanos — presunção então chamada de *Bosphorus presumption* —, e que por isso não deve estar sujeita ao constante escrutínio da Corte de Estrasburgo[66].

Por conseguinte, a adesão à CEDH permitiria a revisão da *Bosphorus presumption*, pois não só os Estados-membros da UE teriam assinado a Convenção, mas também a própria União Europeia — o que significa que as ações e omissões dos Estados-membros e da União poderiam ensejar nas suas respectivas responsabilidades internacionais. Assim, mais violações de direitos humanos seriam levadas à Corte de Estrasburgo, e atribuir-se-ia a responsabilidade

62 TJUE, 18 de dezembro de 2014, Parecer 2/13*, Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=PT>. Acesso em: 14 mar. 2016.

63 POLAKIEWICZ, Jörg. *EU Law and the ECHR: Will EU Accession to the European Convention on Human Rights Square the Circle?* (September 26, 2013). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2331497>. Acesso em: 14 nov. 2015.

64 LOCK, Tobias. *Op. cit.*, p. 267.

65 CORTE EDH, Bosphorus v. Irlanda, 45036/98, 30 de junho de 2005.

66 ANDREADAKIS, Stelios. Problems and Challenges of the EU's Accession to the ECHR: Empirical Findings with a View to the Future. In: MORANO-FOAD, Sonia; VICKERS, Lucy (Eds.). *Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts*. Reino Unido: Hart Publishing, p. 47-66, 2015, p. 61-62.

internacional ao violador real, seja a União Europeia, que estaria vinculada às decisões da Corte EDH, ou algum Estado-membro[67].

Com a esperada conclusão do processo de adesão, se ficar evidente que a União Europeia ofereceu uma proteção dos direitos humanos manifestamente deficiente, a *Bosphorus presumption* poderá ser afastada e a Corte de Estrasburgo poderá determinar a violação da CEDH pela União. Destarte, a eficácia da proteção oferecida pelo sistema da Convenção aumentaria com a adesão em tela, sendo um passo promissor para a proteção dos direitos humanos[68].

4. Conclusão

Como visto, a globalização traz consigo a compreensão de que as atuações locais devem estar interligadas a um pensamento global. Reconhecer a transcendência de diversas questões relevantes além das fronteiras estatais[69], como a proteção e promoção dos direitos humanos, é primordial para o resguardo da dignidade inerente à condição humana.

No âmbito da União Europeia, a jurisprudência do TJUE foi essencial para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos europeus quando ainda não havia um catálogo positivado de tais direitos no direito comunitário. A CDFUE, por sua vez, reuniu em seu texto os direitos fundamentais na conjuntura da atuação dos Estados-membros e das instituições da organização supranacional, tendo em vista os Tratados da União Europeia[70].

Quanto ao processo de adesão da União à CEDH, a análise crítica do Parecer Consultivo nº 2/13 do TJUE é um relevante passo para um aprofundamento das discussões sobre o tema e pode colaborar para as negociações futuras sobre o Projeto de Adesão. O debate permite que se busquem soluções que, de um lado, mantenham a viabilidade e autonomia da União Europeia, e, por outro, assegurem o acesso à justiça, à proteção e à promoção dos direitos humanos, e a reparação para aqueles que sofreram violações desses direitos.

---

67 LOCK, Tobias. *Op. cit.*, p. 268-269.

68 ANDREADAKIS, Stelios. *Op. cit.*, p. 61-63.

69 ARROYO, Diego P. Fernández. El Derecho Internacional Privado en el Inicio Del Siglo XXI. In*:* MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional: Estudos em Homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 89-109, 2005, p. 91-92.

70 Parlamento Europeu. *Respeito dos direitos fundamentais na União*, p. 3. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.2.pdf>. Acesso em: 14 out 2015.

Referências Bibliográficas

1. Livros

ALEXY, Robert. Discourse Theory and Fundamental Rights. In: MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar (Eds.). *Arguing Fundamental Rights*. Law and Philosophy Library, vol. 77, Holanda: Springer, 2006.

ANDREADAKIS, Stelios. Problems and Challenges of the EU's Accession to the ECHR: Empirical Findings with a View to the Future. In: MORANO-FOADI, Sonia; VICKERS, Lucy (Eds.) *Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts.* Reino Unido: Hart Publishing, p. 47-66, 2015, p. 61-62.

ARROYO, Diego P. Fernández. El Derecho Internacional Privado en el Inicio Del Siglo XXI. In*:* MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional: Estudos em Homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 89-109.

BAPTISTA, Ferreira Patrícia; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito administrativo global: uma nova ótica para a regulação financeira de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BARCELOS, Paulo. Vitangelo Moscarda's Syndrome. The Charter of Fundamental Rights and European Constitutionalization. In: ANGELIS, Gabriele De; BARCELOS, Paulo (Eds.). *The long quest for identity: political identity and fundamental rights protection in the European Union. Lisbon philosophical studies uses of language in interdisciplinary fields*, vol. 4. Pieterlen: Peter Lang, Bern. 2013, 239 p.

