

O DISCURSO JUDICIÁRIO EUROPEU NO ELJS NUMA ÓPTICA DE DIREITO PÚBLICO COMPARADO

TERESA BRAVO

A autora questiona os limites e o papel do judiciário nas dinâmicas da integração normativa, nomeadamente, interrogando-se até que ponto, interpretar e aplicar o direito não se confunde com a tarefa de legislar, sobretudo, quando estão em causa os princípios e segmentos do conflito internormativo, partindo de uma análise sobre o processo de integração normativa europeia tendo como génese interpretativa a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Entende-se que a integração europeia constitui uma demonstração das novas correntes do constitucionalismo contemporâneo pela tendência que evidencia e pelos desafios que lhe coloca as quais se prendem com o fenómeno de construção de um desafio constitucional europeu e implicam uma revisão dogmática dos fundamentos da Teoria Geral do Direito e do Estado.

Em linha com o que antecede, procura ainda a autora no presente texto demonstrar a importância do Tribunal de Justiça, mormente o seu labor interpretativo, contribuindo, assim, para a edificação de um direito constitucional europeu desafiando as categorias tradicionais da dogmática constitucionalista, não obstante as posições contrárias que têm vindo a ser tomadas por alguns Tribunais Constitucionais nacionais, designadamente o Alemão e Italiano.

“(...) o poder legislativo não pode transferir o poder de fazer leis para outras mãos. Trata-se de um poder que o povo delegou; quem o detém não pode transmiti-lo a outros. Estes são os limites da confiança que a sociedade depositou naqueles que a governam (...)”

John Locke, Segundo Tratado de Governo Civil

INTRODUÇÃO

A natureza pluridimensional do processo de integração europeia tem suscitado dúvidas, perplexidades e debates nos meios académicos e científicos, pela forma como a sua evolução tem desafiado os paradigmas e modelos de pensamento herdados da Modernidade, da Revolução Francesa e do Iluminismo. Originariamente reconduzido a objectivos de natureza económica, depressa ultrapassou esse domínio estrito e estendeu-se a outros aspectos da vivência social, política e normativa.

O processo de aprofundamento da União Europeia apesar de se tratar de um “work in progress” é revelador de um fenómeno de progressiva desagregação e erosão das soberanias nacionais, tal como tradicionalmente entendidas.

O conceito de soberania, historicamente associado ao nascimento e estruturação do Estado Moderno, decorreu da necessidade de neste se concentrar o monopólio da coerção, exercida num território e sobre uma determinada população, numa lógica de maximização da unidade e coesão políticas. Numa outra dimensão, a soberania, representou e representa ainda o elo ou o vínculo entre o indivíduo e a comunidade política. Esta formulação da soberania encontra-se em crise, pulverizada pela emergência de uma pluralidade de centros de poder e decisão político-normativa que retiraram ao Estado o monopólio da produção legislativa e o papel preponderante que o mesmo ainda assumia nas esferas públicas e políticas. Essa pluralidade desenha-se ao um nível infra e supra estatal. Ao nível infraestadual devido ao aparecimento, no seio da sociedade civil, de grupos e organizações que reivindicam a participação em processos de tomada de decisão no tocante a aspectos económicos, culturais, legislativos e institucionais e, a um nível supraestadual, com a entrada na cena internacional, de organizações de cariz económico, militar e político (como a Organização Internacional do Comércio, as Nações Unidas, entre outras) com intervenção directa nas dimensões externas da actividade estadual.

A paisagem normativa encontra-se em mutação, marcada por processos de inter-acção recíprocos entre distintos ordenamentos, sejam estes de carácter horizontal ou vertical e pelo surgimento de (novos) actores institucionais que dialogam e cooperam entre si, de forma auto-suficiente e à margem da capacidade de intervenção do Estado soberano. O Estado moderno, herança dos Tratados de Westfalia, encontra-se refém desses dois universos: o primeiro, que o transcende e se situa a um nível supraestadual e um segundo, de nível infraestadual, cujas dinâmicas também não controla. Estas duas realidades traduzem-se na emergência de blocos normativos de âmbito regional e internacional e constituem metaforicamente a sociedade em rede. A criação dessa ordem normativa regional e supranacional, enformada por princípios gerais (que lhe outorgam axiologia própria) dotada de órgãos jurisdicionais com a pretensão de aplicar tais normativos e de lhes atribuir coercibilidade, outrora apanágio das instâncias nacionais, desafia a nossa concepção de sistema jurídico enquanto modelo racional, hierarquizado, encimado pela Grundnorm, a partir da qual se obtém a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.

