

O Impacto das Medidas de Austeridade nos Direitos de Propriedade: uma Análise Jurisprudencial¹

The Impact of Austerity Measures on Property Rights: a Case Law Analysis

DANIELA DOBRE

Universidad de Granada, Andaluzia, Espanha.

RESUMO: Este artigo reflete sobre o impacto das medidas de austeridade adotadas no contexto da crise econômica de 2008 sobre os direitos de propriedade. A análise baseia-se na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). A fim de examinar as alterações observadas no que diz respeito à proteção do direito à propriedade durante a crise, são identificadas as notas que definem o seu âmbito e limites. As restrições genéricas e específicas que interferem na garantia efetiva deste direito perante os tribunais mencionados são estabelecidas. O trabalho conclui com a abordagem de possíveis soluções para enfrentar os obstáculos identificados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à propriedade; crise econômica; medidas de austeridade; Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; Tribunal de Justiça da União Europeia.

ABSTRACT: This article reflects on the impact of the austerity measures adopted in the context of the 2008 economic crisis on property rights. The analysis is based on the case law of the European Court of Human Rights (ECRH) and the European Court of Justice (ECJ). In order to examine the changes observed with regard to the protection of property rights during the crisis, the notes defining their scope and limits are identified. The generic and specific restrictions that interfere with the effective guarantee of this right before the courts mentioned are established. The work concludes by addressing possible solutions to the obstacles identified.

KEYWORDS: Right to property; economic crisis; austerity measures; European Court of Human Rights; Court of Justice of the European Union.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Proteção multinível dos direitos fundamentais e crise econômica; 2 O julgamento de ponderação aplicável ao direito de propriedade: um exercício jurisdicional artificial em tempos de crise?; Conclusões; Referências.

1 Tradução por Tiago Reis.

INTRODUÇÃO

Este trabalho destina-se a determinar o nível de proteção garantido pelos tribunais supranacionais em relação aos direitos de propriedade, em consequência das diferentes medidas de austeridade que projetaram os seus efeitos sobre esta esfera dos cidadãos.

Longe de tomar uma perspectiva estática, a análise começa necessariamente com a descrição do contexto em que seu objeto é moldado. Este é um contexto altamente complexo que condicionou o nível de proteção dos direitos de propriedade durante a crise. Existem vários fatores – que são classificados aqui como genéricos e específicos, dependendo do seu impacto mediato ou imediato na garantia do direito fundamental estudado – que levam a uma conclusão clara: o nível de proteção proporcionado durante a crise econômica foi mínimo e baseado em uma certa automação argumentativa no nível jurisdicional.

A descrição do contexto em que se enquadra a proteção específica do direito à propriedade é efetuado na primeira epígrafe, enquanto no segundo se realiza a análise que se refere estritamente à jurisprudência dos dois tribunais. Os elementos centrais que moldam o direito de propriedade (proprietários, bem jurídico protegido e juízo de proporcionalidade) são apresentados tomando como referência as sentenças que foram proferidas antes e durante a crise. É também feita uma breve referência aos problemas específicos que surgem na União Europeia. Finalmente, algumas soluções – geralmente aceitas na doutrina – são propostas para aumentar o nível de proteção dos direitos de propriedade, em particular, e os direitos fundamentais, em geral, no espaço europeu.

1 PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CRISE ECONÔMICA

Deve-se abordar o problema da proteção multinível dos direitos fundamentais no espaço europeu como um condicionante genérico, que constitui um avanço e, ao mesmo tempo, um desafio para os tribunais nacionais e supranacionais, bem como para os cidadãos. Por meio da consideração do indivíduo como sujeito do direito internacional e, portanto, merecedor de proteção não só nacional, mas também internacional, novos limites para a soberania dos Estados, voluntariamente aceitos por eles, foram refletidos.

Após a Segunda Guerra Mundial, um evento em que “milhões de crianças, mulheres e homens foram vítimas de atrocidades que desafiam a

imaginação e tocam profundamente a consciência da humanidade”², teve início na Europa um processo paulatino de criação de uma cultura europeia dos direitos humanos através de um processo de influências recíprocas (Roca, 2010). A submissão voluntária do estado à jurisdição supranacional do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) – através do projeto de integração europeia – significou a aceitação comum dos direitos humanos como limites intransponíveis por parte dos Estados, bem como o reconhecimento da legitimidade desses tribunais para garantir a proteção dos direitos fundamentais.

Todavia, essa proteção é desenvolvida em virtude dos princípios da subsidiariedade, da proporcionalidade e da complementaridade (Roca, 2010, p. 115). Isto é explicitamente declarado no art. 5.1 do Tratado de Lisboa, que se refere a esses princípios³.

Por sua vez, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE⁴) vincula – a partir de 2007 – as instituições europeias e os Estados-membros apenas quando aplicam o direito da UE (art. 51.1). Tudo isso demonstra a preocupação da União em relação aos seus cidadãos, sendo necessária e urgente a dotação de legitimação democrática do projeto europeu: devem ser os próprios cidadãos, não os Estados, os protagonistas do processo de integração supranacional (Pernice, 2015; Hernández, 2018, p. 61).

Neste contexto, 2008 marcou a origem de um processo de declínio na salvaguarda dos direitos fundamentais no espaço europeu, já que o início da crise econômica lançou as bases para uma excepcionalidade capaz de justificar tanto “improvisações jurídicas” (Tuori, 2012) observadas a respeito das medidas anti crise, como as interferências produzidas nos direitos fundamentais em consequência da adoção de diferentes disposições regulamentares nacionais que implementam medidas de austeridade.