BLANKE, Hermann-Josef. The Protection of Fundamental Rights in Europe. In: BLANKE, Hermann-Josef; MANGIAMELI, Stelio (Eds.) *The European Union after Lisbon — Constitutional Basis, Economic Order and External Action*. Berlim: Springer, 2012, 582 p.

BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao estudo dos direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva.* São Paulo: Atlas, 2014.

BRAVO, Alvaro A. Sánchez. El Respeto de los derechos humanos en la Unión Europea: de la Carta Europea a la crisis económica. In: CENCI, Daniel Rubens;

BEDIN, Gilmar Antonio (Org.). *Direitos Humanos, Relações Internacionais & Meio Ambiente* (versão eletrônica). Curitiba: Multideia, 2013, 274 p., p. 49-74.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Europeu*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 6. ed., 2010, 774 p.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade — A era da informação: economia, sociedade e cultura*. v. 2. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GILLS, Barry K.; THOMPSON, William R. Globalizations, global histories and historical globalities. In: GILLS, Barry K.; THOMPSON, William R. (Eds.). *Globalization and global history.* London: Routledge, xviii, 2006. p. 1-15, 302 p.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização, p. 3-20. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia de (Org.). *O novo direito internacional — Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARQUES, Clarissa. O conceito de direitos fundamentais. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. Introdução: Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coords.). *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 319-350.

MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. *O novo direito internacional — Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 130. Apud: MARQUES, Clarissa. O conceito de direitos fundamentais. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PHINNEMORE, David; MCGOWANP, Lee. *A Dictionary of the European Union*. Londres: Europa Publications, 2004, 425 p.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão eletrônica).

STEARNS, Peter N. *Globalization in World History*. London and New York: Routledge, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, 410 p.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. (Tradução André Telles). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, 174 p.

2. Artigos

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *The ABC of European Union law*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2010, p. 24. Disponível em: <http://europa.eu/documentation/legislation/pdf/oa8107147_en.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

DEBÚRCA, Gráinne. *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a human rights adjudicator?*. (September 1, 2013). Forthcoming, Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 20 (2013); NYU School of Law, Public Law Research Paper nº 13-51. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2319175>. Acesso em: 12 out. 2015.

DEITOS, Marc Antoni. *A Adesão da União Europeia* à *Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Rumo a uma Quarta Camada de Proteção dos Direitos Humanos.* Direitos Fundamentais & Justiça, ano 7, nº 24, p. 113-133, jul./set. 2013.

DELBRUCK, Jost. *Globalization of Law, Politics, and Markets — Implications for Domestic Law — A European Perspective*. Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 1, Iss. 1, Article 2, 1993, p. 10, 11. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol1/iss1/2>. Acesso em: 23 out 2015.

GRAGL, Paul. *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*. Modern Studies in European Law, vol. 39, 2013, 333 p.

GOTEV, Georgi. *Court of Justice rejects draft agreement of EU accession to ECHR*. Disponível em: <http://www.euractiv.com/sections/eu-priorities-2020/court-justice-rejects-draft-agreement-eu-accession-echr-310983>. Acesso em: 14 nov. 2015.

LOCK, Tobias. *The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*. European Constitutional Law Review, vol. 11, 2005, p. 239-273.

NERGELIUS, Joakim. *The accession of the EU to the European Convention on Human Rights: A critical analysis of the Opinion of the European Court of Justice*. Estocolmo: Swedish Institute for European Policy, Report Nº 3, June 2015, p. 17. Disponível em: <http://www.sieps.se/en/publications/reports/the-accession-of-the-eu-to-the-european-convention-on-human-rights-a-critical>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. *Derechos humanos y el mecanismo híbrido del MERCOSUR*. Rev. secr. Trib. perm. revis. Ano 3, nº 6, agosto 2015, p. 48-68.

STRANGE, Susan. *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*. (Cambridge studies in international relations; 49). New York: Cambridge University Press, 1996.

WENNERSTRÖM, Erik. EU *Accession to the European Convention on Human Rights — The Creation of a European Legal Space for Human Rights or the Last Stand for the Normative Supremacy of the Strasbourg System?*, p. 375. (February 1, 2013). Europarättslig Tidskrift (Vol. 2, 2013). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2734122.>. Acesso em: 13 mar. 2016.

3. Documentos

CORTE EDH, Bosphorus *v.* Irlanda, 45036/98, 30 de junho de 2005.

TJUE, 18 de dezembro de 2014, Parecer 2/13*, Adesão da União Europeia* à *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, par. 49. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=PT>. Acesso em: 14 mar. 2016.

POLAKIEWICZ, Jörg. *EU Law and the ECHR: Will EU Accession to the European Convention on Human Rights Square the Circle?* (September 26, 2013). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2331497>. Acesso em: 14 nov. 2015.