Por seu turno, a sociedade em rede (ou *network society* na terminologia anglo-saxónica) que designa o nível mais básico do actual fenómeno de interpenetração das economias, dos fluxos financeiros e tecnológicos e que pulverizam o poder, explica o aparecimento de uma nova "*ruling class*", à escala mundial, não eleita, constituída por tecnocratas, advogados, empresários e juizes. Essa elite, promove encontros, seminários e debates, troca ideias e define estratégias de entendimento e actuação em canais informais, afirmando-se como centro de poder e revelando cada vez maior capacidade de intervenção social e política¹.

¹ Veja-se a propósito Slaughter, Anne-Marie e Zaring, David: "Network goes International: an update", consultado no sítio <http://ssrn.com/abstract=960484>, recuperado em 20.10.09.

Em suma, e por via destas influências, quer o paradigma contratualista lockiano baseado na assunção de que o povo é o titular da soberania e que a transfere para o Estado através do contrato social, quer a doutrina da separação de poderes, estão em plena mutação. Esta mutação não significa, no entanto, o regresso ao estado de natureza em que os homens se encontravam antes do aparecimento do Estado e manifestada na permanente guerra de todos contra todos, no sentido hobbesiano do termo. Significa, antes de mais, o repensar do papel do indivíduo — cidadão na esfera pública e na outorga de mecanismos que lhe permitam fazer valer os seus direitos fundamentais na polis global. Significa também que, os mecanismos clássicos de “checks and balances” e de controlo dos poderes, carecem de uma adequação teórica e funcional e de uma nova gramática narrativa compatível com estas novas realidades.

Neste artigo iremos reflectir sobre o processo de integração normativa europeia a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Atenta porém, a extensão e complexidade do tema, optou-se por centrar a atenção na construção jurisprudencial desenvolvida no contexto do (ainda denominado) III pilar. O horizonte hermenêutico de partida será o constitucionalismo europeu emergente, na dimensão do direito público comparado. Procurar-se-á avaliar a importância do Tribunal de Justiça na propedêutica de uma constituição penal europeia, e questionar até que ponto tal jurisprudência coloca em crise os princípios democrático nas suas plúrimas dimensões, da separação de poderes e da legalidade.

A escolha do presente tema prende-se com a actualidade do seu conteúdo e o desafio que o mesmo representa, ao implicar a revisão da literatura constitucional nos domínios dos direitos fundamentais e a revisão do paradigma lockiano nas matérias da separação de poderes e dos limites da interpretação e cognição jurisdicionais.

Assim sendo, e uma vez efectuado um enquadramento preliminar que convoca a problemática da crise das soberanias nacionais e a emergência de ordens normativas plurais (de que o projecto de integração europeia constitui um ilustrativo balão de ensaio) analisaremos o papel do órgão jurisdicional europeu — Tribunal de Justiça — nesse processo de construção, procurando abrir perspectivas de análise que, à luz da dogmática constitucional, nos permitam conhecer os limites e as potencialidades da intervenção do judiciário, na dinâmica da integração europeia.

1. PLURALISMO E INTERNORMATIVIDADE NA UNIÃO EUROPEIA

O constitucionalismo moderno não evoluiu de modo linear ou uniforme nem efectuou um percurso histórico homogéneo, antes tem sido o produto de avanços e recuos, contradições e lacunas, motivada pelas circunstâncias históricas e culturais, económicas e sociais que, desde o século XVIII, assolaram a Europa. Paradoxalmente (ou talvez não), o primeiro momento da

história constitucional moderna é inaugurado sob a forma de uma Declaração de Direitos, proclamada pela Virgínia, em Junho de 1776. Este documento reúne, pela primeira vez, numa linguagem arrojada, aqueles que viriam a ser os princípios estruturantes e enformadores das constituições modernas: a responsabilidade e sindicabilidade do governo (e o correspondente direito de o reformar, alterar ou abolir) a separação de poderes, o “julgamento por um júri imparcial” e a ideia de que o governo constitucional é um governo “limitado”². Estes princípios alicerçavam — se na soberania popular como fundamento e limite dos poderes do Estado perante os cidadãos.