Sem proceder a uma análise das causas da crise ou das medidas concretas tomadas pela União para a sua gestão, importa recordar que a maior parte dessas medidas foram tomadas com base em instrumentos de direito internacional e, por conseguinte, não suscetíveis, em princípio, à fiscalização jurisdicional pelo TJUE. Assim, entre os mecanismos fora do direito eu-

2 Preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (A/CONF. 183/9, 17 de julho de 1998).

3 Tratado da União Europeia, 13 de dezembro de 2007, Lisboa, *JOUE* C 326, 26 de outubro de 2012, p. 0001-0390.

4 Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Proclamado em Nice em 7 de dezembro de 2000. *JOUE* C 202, 7 de junho de 2016, p. 389-405.

ropeu, mas envolvendo as instituições europeias (a Comissão, o Banco Central Europeu e o TJUE), estão o FEEF⁵, o MEDE⁶ e o Pacto Fiscal Europeu⁷.

Esses instrumentos foram dotados de dois elementos que influenciaram diretamente o nível de proteção dos direitos fundamentais: sua natureza jurídica internacional (que dificulta, *per se*, a efetiva proteção dos direitos, subtraindo-se as regras do CDFUE) e a condicionalidade imposta aos Estados-membros em contrapartida do recebimento de assistência financeira. Essa condicionalidade teve um impacto essencialmente sobre a disciplina orçamentária e a política econômica dos Estados-membros que se beneficiam do empréstimo, influenciando assim diretamente o exercício da soberania estatal (Callejón, 2013)⁸. Esses exemplos salientam que o método de gestão de crises escolhido pela União partiu voluntariamente do domínio do direito europeu, refletindo um eterno momento de exceção *schmittiano* de exceção, em que a política é colocada antes do direito – e, mais especificamente, do direito constitucional (Everson; Joerges, 2013).

Atualmente, o estudo sobre o escopo e os limites dos direitos de propriedade é de particular interesse devido ao seu papel vital no processo de integração – tendo essa origem essencialmente econômica –, tornando-se um dos pilares fundamentais da Constituição econômica da União através, em primeiro lugar, do seu reconhecimento jurisprudencial como princípio geral nos termos do art. 6.3 TUE⁹ e, em seguida, mediante sua positivação como um direito fundamental no art. 17 da CDFUE. Além disso, o direito de propriedade enquadra-se na categoria de direitos civis e políticos, protegidos pelo art. 1º do Primeiro Protocolo Adicional à CEDH.

Diferentemente dos direitos sociais – cuja proteção exige que o Estado cumpra as obrigações positivas de natureza beneficiária, e cujo relacionamento óbvio com os orçamentos estatais fica evidenciado pela alta com-

5 Acordo marco do mecanismo europeu de estabilização financeira, assinado no Luxemburgo em 11 de junho de 2010. *Boe*, 11 de julho de 2011, n. 164, p. 76137 a 7615. Foi uma sociedade anônima com sede em Luxemburgo.

6 É uma instituição financeira internacional cujo objetivo é mobilizar fundos e fornecer apoio de estabilidade, estrita condicionalidade, adaptado ao instrumento de assistência financeira escolhido, aos membros do MEE que experimentam ou executam o risco de problemas de financiamento graves, sempre que tal seja essencial para salvaguardar a estabilidade financeira da área do euro no seu conjunto e dos seus Estados-membros (art. 3º do Tratado que institui o mecanismo europeu de estabilidade, Bruxelas, em 2 de fevereiro de 2012. *Boe*, 21 de junho de 2012, n. 239, p. 70375 a 70397).

7 Tratado sobre estabilidade, coordenação e governança na União Econômica e monetária, feito em Bruxelas, em 2 de março de 2012. *Boe*, 26 de julho de 2012, n. 178, p. 53541 a 53553.

8 Nas palavras de Callejón (2013), ocorreu “a formalização específica [do] poder externo como um poder constituinte na ordem estatal”.

9 Acórdão do TJUE de 13 de dezembro de 1979, Processo nº C-14/79, EU: C: 1979:290, *Hauer* especialmente § 23.

plexidade na concessão de uma garantia efetiva – a salvaguarda do direito à propriedade exige, em princípio, meras abstenções: obrigações negativas que consistem na não interferência estatal. Essa ideia tem sido matizada, no entanto, pelo TEDH, ao afirmar que o direito à propriedade também impõe obrigações positivas: os funcionários e as autoridades estatais devem fazer tudo o que estiver ao seu alcance para proteger os interesses patrimoniais de um indivíduo¹⁰.

2 O JULGAMENTO DE PONDERAÇÃO APLICÁVEL AO DIREITO DE PROPRIEDADE: UM EXERCÍCIO JURISDICIONAL ARTIFICIAL EM TEMPOS DE CRISE?

A) DIREITO DE PROPRIEDADE: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

De acordo com as explicações sobre a CDFUE¹¹, o âmbito de aplicação do art. 17.1 está relacionado – pelo menos – ao nível de proteção garantido pelo art. 1º do Primeiro Protocolo Adicional à CEDH. Por conseguinte, é observada a proteção equivalente do direito de propriedade reconhecida nos dois instrumentos normativos, cuja garantia jurisdicional reside no TJUE e no TEDH, respectivamente (Wollenschl-Ger, 2014).