A LEGISLAÇÃO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O AUMENTO DA DISCRIMINAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA

Letícia do Valle Pestana de Paula[1]

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo fazer um estudo acerca da discriminação na União Europeia durante o período de quinze anos, de 2000 a 2015. Reconhecendo a importância do passado histórico para o presente, far-se-á uma breve análise histórica acerca da discriminação na Europa. Tendo em vista que a não discriminação é um dos princípios da UE, pretende-se fazer uma análise da legislação europeia sobre os direitos fundamentais, como também de outros dos mecanismos legais para o combate das práticas discriminatórias. Embora a União Europeia proíba qualquer forma de discriminação, esta permanece, devendo ser combatida. Considerando o aumento da discriminação na Europa, este estudo visa averiguar a discriminação de gênero, racial, xenofobia, contra minorias religiosas e étnicas, com destaque ao caso dos Roms, ademais de condenar sua prática. É importante lembrar que o racismo na Europa chegou ao seu ápice com o Holocausto e que as atrocidades cometidas nesse período jamais podem ocorrer novamente. Tendo em vista a importância do papel das políticas de combate à discriminação para manutenção de uma Europa pacífica e defensora dos direitos humanos, pretende-se analisar as barreiras para implementação efetiva da legislação da União Europeia para o combate à discriminação. Dessa forma, é possível tomar medidas para solução dessa problemática, seguindo na direção de uma Europa pacífica e respeitadora da diversidade.

Palavras-chave

Discriminação, União Europeia, Legalidade, Raça, Gênero, Roms.

1. Introdução: Análise histórica da discriminação na Europa

A discriminação ocorre na Europa desde os remotos tempos da Grécia Antiga. Na democracia ateniense, discriminação de gênero e xenofobia eram recorrentes, visto que a maioria da população, formada por mulheres, escravos e estrangeiros (metecos), era privada da cidadania e impedida de exercer seus direitos políticos.

No período correspondente à Idade Média, havia discriminação social e religiosa. A sociedade medieval era dividida em estamentos, sendo a nobreza

1 Graduanda em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

e o clero, detentores de privilégios. Os servos, por sua vez, eram responsáveis pelo trabalho árduo e pelo pagamento de impostos. Ademais da discriminação social, a Igreja Católica perseguia hereges e bruxas, coibindo qualquer manifestação religiosa ou contestação de seu dogma.

Com a consolidação do Estado-nação, o início das navegações e a missão do homem branco europeu de civilizar os selvagens, o processo discriminatório se fortalece. Os povos indígenas e africanos eram considerados inferiores, portanto, era dever europeu colonizá-los, torná-los civilizados, sendo o racismo a justificativa para a dominação. Nesse sentido, é fundamental o reconhecimento de que a história colonial dos países europeus constitui um dos elementos que originaram o racismo.

O pensamento racial e de superioridade continua a se perpetuar pela Europa, chegando ao ápice com o Holocausto. O antissemitismo, a discriminação contra ciganos, deficientes, eslavos, homossexuais, entre outros, juntamente com o projeto de sociedade racialmente superior do governo nazista, culminou na perseguição e no extermínio desses povos. Tamanha brutalidade jamais pode se repetir na história da humanidade.

Considerando as atrocidades cometidas ao longo da história da Europa, motivadas pelo processo discriminatório, cujo ápice foi o Holocausto, faz-se necessário o debate acerca da discriminação. É essencial

> "O reconhecimento da História da Europa e da sua experiência contemporânea e de que a escravatura e o colonialismo, o holocausto, a depuração étnica e a intolerância religiosa causaram grande sofrimento, com efeitos em longo prazo e continuados."[2]

Ademais, o presente trabalho tem como objetivo investigar a razão da continuidade e do aumento das práticas discriminatórias na União Europeia, apesar dos diversos mecanismos legais para combater. Nesse sentido, pretende-se comprovar que há barreiras para implementação efetiva dos instrumentos legais da UE para o combate à discriminação.

Visando atender ao objetivo supracitado e fazer uma investigação acerca do processo discriminatório na União Europeia, primeiramente, será abordada brevemente a doutrina acerca dos Direitos Fundamentais na visão do filósofo Norberto Bobbio. Em segundo lugar, será realizado um estudo dos mecanismos legais e medidas da União Europeia para o combate à discriminação. Posteriormente, far-se-á uma análise das diversas formas de discriminação, destacando

2 Parlamento Europeu, 16 de maio de 2001, *Recomendação do Parlamento Europeu referente à posição da União Europeia na Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Outras Formas Conexas de Intolerância.*

o caso dos Roms. Outrossim, pretende-se evidenciar a manutenção e o aumento das práticas discriminatórias na União Europeia. Por fim, será realizada uma investigação acerca das razões para o aumento da discriminação, apontando possíveis soluções para esta problemática.