O percurso do constitucionalismo moderno é assim a história de uma dupla conquista: a dos direitos cívicos e políticos pelo indivíduo e a da sua liberdade e segurança, perante os poderes públicos. Foi por via das constituições, que estes direitos tiveram uma efectiva consagração prática e adquiriram força vinculativa, quer no domínio das relações entre o sujeito e os entes públicos, quer no domínio das relações intersubjectivas superando desta forma o poder absoluto do Leviatã hobbesiano.

A Constituição é a síntese e o produto desse movimento constituinte, que assume a tarefa de organizar o poder político no seio de uma dada comunidade, outorgando aos cidadãos um acervo de direitos fundamentais que os defendem e protegem do poder do Estado. Direitos fundamentais dos cidadãos e a separação de poderes constituem o pilar ou a base de sustentação do actual Estado de Direito democrático. No entanto, também estes elementos se encontram em fase de profundas mudanças estruturais, por via da diluição das tradicionais esferas da soberania e da emergência de (novas) realidades supra e infraestatais, dotadas de actores informais e institucionais que alteraram o espaço da normatividade e das relações de poder nesta coexistentes.

Gustavo Zagrebelsky assinala que o Estado e a soberania enfrentam dois tipos de desafio: interno e externo. Ao nível interno, a ideia de soberania reconduzia-se à superioridade absoluta do ente estadual relativamente às demais entidades coexistentes no seu seio pelo que, as relações com este mantidas eram, necessariamente, relações de subordinação. Ao nível externo, a ideia de soberania assegurava ao Estado protecção relativamente a eventuais agressões em consequência de um princípio geral de não ingerência.

A integração europeia constitui uma interessante demonstração das novas tendências do constitucionalismo contemporâneo pelas tensões que evidencia e pelos desafios que lhe coloca as quais prendem-se, sobretudo, com o fenómeno de construção de um direito constitucional europeu e implicam uma revisão dogmática dos fundamentos da Teoria Geral do Direito e do Estado³.

² Neste sentido, Horst, Dippel: “História do Constitucionalismo Moderno: Novas Perspectivas”, Serviço de Educação e Bolsas, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, pág. 7.

³ Neste sentido, Haberle, Peter: “Derecho Constitucional Comun Europeo”, *Revista de Estudios Políticos* n.º 79, Enero Marzo, 1993, pág. 7.

Trata-se, na verdade, de uma ordem jurídica que cria direitos que se aplicam não apenas aos estados membros mas também aos cidadãos, que possui órgãos e poderes de decisão próprios, que articula competências nacionais e supranacionais, que está vinculada a princípios jurídico-materiais e de competência, nomeadamente, os incorporados em direitos fundamentais comuns aos estados membros, o princípio da subsidiariedade, da coesão social. Estamos perante uma entidade cuja natureza jurídica a doutrina constitucionalista pretende explicar através de duas formulações antagónicas: uma perspectiva nacionalista ou “constitucionalista — patriótica” e uma outra de cariz “europeísta — federalista”⁴.

Peter Habermas defende, no entanto, que o direito constitucional europeu é uma utopia que se encontra em pleno processo de construção. Dado que a Europa não é (ainda) um estado constitucional, a sua consolidação esbarra, precisamente, na(s) soberania(s) estaduais e no facto da sua criação ser, fundamentalmente, um acto subordinado à vontade política:

“(…) dos causas han bloqueado durante mucho tiempo toda via de acceso al DCCE: la primera, el Estado nacional absoluto y la idea de soberania existente en el siglo XIX (...)”