Apesar da formulação diferente das duas disposições indicadas, existem essencialmente duas formas principais de proteção da propriedade. Por um lado, através da proibição de expropriação sem causa de utilidade pública e compensação justa¹²; por outro lado, através da existência necessária de um interesse geral que justifique possíveis interferências estatais (restrições à utilização da propriedade)¹³. Inclui também uma fórmula genérica para a proteção deste direito através da observância pacífica ou gozo dos bens das pessoas, que devem ser interpretados em conjugação com as duas regras específicas.

Observa-se, portanto, que o direito estudado aqui não é absoluto. A referida legislação permite a concordância da interferência no direito de

10 STEDH de 30 de novembro de 2004, *Enerlydz v. Turquia*, n. 48939/99, 35.

11 Explicações sobre a carta dos direitos fundamentais, *JOUE* C 303/02, 14 de dezembro de 2007, p. 17 a 35.

12 Art. 1º, segunda frase, do primeiro protocolo adicional à CEDH: “Ninguém pode ser privado de sua propriedade, a não ser por razões de utilidade pública e nas condições estabelecidas por lei e pelos princípios gerais do direito internacional”. Art. 17.1, segunda frase, CDFUE: “Ninguém pode ser privado de sua propriedade mais do que por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e em troca, em um prazo razoável, de uma justa compensação por sua perda”.

13 Art. 1º, segundo parágrafo, do primeiro protocolo adicional à CEDH: “[qualquer pessoa física ou jurídica tem direito ao respeito a sua propriedade] sem prejuízo do direito dos Estados de ditarem leis que considerem necessárias para a regulamentação da utilização de bens no interesse público ou para garantir o pagamento de impostos, outras contribuições ou multas”. Art. 17.1, terceiro período, CDFUE: “O uso das mercadorias pode ser regulado por lei na medida do necessário para o interesse geral”.

propriedade, no entanto, exigindo a condução de uma sentença de ponderação dos ativos jurídicos em tela. Uma característica comum observada nas sentenças analisadas¹⁴ é a de que todas as alegadas infrações aos direitos de propriedade invocados pelos recorrentes em consequência da aplicação das medidas de austeridade foram enquadrados no segundo cenário: restrições uso da propriedade.

A possibilidade de analisar tal interferência à luz do conceito de expropriação foi sistematicamente descartada pelos tribunais. A possibilidade desconfortável de determinar uma compensação justa pelo Estado, se as alegadas violações tivessem sido estimadas, e a existência de um objetivo amplo no interesse público, dadas as circunstâncias excepcionais da crise – a necessidade de garantir a estabilidade financeira do país –, podem constituir uma prova razoável para justificar, de alguma forma, essa característica recorrente no raciocínio judicial.

De acordo com jurisprudência reiterada do TJUE:

[...] podem ser impostas restrições ao exercício do direito de propriedade, desde que estas restrições correspondam efetivamente à consecução dos objetivos de interesse público e não constituam, à luz do objetivo prosseguido, uma intervenção excessiva e desmesurada afetando a própria essência dos direitos assim garantidos.¹⁵

Por sua parte, o TEDH aplica, nas sentenças analisadas, a sua doutrina já consolidada, recordando que a análise relativa às restrições na utilização de bens contém três elementos: em primeiro lugar, a interferência estatal deve ser efetuada por lei; em segundo lugar, deve prosseguir um objetivo de interesse público. Por último, a medida nacional deve ser proporcional para alcançar o objetivo legítimo prosseguido, ou seja, existe um justo equilíbrio entre os requisitos do interesse público e os requisitos decorrentes da salvaguarda do direito à propriedade. Esse equilíbrio não ocorre se a pessoa afetada teve de suportar uma carga individual excessiva¹⁶.

14 Entre outros: SSTEDH 7 de maio de 2013, *Koufaki e ADEDY v. Grécia*, n. 57665/12 e 57657/12, 14 de maio de 2013, *N. K. M v. Hungria*, 21 de julho de 2016, *Mamatás e outros v. Grécia*, n. 63066/14, 64297/14 e 66106/14 de 8 de outubro de 2013, *Da conceição Mateus v. Portugal e Santos Januário v. Portugal*, n. 62235/12 e 57725/12 de 1º de setembro de 2015, *Da Silva Carvalho Rico v. Portugal*, n. 13341/14; O STJUE *Ledra*; Automático Tribunal geral 21 de setembro de 2017, Processo T-290/13, EU: T: 2017:677, *CMBG Ltd*; Automático Tribunal geral de 16 de outubro de 2014, Processo T-327/13, EU: T: 2014:909, *Mallis*; Despacho do tribunal geral, 10 de novembro de 2014, *Importa T-293/13*, EU: T: 2014:979, *Theophilou*.

15 Sentenças de 16 de novembro de 2011, *Banco Melli Irã/Conselho C-548/09 P*, EU: C: 2011:735, § 114, de 12 de maio de 2016, *Banco de Indústria e Minas/Conselho C-358/15 P*, EU: C: 2016:338, § 56, de 20 de setembro de 2016, *Ledra Advertising Ltd/Comissão e BCE*, EU: C: 2016:701, § 70.

16 O SSTEDH 22 de outubro de 2012, *Vistins e Perepjolkins contra a Letônia*, n. 71243/01 *Mamatás e outros v. Grécia*, 96.