2. Norberto Bobbio e o debate doutrinário acerca dos Direitos Fundamentais

Segundo Norberto Bobbio, a questão central acerca dos direitos humanos consiste na sua proteção, não em sua justificação, o que faz destes um problema político, não filosófico. Portanto, apesar da relevância do debate acerca da natureza e do fundamento desses direitos, a discussão deve priorizar a questão referente à garantia dos direitos humanos, impedindo que estes sejam violados. Ademais, para o autor o problema do fundamento estaria, de certa maneira, resolvido, devido à Declaração Universal dos Direitos do Homem, que representa um consenso sobre este tema.

Outra característica desses direitos é o fato de serem históricos, estando passíveis de transformação, mutação e ampliação. Nesse sentido, Bobbio afirma que

> "os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem[3]."

A visão de Bobbio acerca da proteção dos direitos fundamentais consiste na defesa de que a comunidade internacional deve remediar situações em que haja desrespeito a esses direitos no âmbito interno do Estado-nação. Porém, as garantias desta se restringem ao nível da influência. O papel dos organismos internacionais na tutela dos direitos humanos consistiria na promoção, controle e garantia. Por conseguinte, além de induzir a introdução ou o aperfeiçoamento de uma disciplina que preze pelo respeito desses direitos por parte dos Estados, esses organismos devem verificar se as recomendações foram implementadas. Outrossim, "estende-se a organização de uma autêntica tutela jurisdicional de nível internacional, que substitua a nacional"[4], cujo objetivo seria a criação de jurisdição internacional, mais nova e mais alta que a nacional, principalmente quando esta for insuficiente ou inexistente. Essa garantia está prevista na Convenção Europeia dos Direitos do Homem[5].

De acordo com Bobbio, apenas dois direitos possuem valor absoluto, sendo válidos para todos os seres humanos, em todas as situações: o direito a não

3 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
4 BOBBIO, 1992.
5 Conselho da Europa, 4 de novembro de 1950, *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.*

ser escravizado e o direito a não ser torturado. Ambos são considerados como ilícitos e sua instituição e proteção são universalmente condenadas. Os demais direitos são considerados fundamentais relativos, visto que há um limite em sua tutela, quando encontram outro direito fundamental concorrente. Como exemplo há o direito à liberdade de expressão e o direito a não discriminação.

Após breve discussão teórica, é possível concluir que o cerne da questão acerca dos direitos humanos é sua proteção e não violação. Para fazer uma análise do caso europeu, faz-se necessário abordar primeiramente a legislação europeia sobre os direitos fundamentais.

3. A Legislação sobre os Direitos Fundamentais e os mecanismos legais da União Europeia para o combate à discriminação

Com o objetivo de promover a paz e o bem-estar de seus cidadãos, a União Europeia tem como valores a igualdade, a liberdade, a democracia e o respeito às leis e aos direitos humanos. Além disso, a UE possui o propósito de combater a discriminação, promover a justiça social, a igualdade de gênero e a solidariedade entre os seus cidadãos. Por conseguinte, dispõe de diversos mecanismos legais, tais quais a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[6], os artigos 6º e 7º do Tratado da União Europeia[7] e o Tratado de Lisboa[8], que obriga a adesão à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais[9].

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reconhece o direito à dignidade, à integridade do ser humano e o direito à vida. Ademais, condena a prática da discriminação. Nesse sentido, de acordo com o artigo 21 desta Carta,

> "É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual[10]."

No artigo seguinte, é reconhecido o respeito à diversidade cultural, religiosa e linguística, evidenciando a defesa da preservação e do respeito às tradições dos povos europeus e à identidade nacional de seus Estados-membros. Outrossim,

---

6 Parlamento Europeu, Conselho Europeu, Comissão Europeia. 18 de dezembro de 2000. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.* (2000/C 364/01)

7 União Europeia. 29 de dezembro de 2006. *Versões Consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado que Institui a União Europeia.*

8 União Europeia. 13 de dezembro de 2007. *Tratado de Lisboa que Altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que Institui a Comunidade Europeia*.

9 Conselho da Europa, 1950.

10 Parlamento Europeu, Conselho Europeu, Comissão Europeia, 2000, p. 13.

nesse documento, o Parlamento, o Conselho e a Comissão Europeia estabelecem a igualdade de gênero, inclusive em relação a emprego, trabalho e remuneração.

A Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais também proíbe a discriminação. Segundo o artigo 14 desta Convenção,

> "O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação."[11]

Além das Cartas, Tratados e Convenções supracitadas, a União Europeia possui outros mecanismos para o combate à discriminação. Entre eles estão a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia[12], a Convenção-Quadro do Conselho da Europa para a Proteção das Minorias Nacionais[13], como também as Diretivas do Conselho[14], que aplicam o princípio da igualdade de tratamento entre pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e estabelecem um quadro de igualdade de tratamento no emprego.

A Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia[15] estabelece um quadro normativo e institucional, visando tornar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia efetiva. Esta Agência tem como funções proporcionar competências às instituições e aos países da UE sobre direitos fundamentais, possibilitando-os de tomarem medidas e aprovarem leis que cumpram estes direitos; ademais de realizar inquéritos e investigações científicas acerca dos direitos fundamentais; levantar, analisar e divulgar informações confiáveis sobre os efeitos das ações da União em matéria de direitos fundamentais; emitir pareceres às instituições e administrações públicas da UE; publicar um relatório anual.