Porém, não obstante as dificuldades e os impasses conhecidos é possível, na sua óptica, divisar a emergência de princípios constitucionais comuns europeus ou *ius commune constitutionale europeum* alicerçados numa embrionária cultura jurídica partilhada e que se manifesta, não só na aproximação material entre as constituições dos estados membros como também nas decisões jurisprudenciais dos seus órgãos jurisdicionais (reporta-se o autor ao Tribunal dos Direitos Humanos de Estrasburgo e ao Tribunal de Justiça) e que consubstanciam um património jurídico comum europeu. Tais princípios (sobretudo os relativos aos direitos fundamentais) são revelados através de indicadores objectivos, nomeadamente as normas positivas constantes dos Tratados, a jurisprudência e a doutrina europeias, constituindo manifestações de um projecto colectivo mais vasto.

Ao longo da história do processo de construção europeia foram diversas as manifestações desse projecto colectivo rumo à edificação de um direito constitucional europeu vertidas, nomeadamente, no Preâmbulo do Estatuto do Conselho de Europa de 1949, no Preâmbulo da Comissão de Direitos Humanos do Parlamento Europeu de 1950, na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias firmada ao longo da década de 70, no Acto Único Europeu de 1986, entre outros. Recentemente, esse projecto constitucional para a Europa surgiu claramente definido como um dos objectivos essenciais da Convenção sobre o Futuro da Europa e do qual resultou a Declaração de

⁴ Neste sentido, Canotilho, J.J.G: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2003, 7.ª Edição, pág. 1373 e ss.

Laeken (Dezembro de 2001), convenção essa que assumiu um carácter aberto (no sentido de público), transparente e cujos membros foram, sobretudo, representantes dos parlamentos nacionais, numa lógica de democratização do projecto de criação de uma Constituição para o Velho Continente.

Deste percurso normativo-institucional emergem elementos comuns à cultura jurídica europeia traduzidos, nomeadamente, nos princípios do governo democrático, no pluralismo, no respeito pelos direitos humanos e que foram, posteriormente, vertidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (aprovada em 2000) e que passará a assumir um carácter vinculativo (com valor jurídico idêntico ao dos Tratados) com a ratificação do Tratado de Lisboa. Esta construção foi possível, precisamente, pelo carácter aberto do estado constitucional de tipo ocidental que contém, no seu seio, aquele núcleo comum de valores: a defesa da democracia, do pluralismo e dos direitos “básicos”, ampliados pela separação de poderes e por uma jurisprudência emanada de magistraturas independentes⁵.

Mas se a construção de um direito constitucional comum europeu se alicerça *prima facie* no processo de decisão político — legislativa, o papel do judiciário não é despiciendo por duas ordens de razões. Por um lado, coexistem no espaço normativo europeu diversos órgãos jurisdicionais (saliente-se a importância do TEDH, do TJ e dos Tribunais Constitucionais de cada país) cujo sentido das decisões poderão marcar o rumo desse processo (reforçando a sua coesão ou a sua desestruturação). Por outro, tem sido a interpretação jurisdicional dos princípios jurídicos desenvolvido por aqueles actores institucionais a desenvolver e a cimentar a construção desse **ius commune constitutionale europeum**. A actual tendência do direito constitucional, em geral, tem sido a de abandonar progressivamente (e por impulso de factores exógenos) os rígidos cânones herdados do movimento codificador, nomeadamente, a visão organicista do Estado e o conceito tradicional de soberania, convocando a possibilidade de existir uma Constituição ou uma ideia de Constituição fora do Estado. Essa ideia de Constituição, uma espécie de hegeliano *wolksgeist*, superadora do escopo formalista e organizativo do poder político (que define os seus órgãos, o equilíbrio de poderes e limites de competência) assume-se fundamentalmente como repositório de valores históricos e culturais de uma dada comunidade⁶.

O direito constitucional moderno, enformado por princípios, reveste um carácter dinâmico, uma textura aberta e universalista, que lhe permite moldar-se e receber influências de valores estranhos à sua ontogenética originária. Zagrebelsky assinala, precisamente, essa ductilidade do direito constitucional contemporâneo como a característica que melhor se adequa

⁵ Neste sentido, Habermas, Peter: *Pluralismo Y Constitución — Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002. pág. 257.