B) TITULARES DE DIREITOS DE PROPRIEDADE E PROPRIEDADE LEGAL PROTEGIDA

O art. 1º do Primeiro Protocolo Adicional à CEDH não fornece uma definição do conceito de propriedade, simplesmente reconhecendo o direito de “qualquer pessoa física ou moral” o respeito a sua propriedade. Por sua parte, o CDFEU refere-se a “todos” como detentor deste direito. No entanto, durante a crise, foram impostas exigências adicionais à condição do titular do direito de propriedade.

Assim, o Tribunal Geral da União Europeia declarou que os acionistas (minoritários) de uma sociedade recapitalizada através de auxílios estatais devem “antecipar a aplicação das normas jurídicas; [estes devem] ser tidos em consideração por *operadores econômicos prudentes e diligentes* [...], por tratarem-se de medidas que podem afetar os seus interesses”¹⁷. A este respeito, o Advogado-Geral Nils Wahl entendeu, em relação ao mesmo tipo de auxílio, que “um *investidor prudente e diligente* não pode satisfazer a expectativa de que se mantenha uma situação que possa ser alterada pelas autoridades competentes no exercício do seu poder discricionário”¹⁸.

O TEDH considerou igualmente que os credores privados dos Estados (detentores de bonificações soberanas) têm um dever acrescido com relação a outros proprietários do direito de propriedade, a sua própria atividade econômica. Referindo-se expressamente às considerações do TJUE sobre este direito qualificado por operadores individuais no mercado econômico, o TEDH recordou que o investimento na compra de bonificações soberanas não é uma atividade sem risco. E isso é porque entre o tempo de emissão de tal valor e sua maturidade, há – em princípio – um período razoavelmente longo de tempo durante o qual ocorrem eventos imprevisíveis que podem ter o efeito de reduzir significativamente a solvência do seu emitente, mesmo que seja um estado, e assim causar uma perda financeira subsequente ao credor¹⁹.

Entende-se que, especialmente em tempos de crise econômica, tais investidores devem estar cientes da situação econômica altamente instável que determina a flutuação no valor dos títulos de dívida adquiridos, bem como o alto risco de inadimplência²⁰. Em outras palavras, em circunstâncias tão excepcionais como as causadas pela crise econômica, os credores pri-

17 Sentença de 12 de novembro de 2015, Processo T 499/12, UE: T: 2015:840HSH, *Participações de investimento Coinvest C S.r.l./Comissão*, § 94. Itálico adicionado.

18 Parecer do advogado-geral, apresentado em 18 de fevereiro de 2016, Processo C-526/14, EU: C: 2016:102, *Kotnik e outros*, § 69. Itálico adicionado.

19 O STEDH *Mamatas e outros v. Grécia*, 117.

20 O STEDH *Mamatas e outros v. Grécia*, 118.

vados dos Estados devem respeitar o valor de mercado, e não ao valor nominal; isto influencia diretamente no cálculo dos riscos assumidos por estes operadores no mercado econômico, principalmente titulares de direitos de propriedade (Iverson, 2018, p. 11).

Nas sentenças analisadas no presente documento, o TEDH recordou que o conceito de propriedade do art. 1º tem um significado autônomo e não se limita à propriedade dos bens materiais. Portanto, as expectativas legítimas também são dignas de proteção através desse direito. Todavia, deve ser estabelecido, caso a caso, se as circunstâncias gerais determinaram a existência de um interesse efetivo protegido pelo art. 1º, ou seja, se existe uma base suficiente (jurídica ou jurisprudencial) no Direito nacional para compreender que o interesse comum seria contemplado²¹. Por outro lado, os bens protegidos pelo art. 1º devem ser “concretos e eficazes, e não ilusórios”²².

Para o efeito, foram consideradas as expectativas legítimas protegidas através do direito de propriedade em relação às medidas de austeridade: remuneração, benefícios, bonificações e pensões de aposentadoria de funcionários públicos²³; a indenização legal pelo dispensa de um funcionário público²⁴; a perda de 53,5% do valor nominal das bonificações soberanas causadas pela aplicação de cláusulas de ação coletiva, sofridas por credores privados (minoria em comparação com credores institucionais que faziam parte da negociação)²⁵, ou o valor nominal dos depósitos bancários não garantidos²⁶. Apesar de seu reconhecimento como merecedor de proteção por meio de direitos de propriedade, essas expectativas legítimas não foram efetivamente atendidas pela existência de um interesse público que justifique a intromissão estatal concreta.

C) EXISTÊNCIA DE UM INTERESSE GERAL

Segundo a jurisprudência do TEDH, a análise da interferência estatal no direito de propriedade deve basear-se num conceito amplo de “interesse

21 De acordo com jurisprudência reiterada: SSTEDH *Iatridis v. Grécia*, n. 31107/96, n. 54; *Beyeler v. Itália*, n. 33202/96, 100; *Broniowski v. Polónia*, n. 31443/96, n. 129.

22 SSTEDH de 9 de janeiro de 2007, *Fener rum Erkek Lisesi Vakf v. Turquia*, n. 34478/97, n. 46, e *Bistrovio v. Croácia*, de 31 de maio de 2007, n. 25774/05, n. 35.