O Observatório Europeu da Xenofobia e do Racismo[16], antecessor à Agência, estudava a magnitude e a evolução das manifestações de racismo, xenofobia e antissemitismo, além de analisar suas respectivas causas e consequências. Outrossim,

---

11 Id., 1950, p. 13.

12 EUR-Lex. Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:l14169>. Acesso em: 17 nov. 2015.

13 Conselho da Europa. 1 de fevereiro de 1995. *Convenção-Quadro do Conselho da Europa para a Proteção das Minorias Nacionais.*

14 Conselho Europeu. Diretiva 2000/43/CE de 29 de junho de 2000 e Diretiva 2000/78/CE de 27 de novembro de 2000. Em: Parlamento Europeu, 14 de janeiro de 2009, *Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de Janeiro de 2009, sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2004-2008) (2007/2145(INI)).*

15 EUR-Lex. Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:l14169>. Acesso em: 17 nov. 2015.

16 EUR-Lex. Observatório Europeu da Xenofobia e do Racismo. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:c10411>. Acesso em: 15 nov. 2015.

o Observatório era dotado de personalidade jurídica, e, portanto, cooperava com organizações, sejam elas dos Estados-membros, internacionais, governamentais ou não governamentais, que fossem competentes na área de racismo e xenofobia.

A Convenção-Quadro do Conselho da Europa para a Proteção das Minorias Nacionais, por sua vez, prevê a proteção e o respeito aos direitos das minorias nacionais, preservando sua identidade, religião, língua, costumes e tradições destas. Ademais, esta convenção tem como objetivo promover a tolerância e o diálogo intercultural. Segundo o parágrafo 1, do artigo 4 da referida convenção,

> "As Partes comprometem-se a garantir a qualquer pessoa pertencente a uma minoria nacional o direito à igualdade perante a lei e a uma igual proteção da lei. Para o efeito, é proibida toda e qualquer forma de discriminação baseada na pertença a uma minoria nacional."[17]

Ademais, a Resolução do Parlamento Europeu sobre a Situação dos Direitos Fundamentais na União Europeia declara que qualquer forma de discriminação deve ser combatida[18]. A referida resolução também distingue a proteção das minorias das políticas de combate à discriminação e afirma que a igualdade de oportunidades não é um privilégio, mas um direito fundamental.

Outra iniciativa para o combate à discriminação é o Programa de Direitos, Igualdade e Cidadania[19] realizado pela Direção-Geral de Justiça (DG Justiça) da Comissão Europeia. Esse programa tem como objetivos a luta contra racismo, xenofobia e homofobia; a promoção da igualdade de gênero e da não discriminação, entre outros. O orçamento deste programa para o período de 2014-2020 é de 439,5 milhões de euros, que serão destinados a autoridades públicas, ONGs e outras organizações que partilhem dos mesmos valores.

Finalmente, é possível concluir que há um grande esforço da União Europeia para o combate da discriminação. Isso é evidenciado pelas políticas e iniciativas, além dos mecanismos legais. Entretanto, é necessário avaliar a eficácia dessas medidas e seus efeitos para redução das práticas discriminatórias na UE.

4. A persistência e o aumento das práticas discriminatórias na União Europeia

Ainda que haja esforços e mecanismos legais para o combate à discriminação em suas diversas formas, entre elas o racismo, a xenofobia, o antissemitismo,

17 Conselho da Europa, 1995.

18 Parlamento Europeu, 14 de janeiro de 2009, *Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de Janeiro de 2009, sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2004-2008) (2007/2145(INI)).*

19 Comissão Europeia, Programa de Direitos, Igualdade e Cidadania, 2014-2020.

a homofobia, discriminação de gênero, da comunidade Rom etc. as práticas discriminatórias não apenas permanecem, como aumentam. Tal fato é reconhecido pelo Parlamento Europeu, que afirmou

> "Que apesar dos esforços realizados no plano jurídico internacional e na União Europeia, o número de atos de violência racista contra membros de comunidades de imigrantes e de minorias vem aumentando na Europa e no mundo."[20]

Na Resolução sobre os Direitos Fundamentais[21], o Parlamento também manifesta sua preocupação acerca da quantidade substancial de violações da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais nos Estados-membros da UE. Entre as violações estão as manifestações de ódio e intolerância contra os estrangeiros, os Roms, e outras minorias nacionais, em artigos, programas midiáticos racistas e concertos musicais neonazistas.