⁶ Neste sentido, Godinho, Sónia: “Federalismo e Constituição Europeia” in *Constitucionalismo Europeu em Crise?* (coord.) Ana Maria Guerra Martins, AAFDL, Lisboa, 2006, pág. 3.

às realidades plurais dos dias de hoje e que melhor capacidade de adaptação lhes outorga:

“(…) es a esta vision «abierta» de la Constitución, que se há afirmado progresivamente en Europa no sin dificultad, a la que pude atribuirse el mérito, si de mérito se trata, de haber permitido a los Estados abrirse (...) a la organizacion de de una autoridad y de una unión europeas (...).”

Essa ductilidade consiste, nesta visão, na convivência de uma diversidade de valores e princípios que não tem a pretensão da hegemonia nem revestem um carácter absoluto, antes se configuram e inter-relacionam numa lógica de compromisso e concordância práticas⁷. O papel da jurisprudência e dos Tribunais será o de compatibilizar entre si estes princípios, construir soluções que possibilitem dirimir conflitos mas sem anular o pluralismo e a diversidade de valores que coexistem nas sociedades modernas.

As ideias de pluralismo, ductilidade normativo — constitucional bem como o papel outorgado aos Tribunais na interpretação e aplicação dos princípios, coloca em crise uma dada visão do universo jurídico como um sistema ordenado e hierarquizado de normas e princípios, que prossegue a ordem e a segurança como valores imanescentes, e que reveste um conteúdo homogéneo. Esse pluralismo e ductilidade introduzem elementos de dinamismo que possibilitam a evolução dos ordenamentos jurídicos, numa lógica de integração em sistemas mais alargados. Corolário destas dinâmicas é o conceito de Estado Constitucional Cooperativo entendido como uma manifestação do processo de desenvolvimento do Estado Constitucional e traduzido em formas institucionais de cooperação com outros Estados e entidades nacionais e supranacionais⁸.

Em que medida o processo de integração (normativa) europeia reflecte estas tensões?

Em primeiro lugar, entende-se por integração normativa um movimento contínuo de progressiva interpenetração do direito da União nos ordenamentos jurídicos nacionais de cada Estado membro e que se produz em dois níveis distintos: a um nível supraestadual (de carácter formal) em que os tratados e os respectivos acervos que destes resultam pretendem sobrepor-se ao ordenamento interno e um outro nível, de carácter infraestadual e substantivo, vertido na diversa produção legislativa europeia em áreas como a economia, ambiente, educação, políticas de imigração, justiça, segurança e que pretende conformar os conteúdos normativos das legislações internas. Este desafio à integridade dos ordenamentos jurídicos nacionais constitui,

⁷ Neste sentido, Zagrebelsky, G: *El Derecho dúctil — Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, pág. 14.

⁸ Haberer, Peter, *ob. cit.* pág. 259.

simultaneamente, um desafio às soberanias estaduais e constitui uma “europeização estratégica” porquanto, não se trata apenas de uma transferência de competências dos estados para a União mas de um fenómeno complexo, mais amplo e profundo. Fenómeno esse resultante da “competição” e interacção entre diversos actores institucionais e não institucionais como sejam, os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça, os governos, os cidadãos particulares e as empresas, que procuram acertar e (re) definir os rumos das políticas nacionais e europeias, numa lógica de “auto-perservação” e de conquista de um espaço de opinião e afirmação dos seus direitos e interesses. Estes actores contactam entre si, dialogam na sociedade em rede à margem, muitas vezes, dos mecanismos formais e protocolares institucionalizados, permitindo que o processo de integração política, económica e normativa se interpenetre em níveis infra-estruturais das comunidades políticas e nacionais.

No capítulo que se segue, iremos procurar demonstrar a importância vital do Tribunal de Justiça nesta dinâmica questionando de que forma o seu posicionamento institucional e o seu labor interpretativo nas matérias do denominado III pilar, contribuem para a edificação de um direito constitucional europeu e desafiam ou não as categorias tradicionais da dogmática constitucionalista, procurando averiguar como se posicionam os direitos fundamentais e os princípios democráticos e da separação de poderes, nesses contextos.