23 O STEDH 7 de maio de 2013, *Koufaki e ADEDY v. Grécia*, n. 57665/12 e 57657/12, 33.

24 STEDH de 14 de maio de 2013, *N. K. M v. Hungria*, n. 25702/94 36.

25 STEDH de 21 de julho de 2016, *Mamatás e outros v. Grécia*, n. 63066/14, n. 64297/14 e n. 66106/14, n. 94. Uma análise doutrinária deste acórdão pode ser encontrada em: A. Iversen (2018): Op. cit.

26 O STJUE *Ledra*, § 73.

geral²⁷. Entende-se que os Estados desfrutam de uma ampla discricionariedade no campo da política fiscal e econômica, devido ao seu conhecimento direto das necessidades específicas da sociedade em um determinado momento²⁸.

Apesar da natureza diversa dos ativos protegidos nas sentenças analisadas, que abrangeu o âmbito das pensões, a propriedade de bonificações soberanas ou a resolução bancária, o alegado interesse geral tem sido recorrente: a necessidade de assegurar estabilidade econômica e financeira do país. Isto recorda a ideia de que os Estados-membros reconheceram um vasto leque de ações que se estende quase sem limites quando as suas decisões estão ligadas à política econômica.

d) JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE

Uma vez determinados os ativos jurídicos em causa, é atingido o último passo da análise: o juízo da proporcionalidade. Também neste ponto, os Estados reconheceram uma ampla discricionariedade em fazer a avaliação inicial tanto da existência de um problema de interesse público que justifique a adoção de medidas de privação de propriedade e medidas corretivas que devem ser adotadas²⁹. Essa avaliação deve ser efetuada tendo em conta não só os meios, mas também as consequências decorrentes da medida tomada sobre o bem legal protegido individualmente através do direito de propriedade³⁰.

Dessa forma, observa-se uma “reserva de decisão doméstica” (Roca, 2010, p. 95) aplicada pelo TEDH, manifestada por meio da conhecida doutrina da discricionariedade nacional. Este último está enraizado em uma razão mais democrática para o legislador estatal tomar medidas e, assim, pesar os bens em conflito. No entanto, a crise econômica demonstrou que o fundamento por excelência da doutrina da discricionariedade é obsoleta quando são adotadas medidas nacionais em consequência da condicionalidade imposta externamente aos Estados-membros, através de instrumentos de assistência financeira.

27 “A noção de interesse público é necessariamente extensa”, STEDH de 22 de setembro de 1987, *Hentrich c. França*, n. 13616/88, 39.

28 “Por causa de seu conhecimento direto de sua sociedade e de suas necessidades, as autoridades nacionais são em princípio melhor colocadas do que o juiz internacional para apreciar o que é ‘de interesse público’.” (STEDH de 31 de fevereiro de 1986, *James e outros v. Reino Unido*, n. 8793/79, n. 46)

29 STEDH de 31 de fevereiro de 1986, *James e outros v. Reino Unido*, n. 8793/79, n. 46.

30 STEDH de 24 de outubro de 1986, *AGOSI c. Reino Unido*, n. 9118/80, 52nd.

Em suma, segundo as regras explicadas, o TEDH, em geral, modula a aplicação do juízo de proporcionalidade com base na configuração limitada do direito de propriedade propriamente dita. Todavia, em tempos de crise, o juízo de proporcionalidade que se deve fazer é ultrapassado por um objetivo de interesse público suscetível de justificar qualquer interferência neste direito: a necessidade de assegurar a estabilidade financeira do país.

Não se pode esquecer que esse objetivo já não é estritamente nacional, mas estende o seu âmbito a nível europeu, porque, como recorda o TJUE, a estabilidade financeira – e de forma específica, do sistema bancário – é um objetivo de interesse geral prosseguido pela União, e não apenas por um determinado Estado-membro³¹.

Por conseguinte, poderia dizer-se que a crise econômica transformou a base primária que justifica o reconhecimento do critério nacional do TEDH em relação à proteção dos direitos de propriedade. É evidente que já não se trata de uma questão de legitimidade democrática das decisões do legislador nacional, uma vez que são fortemente condicionadas pelas instituições que fazem parte dos instrumentos de assistência financeira. É, de fato, uma deferência do TEDH aos intervenientes institucionais (principalmente europeus: a Comissão e o BCE) que participam nesses mecanismos de caráter jurídico internacional.

A prova do exposto reside nas decisões do TEDH, que declaram sistematicamente a não violação do direito de propriedade, com base na proporcionalidade das medidas estatais. De fato, o Tribunal de Justiça faz um julgamento de ponderação artificial, uma vez que os dados que utiliza para este fim são bem conhecidos: o interesse geral justifica mecanicamente todas as infrações possíveis ao direito de propriedade.

Em suma, observa-se que a própria regulamentação supranacional e regional do direito de propriedade fornece uma garantia mínima desse direito. Esta lacuna é intensificada pela aplicação judicial da doutrina da discricionariedade. Em períodos de crise econômica, esta discricionariedade dos Estados estende-se de forma inequívoca, encontrando como base única a necessidade de assegurar a estabilidade financeira do país (e, consequentemente,

31 “Os serviços financeiros desempenham um papel fundamental na economia da União. Bancos e entidades de crédito são uma fonte essencial de financiamento para as empresas que operam em diferentes mercados. Além disso, os bancos são muitas vezes interligados e muitos deles estão envolvidos em atividades a nível internacional. Por este motivo, as dificuldades de um ou mais bancos podem propagar-se rapidamente para o outro, no Estado-membro em causa ou noutros Estados-Membros. Isso pode, por sua vez, produzir efeitos negativos em cadeia em outros setores da economia.” (O STJUE *Ledra*, § 72)

da União). Assim, a intervenção dos tribunais supranacionais limita-se aos casos em que os parâmetros de discricção aplicados pelos Estados-membros são “manifestamente sem fundamento razoável” (Arai-Takahashi, 2002, p. 153).