Crimes de racismo foram frequentes na União Europeia no ano de 2014[22]. Imigrantes, e membros de minorias étnicas e religiosas, especialmente judeus, muçulmanos e afrodescendentes foram vítimas de racismo e extremismo, além de serem culpados pelos problemas da sociedade. Esses crimes, conjuntamente com marchas anti-Roma e manifestações de massa anti-imigração propagam o medo e a insegurança. Reconhecendo tal fato, o Parlamento Europeu declarou na Recomendação referente à posição da União Europeia na Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Outras Formas Conexas de Intolerância que,

> "A UE deveria aprender com o resto do mundo, uma vez que persistem na Europa, em grande escala, formas de racismo individual e institucional, e que os inquéritos de opinião suscitam sérias preocupações em relação às atitudes em face dos grupos minoritários, que a violência racista está, aparentemente, a aumentar e que se verifica um grau inquietante de exploração política dos preconceitos, incluindo os dirigidos contra os imigrantes."[23]

Segundo pesquisas, minorias étnicas e imigrantes continuam a sofrer discriminação, têm acesso dificultado à educação, ao emprego e a serviços de

20 Parlamento Europeu, 2001, p. 1.
21 Parlamento Europeu, 14 de janeiro de 2009, p. 5.
22 European Agency for Fundamental Rights. Fundamental Rights: challenges and achievements in 2014. Luxembourg: Publication Office of the European Union, 2015.
23 Parlamento Europeu, 2001.

habitação e saúde na UE. Além disso, reclamações feitas em organismos nacionais responsáveis pela igualdade em Estados-membros como Áustria, Bélgica, Croácia, Espanha, Grécia, Itália, Luxemburgo, República Tcheca e Suécia, revelam que raça, etnia e cor da pele são as formas de discriminação reportadas mais comuns[24]. Todavia a discriminação não se restringe a esses países. Na Dinamarca, por exemplo, a pesquisa do Barômetro de Migração de Copenhague[25] revela que a cada quatro entrevistados descendentes de alguma minoria étnica haviam sofrido discriminação. Na Holanda, entre um terço e metade dessa população sofreu discriminação em espaços públicos ou no mercado de trabalho, segundo resultados de uma pesquisa representativa[26].

O antissemitismo é outra forma de discriminação que persiste na UE. Segundo os relatórios Manifestações de antissemitismo na UE em 2002-2003 e Percepções do antissemitismo na União Europeia, do Observatório Europeu da Xenofobia e do Racismo[27], as manifestações de antissemitismo estão mais frequentes em alguns países da EU, o que afeta a vida dos judeus que lá habitam. Outrossim, os eventos que ocorrem no Oriente Médio alimentam o sentimento antissemita e manifestações contra o povo judeu. De acordo com os resultados da pesquisa da Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA) sobre o povo judeu de 2013[28], dois a cada três entrevistados afirmaram que o conflito árabe-israelense ameaçava o senso de segurança.

Os muçulmanos também são alvo de discriminação na UE. Segundo o Centro de Pesquisa Pew uma média de 46% dos entrevistados na França, Alemanha, Grécia, Itália, Polônia, Espanha e Reino Unido tem posições discriminatórias relacionadas aos muçulmanos. Na França, particularmente, os crimes de islamofobia aumentaram em 53% em 2013, comparando ao ano anterior, de acordo com os dados do Coletivo contra a Islamofobia[29]. Ademais, a organização britânica Tell MAMA[30] afirmou que o aumento dos crimes de ódio contra os muçulmanos está relacionado ao desenvolvimento do Estado Islâmico no Iraque e à ISIS.

A discriminação de gênero, seja ela direta ou indireta, também deve ser combatida em todas as suas formas. Apesar de algumas conquistas femininas do mercado de trabalho, as mulheres continuam recebendo salários inferiores para realizar

24 European Agency for Fundamental Rights, 2015, p. 50.
25 Denmark, City of Copenhagen (2014) *apud* European Agency for Fundamental Rights, 2015.
26 Netherlands, Andriessen, I., Fernee and H., Witerbrood K. (2014), *apud* European Agency for Fundamental Rights, 2015.
27 Comissão Europeia. Atividades do Observatório Europeu do Racismo e a Xenofobia. EUMC — Relatório Anual 2004/2005 — Parte 1. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005 — 45 p.
28 FRA (2013), *apud* European Agency for Fundamental Rights, 2015.
29 France, Collective against Islamophobia in France (Collectif contre l'islamophobie en France) (2014) *apud* European Agency for Fundamental Rights, 2015.
30 Tell MAMA. Available in: <http://tellmamauk.org/> *apud* European Agency for Fundamental Rights, 2015.

o mesmo trabalho que os homens, são vistas com desconfiança pelos empregadores em questões de gravidez e maternidade, além de terem menor representação em posições de liderança e tomada de decisão. Outrossim, as mulheres são vítimas de múltipla discriminação, pois sofrem preconceito não apenas por pertencerem ao gênero feminino, como também por pertencer a uma minoria étnica ou por ser imigrante, por exemplo. A violência contra a mulher não deve ser subestimada, mas reconhecida e combatida. De acordo com o relatório da Agência de Direitos Fundamentais da UE sobre a violência contra as mulheres, uma em cada 10 mulheres sofreu violência sexual a partir dos 15 anos e uma em cada 20 foi estuprada. Entre elas, apenas 14% reportaram o incidente mais sério de violência sexual à polícia[31].