Na sequência da análise jurisprudencial dos casos relativos ao impacto das medidas de austeridade nos direitos de propriedade (um número de dez sentenças do TEDH³²), foi observada a estimativa de uma única violação desse direito. Ela era uma funcionária pública que alegou que a imposição de um imposto de 98% sobre uma parte de sua indenização por conta de uma lei que entrou em vigor dez semanas antes de sua demissão equivalia a uma privação injustificada da propriedade, sem qualquer compensação disponível.

O Tribunal constatou que o art. 1º do Protocolo nº 1 tinha sido violado. Apesar da discricionariedade geral à disposição das autoridades húngaras em matéria fiscal, considerou que os meios utilizados tinham sido desproporcionados para o objetivo legítimo de proteger o orçamento público frente a pagamentos por demissão. Também não foi concedido ao requerente um período transitório para se adaptar ao novo regime de indenização por demissão. Além disso, ao privá-la de um direito adquirido que servia ao interesse social especial de se reintegrar no mercado de trabalho, as autoridades húngaras tinham exposto a requerente a um encargo individual excessivo³³.

A sentença supracitada supõe uma exceção quanto ao raciocínio judicial do TEDH aplicado aos outros casos. O fundamento pode estar no fato de, para além da medida entendida em sentido estrito, adotada pelo Estado húngaro, foi aplicada de forma retroativa, aumentando assim o peso restritivo da interferência sobre o direito à propriedade.

O argumento do Estado húngaro referiu-se à necessidade de adoção da medida em causa em razão da Recomendação nº 2009/384/CE da Comissão Europeia. Ela baseou-se na assunção excessiva de riscos no setor dos serviços financeiros e, em particular, nos bancos e nas empresas de investimento, que contribuiriam para o fracasso das empresas financeiras e para a emergência de problemas sistêmicos nos Estados-membros e em todo o mundo. No entanto, o TEDH considerou que a tomada excessiva de riscos

32 Breve síntese destes casos pode ser encontrar em: <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Austerity_measures_ENG.pdf>.

33 STEDH de 4 de dezembro de 2013, *N.K.M. v. Hungria* n. 66529/11, 75.

no setor financeiro é irrelevante para os funcionários públicos que operam num ambiente de subordinação regulamentado³⁴.

E) OBSTÁCULOS ESPECÍFICOS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE ATRAVÉS DO CDFUE

Se o TEDH aplica a doutrina da discricionariedade nacional em virtude da subsidiariedade da sua jurisdição, no caso do TJUE existem outras condições específicas adicionais que influenciam diretamente o seu raciocínio jurisdicional. Suas sentenças sobre os direitos de propriedade – inadmissões sistemáticas e descumprimentos de ações de anulação³⁵ e de responsabilidade extracontratual³⁶ – sugerem uma possível defesa das medidas anticrise adotadas pelos Estados-membros em colaboração com as instituições europeias.

A proteção dos direitos fundamentais é definida na União Europeia como princípio constitucional, a seguir ao art. 6.3 do TUE. Todavia, a estabilidade financeira é também um princípio constitucional, que deriva do objetivo primordial em que se baseia a própria União: o bom funcionamento do mercado único (art. 3.1 (b) TFUE). Esses dois objetivos colidem quando o TJUE deve pesá-los no julgamento de um caso concreto.

A salvaguarda da estabilidade financeira é também um objetivo concreto atribuído ao BCE após a crise, através das novas competências de supervisão atribuídas ao abrigo do mecanismo único de supervisão³⁷. Com base na competência exclusiva do BCE, o TJUE torna-se o único organismo competente para julgar a legalidade dos atos ao abrigo do MUS³⁸. Por último, os instrumentos de gestão de crises – externos ao direito europeu – conferiram a competência jurisdicional a esse mesmo Tribunal³⁹.

34 O STEDH *N.K.M. v. Hungria*, 58.

35 Arts. 263 e 264 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, de 13 de dezembro de 2007, Lisboa, OJEU n. C 326, 26.10.2012, p. 0001-0390.

36 Arts. 268 e 340 do TFUE.

37 Regulamento (UE) nº 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro 2013, que confia ao Banco Central Europeu tarefas específicas no que diz respeito às políticas relacionadas com a supervisão prudencial das instituições de crédito, *JOUE L 287*, 29 de novembro de 2013, p. 63-89. De acordo com o considerando 5, é criado um mecanismo único de supervisão no qual o BCE exerce competências exclusivas, com o objetivo de “preservar a estabilidade financeira na União e aumentar os efeitos positivos da integração do mercado no crescimento e bem-estar”. A natureza exclusiva desta competência é expressamente mencionada no Regulamento (UE) nº 468/2014 do Banco Central Europeu, de 16 de abril 2014, que estabelece o quadro de cooperação no MUS entre o BCE e as autoridades nacionais competentes e com as autoridades nacionais designadas (regulamento-quadro do MUS), *DOUE L 141*, 14 de maio de 2014, p. 1-50. De acordo com o considerando 2, “o BCE terá poderes exclusivos para desempenhar as funções...”. No mesmo sentido, o tribunal geral declarou que “se as autoridades nacionais executarem essas funções intervêm numa base subordinada” (acórdão de 16 de maio de 2017, Processo T-122/15, UE: T: 2017:337, *Landeskreditbank/BCE e Comissão*, § 59).

38 Ver STJUE 19 de dezembro de 2018, Processo C-219/17, EU: C: 2018:1023 *Berlusconi*, § 58.

39 O art. 8º do Tratado sobre a estabilidade, a coordenação e a governança e o art. 37.3 do Tratado MEE.

Esse contexto complexo exige que o TJUE adote posições coerentes – e claro dentro dos limites normativos – que, por sua vez, podem levar a uma certa automatização na proteção dos direitos fundamentais e, em especial, o direito à propriedade, em relação às medidas anticrise⁴⁰. As provas do exposto baseiam-se nos múltiplos recursos não aceitos (ou excepcionalmente rejeitados) pelo Tribunal⁴¹. De acordo com o TJUE, “a importância dos objetivos [...] pode justificar as consequências negativas para certos operadores, mesmo que sejam consideráveis”⁴².

Para além dos obstáculos materiais previstos no presente texto, existem diferentes obstáculos processuais no âmbito da União que impedem a garantia efetiva do direito de propriedade. O problema reside – como já se observou – na própria natureza das medidas de gestão de crises (tratados internacionais). Essas medidas não permitem a implementação do CDFUE e também exigem a adoção de regras nacionais nos termos negociados nos Memorandos de Entendimento.

Em particular, estas dificuldades processuais referem-se, em primeiro lugar, à própria identificação do ato impugnado, à identificação do requerente e ao processo a instaurar processo perante o TJUE (Poulou, 2017)⁴³. No que tange ao primeiro aspecto, surge o principal problema ao determinar se os Memorandos de Entendimento – a origem das medidas nacionais – são acionáveis perante o TJUE. A Sentença *Ledra* parece oferecer uma resposta afirmativa, porque “estes respondem a um objetivo de interesse geral prosseguido pela União Europeia, que consiste em assegurar a estabilidade do sistema bancário da área do euro no seu conjunto”⁴⁴.

Apesar dos progressos alcançados na sentença referida, surge um maior problema na identificação dos requerentes, ou seja, o ator ao qual se pode imputar uma possível vulnerabilidade do direito de propriedade ao abrigo do CDFUE. A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que o CDFUE não vincula os Estados-membros na negociação destes memorandos, uma vez que não aplicam o direito da União⁴⁵.

40 Ver as sentenças bem conhecidas 27 de novembro 2012, Processo C-370/12, *Pringle*, EU: C: 2012:756, 16 de 2015, Processo C-62/14, *Gauweiler*, EU: C:2015:400.

41 Entre outros, os já mencionados Autos do Tribunal geral. Assuntos *CMBG Ltd; Mallis; Theophilou* O STJUE *Ledra*.

42 Autos do Presidente TJ, de 13 de novembro de 2000, Processo C-317/00 P (R), EU: C: 2000:621, *Investir*, § 60.

43 Uma análise abrangente desta questão pode ser encontrada em Poulou (2017): “Assistencialidade financeira e proteção dos direitos humanos: qual é o papel condicional da Carta de Princípios Fundamentais da UE Direitos?” (*Revisão da lei do mercado comum*, v. 54, p. 991-1026).

44 § 71.

45 Frase *Pringle*, § 180.

No que diz respeito ao Eurogrupo e às instituições da UE (a Comissão e o BCE), participantes por excelência na imposição das condições relativas aos instrumentos de assistência financeira materializados através dos Memorandos, o Tribunal de Justiça excluiu a possibilidade de imputar-lhes a responsabilidade por tais atos⁴⁶. Em suma, a única responsável por essas decisões é a própria instituição financeira que presta a assistência financeira (Calahorra, 2015).

Na Sentença *Ledra*, o TJUE decide deixar aberta a possibilidade de garantir os direitos fundamentais em relação à execução das medidas de crise, dando à Comissão, no âmbito do MEDE, o papel de “guardião dos tratados”. Assim, é responsável por assegurar a compatibilidade dos Memorandos com os direitos fundamentais garantidos pela Carta⁴⁷.

Apesar dessa obrigação específica confiada à Comissão, os obstáculos processuais não desaparecem. Isto porque a possibilidade de recurso de anulação perante o TJUE é excluída se “o guardião dos tratados” não cumprir a sua missão, uma vez que os Memorandos não são atos das instituições da UE. Há, portanto, apenas uma medida de proteção contra essas medidas fora do direito europeu: a ação de responsabilidade extracontratual nos termos do art. 340 do TFUE⁴⁸.

Por meio dele, busca-se obter indenizações por danos causados pela atividade de uma instituição ou agente da União. No caso dos direitos de propriedade e das interferências resultantes do Memorandos, os indivíduos (pessoas físicas ou jurídicas) que sofreram danos teriam o direito de apresentar a ação, solicitando que a responsabilidade extracontratual da Comissão seja declarada.

Embora pareça ser uma conquista no campo da salvaguarda dos direitos fundamentais, essa ideia é modulada na realidade, pois, mesmo sendo possível demonstrar a existência de omissão e os danos causados por ela, é extremamente complicado demonstrar o nexo causal entre estes dois elementos (Calahorra, 2015). A complexidade do assunto é evidente quando, além disso, um objetivo tão vasto como o da salvaguarda da estabilidade financeira na União está envolvido neste quadro.