3.1. Discriminação contra os Roms

Os Roms são um povo historicamente marginalizado, que devido à discriminação e exclusão, foram impedidos de se desenvolverem em determinados domínios relevantes, tendo acesso dificultado à saúde, educação, moradia e emprego. Com o alargamento da União Europeia, esse povo se tornou uma das minorias mais importantes, devendo, portanto, receber atenção especial, visto que a discriminação e exclusão dessa comunidade se acentua.

As práticas discriminatórias contra o povo Rom consistem na hostilidade generalizada, violação aos direitos humanos, segregação no acesso à habitação, expulsão forçada, exclusão no emprego, na educação e no acesso à saúde, negação de seus direitos por parte das autoridades, sub-representação no plano político, discriminação por parte da polícia, por meio de controles seletivos em função do perfil racial, ademais da situação vulnerável das mulheres Rom, que são alvos de discriminações múltiplas.

Segundo os resultados da pesquisa do Centro de Pesquisa Pew, no período de março e abril de 2014, os Roms são vistos de forma negativa, aproximadamente, por metade dos entrevistados nos países da UE como Espanha 41%, Alemanha 42%, Polônia 50%, Reino Unido 50%, Grécia 53%, França 66% e Itália 85%[32]. Ademais, uma pesquisa alemã revelou a prevalência de atitudes racistas contra os Roms, como manifestações anticiganas que pregam que os Sinti e Roms devem ser banidos das cidades e que esses grupos têm propensão ao crime[33].

Em 2014, a Comissão Europeia iniciou um processo contra a República Tcheca, no âmbito do artigo 258 do Tratado de Funcionamento da União Europeia[34]. O referido Estado-membro teria violado os artigos 2 e 3 (1) (g) da

31 European Agency for Fundamental Rights, Violence against women: an EU-wide survey. Main results. Luxembourg: Publication Office of the European Union, 2014.
32 Pew Research Centre, 2014 *apud* European Agency for Fundamental Rights, 2015.
33 European Agency for Fundamental Rights, 2015.
34 União Europeia, Tratados Consolidados. Carta dos Direitos Fundamentais. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2010.

Diretiva de Igualdade Racial[35], que proíbe a discriminação racial ou étnica na educação. Outrossim, a medida da República Tcheca de manter as crianças Rom em escolas especiais para crianças com dificuldade de aprendizado, também configura violação do artigo 14 e artigo 2 do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos[36]. O Estado Tcheco não conseguiu provar que as crianças Rom não haviam sido discriminadas, seja na legislação ou na prática[37].

A discriminação é a antítese do espírito da integração europeia e, reconhecendo que apesar do aumento dessas práticas, é necessário combatê-la para que a União Europeia seja um espaço de liberdade, segurança e justiça. Todavia, para o combate efetivo da discriminação, é preciso avaliar quais são as problemáticas das medidas legais já existentes, para encontrar uma possível solução.

V. Conclusão

Considerando o aumento das práticas discriminatórias na União Europeia, apesar dos mecanismos legais para combatê-las, faz-se necessário o estudo das razões da ocorrência de tal fato. Somente após a análise das barreiras para a implementação efetiva de uma legislação que proíba e puna as manifestações de discriminação na UE, é possível tomar medidas para solução dessa problemática, seguindo na direção de uma Europa pacífica, na qual a diversidade é respeitada.

Passados dez anos da requisição da implementação da Diretiva de Igualdade Racial[38] na lei nacional e quatro anos da Decisão-Quadro sobre Racismo e Xenofobia[39], é possível perceber que persistem barreiras para implementação destas. Uma delas consiste nas lacunas relacionadas às motivações racistas e xenófobas para cometimento de crimes, como também à confiabilidade da pessoa legal e jurídica. Ademais, a falta de controle das políticas públicas e práticas de direitos humanos no nível da União Europeia por parte dos Estados-membros, também gera uma problemática, pois limita a proteção desses direitos a um quadro nacional. Por conseguinte, isso prejudica a atuação da UE como defensora dos direitos humanos, ademais de diminuir sua credibilidade nessa matéria.

Outro fator que permite a continuidade e o aumento da discriminação da EU é a não utilização do mecanismo para garantir a inexistência de violações graves e persistentes dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais da União, previsto no artigo 7 do Tratado da União Europeia[40]. Além disso, o mandato limitado da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e

35 European Council, 2000 *apud* European Agency for Fundamental Rights, 2015.
36 European Council, 1950 *apud* European Agency for Fundamental Rights, 2015.
37 Letter from the EC to the Minister of Foreign Affairs of the Czech Republic, C (2014) 6687final. 25 September, 2004. *apud* European Agency for Fundamental Rights, 2015.
38 European Council, 2000 *apud* European Agency for Fundamental Rights, 2015.
39 Conselho da Europa, 1995.
40 União Europeia, 2006.

a dissolução da Rede Europeia de Peritos Independentes em Matéria de Direitos do Homem preocupam o Parlamento Europeu, visto que diversos domínios importantes da política de direitos humanos na Europa podem ser excluídos do campo da investigação sistemática[41].

A aplicação insatisfatória das políticas de combate à discriminação, como também a não ratificação do Protocolo nº 12 da Convenção Europeia de Direitos do Homem[42], que prevê a proibição de todas as formas de discriminação, por parte de alguns Estados-membros constituem empecilhos para implementar efetivamente a legislação acerca dos Direitos Fundamentais, possibilitando assim o aumento das práticas discriminatórias. Outrossim, o desconhecimento das leis que proíbem a discriminação por parte dos cidadãos da União Europeia ou o difícil acesso destes aos tribunais também são fatores que podem contribuir para a continuação das práticas discriminatórias, pois o sistema de proteção existente depende da iniciativa das vítimas.

Enquanto a discriminação persistir na Europa, o Holocausto é uma possibilidade, sendo, portanto, fundamental medidas efetivas para seu combate. Possíveis soluções que auxiliariam na transposição dessas barreiras consistiriam na ratificação e aplicação efetiva dos mecanismos legais já existentes, como também aumentar o nível de conhecimento destes por parte da população, para que esta fique ciente de seus direitos. Outrossim, a educação é fundamental no combate à discriminação, por meio de campanhas de informação, principalmente nos locais onde ocorrem as práticas discriminatória. Quiçá, por meio de boas práticas, a discriminação seja combatida na UE, tornando-a um local mais justo, pacífico e igualitário.

Referências Bibliográficas

1. Documentos

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

União Europeia, Tratados Consolidados. Carta dos Direitos Fundamentais. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2010.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. The ABC of European Union Law. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010.

European Commission. Developing Anti-Discrimination Law in European Union. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012.

41 Parlamento Europeu, 2001, p. 3.
42 Conselho da Europa, 1950.

Comissão Europeia. Atividades do Observatório Europeu do Racismo e a Xenofobia. EUMC — Relatório Anual 2004/2005 — Parte 1. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005, 45 p.

Comissão Europeia, Programa de Direitos, Igualdade e Cidadania, 2014-2020.

European Agency for Fundamental Rights, Violence against women: an EU-wide survey. Main results. Luxembourg: Publication Office of the European Union, 2014.

European Agency for Fundamental Rights. Fundamental Rights: challenges and achievements in 2014. Luxembourg: Publication Office of the European Union, 2015.

União Europeia, 29 de dezembro de 2006, *Versões Consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado que Institui a União Europeia.*

União Europeia, 13 de dezembro de 2007, *Tratado de Lisboa que Altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que Institui a Comunidade Europeia*.

Conselho da Europa, 4 de novembro de 1950, *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.*

Conselho da Europa, 1 de fevereiro de 1995, *Convenção-Quadro do Conselho da Europa para a Proteção das Minorias Nacionais.*

Parlamento Europeu, Conselho Europeu, Comissão Europeia. 18 de dezembro de 2000. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.* (2000/C 364/01)

Parlamento Europeu, 16 de maio de 2001, *Recomendação do Parlamento Europeu referente* à *posição da União Europeia na Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Outras Formas Conexas de Intolerância.*

Parlamento Europeu, 14 de janeiro de 2009, *Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de janeiro de 2009, sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2004-2008) (2007/2145(INI)).*

2. Notícias

EUR-Lex. Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:l14169>. Acesso em: 17 nov. 2015.

EUR-Lex. Observatório Europeu da Xenofobia e do Racismo. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:c10411>. Acesso em: 15 nov. 2015.

Referências *apud*

1. Documentos

Denmark, City of Copenhagen, Integrationsbarometret, Objective 8, 2014.

European Agency for Fundamental Rights, Discrimination and hate crime against Jews in EU Member States: Experiences and perceptions of anti-Semitism, Luxembourg, Publications Office, 2013.

France, Collective against Islamophobia in France (Collectif contre l'islamophobie en France), Rapport Annuel 2013, 2014.

Letter from the EC to the Minister of Foreign Affairs of the Czech Republic, C (2014) 6687 final. 25 September, 2004.

Netherlands, Andriessen, I., Fernee and H., Witerbrood K. Conclusies extra analyse omnibusenquête, Roterdam, RADAR, 2014.

Pew Research Centre, A fragile rebound of EU image on eve of EU Parliament elections, 2014.

Tell MAMA. Available in: <http://tellmamauk.org/>. Acesso em: 15 nov. 2015.

2. Jurisprudência

European Council, June 29th 2000. *Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin*.

European Council, 4th November 1950. *European Convention on Human Rights. Protocol 1. Article 2.*

European Court of Human Rights. November 13th 2007. *D.H. and Others v. the Czech Republic, No. 57325/00.*

Este livro foi produzido pela FGV DIREITO RIO,
composto com a família tipográfica Gotham
e impresso em papel offset,
no ano de 2016.

ISBN 978-85-63265-73-9



FGV DIREITO RIO