46 Despacho do Tribunal Geral, Processo Mallis, § 45.

47 Frase *Ledra*, § 67.

48 Frase *Ledra*, § 68.

CONCLUSÕES

A aplicação de medidas de austeridade, de várias naturezas jurídicas (leis nacionais, Memorandos de Entendimento, regras do Direito europeu), teve um impacto direto na esfera dos cidadãos, titulares do direito de propriedade. Por sua vez, este direito tem um significado especial na configuração da Constituição econômica da União Europeia, mas também visa assegurar a estabilidade financeira (do país ou da União), que é reconhecida como um princípio constitucional nos Tratados originais.

Ao mesmo tempo que a proteção dos direitos fundamentais torna-se uma tarefa não só nacional, mas também europeia e internacional – limitando a soberania estatal –, objetivos com igual peso normativo (estabilidade financeira, estabilidade política monetária...) ampliam o seu alcance e importância na União. Mas eles também são capazes de transformar o raciocínio dos tribunais supranacionais. As tensões da crise, a proteção dos direitos fundamentais encontra um novo índice de referência; a dignidade humana é modulada através do poder econômico.

Este artigo demonstra a existência de uma ampla discricionariedade nacional, que é consideravelmente intensificada quando a interferência está ligada às decisões de política econômica. Isso leva a uma extensão automática dos limites dos direitos de propriedade em tempos de crise, com base no critério reconhecido pelas autoridades públicas na implementação de medidas de austeridade. Assim, a intervenção do TEDH limita-se aos casos em que a medida em causa é manifestamente injustificada.

Por conseguinte, é demonstrado que o TEDH aplica uma deferência quase absoluta aos legisladores nacionais. Por sua vez, o TJUE defende a legalidade das medidas anticrise adotadas no espaço europeu ao não considerar as várias ações de anulação trazidas pelos cidadãos afetados pelas legislações nacionais que aplicam as condições impostas através do Memorandos. Além disso, as dificuldades processuais intrínsecas à natureza jurídica dos instrumentos financeiros adotados impedem a proteção efetiva dos direitos fundamentais em geral e dos direitos de propriedade em particular.

É evidente que uma mudança no raciocínio jurídico dos tribunais seria aconselhável, reduzindo a discricionariedade dos Estados e orientando os encargos restritivos a eles. Isto abriria a lacuna para a proteção efetiva dos direitos de propriedade dos cidadãos europeus. Seria também aconselhável – em vez disso, essencial – incluir os mecanismos financeiros adotados

durante a crise com base no germe intergovernamental, no direito originário da União Europeia. Dessa forma, a proteção dos direitos fundamentais, incluindo o direito à propriedade, seria assegurada através do CDFUE.

REFERÊNCIAS

- ARAI-TAKAHASHI, Y. *A margem de apreciação da doutrina e o princípio da proporcionalidade na jurisprudência da CEDH*. Antwerpen-Oxford-Nova Iorque: Intersentia, 2002.
- CALAHORRO, A. A. A posição do Tribunal de Justiça da União Europeia contra as medidas da crise econômica. *Revista de Direito Constitucional Europeu*, n. 24, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.UGR.es/~redce/REDCE24/articulos/04_AGUILAR.htm#51bis>.
- CALLEJÓN, F. B. Crise econômica e crise constitucional na Europa. *Revista Española de Direito Constitucional*, n. 98, maio/ago. 2013.
- EVERSON, M.; JOERGES, C. Quem é o guardião para o constitucionalismo na Europa após a crise financeira? *LSE 'Europa em questão'*. Série de Papel de Discussão, n. 633, 2013.
- HERNÁNDEZ, F. J. C. Reforçar a legitimidade da política econômica da União Europeia: que tipo de reforço para que política? In: HERNÁNDEZ, F. J. C. *Rumo a uma nova governança econômica da União Europeia?* Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- IVERSEN, A. O futuro das reestruturações involuntárias da dívida soberana: matas e outros v. Grécia e a proteção de participações de instrumentos de dívida soberana no âmbito da CEDH. *Revista de Direito dos Mercados de Capitais*, v. 14, n. 1, 2018.
- PERNICE, I. Constitucionalismo multinível e a crise da democracia na Europa. *Revisão do Direito Constitucional Europeu*, n. 11, 2015.
- POULOU, A. condicionalidade da assistência financeira e proteção dos direitos humanos: qual é o papel da Carta dos Direitos Fundamentais da UE? *Revisão da Lei do Mercado Comum*, v. 54, 2017.
- ROCA, J. G. *A discricionariedade nacional na interpretação da Convenção Europeia dos direitos do homem: soberania e integração*. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2010.
- TUORI K. A crise financeira europeia: aspectos e implicações constitucionais. *Jornal Eletrônico de Ssrn*, 2012.
- WOLLENSCHLOGER, F. Art. 17 (1) – Direito à propriedade. In: PEERS, S. et al. (Ed.): *A Carta dos Direitos Fundamentais da UE*. Um comentário. Oregon: Hart Publishing, 2014.

Sobre a autora:

Daniela Dobre | *E-mail:* danieladobre@ugr.es

Doutoranda de Direito Constitucional pela Universidad de Granada.

Artigo convidado.