A escolha do III pilar e, em particular, da matéria atinente ao princípio *ne bis in idem*, explica-se pelo facto das questões atinentes aos direitos fundamentais constituírem, na actualidade, um dos vectores mais dinâmicos e problemáticos do neoconstitucionalismo. Por outro lado, constituindo o *ius puniendi* um reduto até agora intangível da soberania nacional, afigura-se-nos pertinente questionar se os Estados Membros aceitaram essa cedência de soberania e até que ponto a interpretação jurisprudencial de tal princípio, penetrou ou pode penetrar nos ordenamentos e nas constituições nacionais transformando-as.

2. A MATRIZ PRETORIANA DO SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dinamismo e controvérsia são, em nosso entender, duas das características que assinalam e distinguem, actualmente, o processo de construção dos direitos fundamentais na União Europeia. Esse dinamismo relaciona-se com o facto das questões atinentes aos direitos humanos terem entrado nos últimos anos (mais concretamente, desde o Tratado de Maastricht) na agenda política dos governos dos estados membros e controvérsia porque, o processo legislativo de produção e catalogação de um núcleo vinculativo de direitos fundamentais não tem sido pacífico, esbarrando quer nas questões da soberania quer nas identidades e tradições constitucionais de cada uma das nações europeias.

A ideia de uma Europa unida do ponto de vista económico e político encontra-se pulverizada por reivindicações identitárias que fragmentam a

projectada unidade e identidade culturais e a sua evolução assinala, precisamente, essas crises e tensões internas. Historicamente, os diversos países da Europa sempre apresentaram diferenças culturais, linguísticas e políticas embora tais diferenças não olvidem um pano de fundo comum: a herança da racionalidade helénica enformada pela *res publica* romana e apropriada pela mundivivência judaico-cristã⁹.

A evolução civilizacional da Europa, materializada na *Aufklärung*, transportou consigo a implementação dos valores da preservação da dignidade humana, nas suas múltiplas dimensões. Foi na Europa que nasceram a modernidade filosófica e política, associadas a uma concepção do Homem como detentor de direitos por natureza. O pacto social assume-se como o fundamento e o limite na realização do político, numa clara superação do paradigma teocrático e absolutista dos séculos anteriores. Na verdade, os países europeus apesar das suas inúmeras singularidades, têm partilhado entre si um património filosófico, religioso e cultural que lhes permite apelar a um substrato identitário comum, traduzido nos valores do Humanismo, da liberdade, da igualdade e da democracia, valores esses que constituem os (novos) postulados da *civitas* a partir do movimento Iluminista. Os direitos do Homem emergem como uma das facetas desse ideário comum e elemento simultaneamente distintivo e aglutinador do projecto europeu. A tradição humanista europeia remonta a séculos anteriores e não é um exclusivo do século XX. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada a 26 de Agosto de 1789 pela Assembleia Constituinte do Povo de França consagrou-se como um documento de cariz universalista que incorpora um conjunto de princípios basilares tendentes a garantir a dignidade da pessoa humana e assente na máxima lockiana que: “Todos os Homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.

A este acto fundacional dos direitos fundamentais seguiram-se outros textos normativos que consagraram, de forma inequívoca, o compromisso dos povos da Europa no respeito pela pessoa humana, entre esses textos destaca-se a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, que revestiu carácter vinculativo para os seus subscritores. Este normativo enquadra-se, nas palavras de Irineu Cabral Barreto “(...) no movimento de dotar a Europa de uma carta comum de direitos e liberdades que resumisse os valores políticos e culturais das democracias ocidentais.”¹⁰

A importância e a originalidade deste documento reside não apenas no elenco de direitos que comporta mas, sobretudo, no acervo institucional de que se faz dotar, permitindo a um particular que se sinta lesado nos

⁹ Neste sentido, Enes, M.F: “Ideia de Europa e Construção Europeia: a propósito do «preâmbulo» da Constituição” in *Cultura — Revista de História e Teoria das Ideias*, Vol. XIX/2004, II série, Centro de História da Cultura, FCSHUNL, pág. 17.

¹⁰ Neste sentido, Barreto, Irineu Cabral: *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Editorial Notícias, 1995, pág. 24.

seus direitos pela actuação dos entes públicos, recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Vislumbra-se aqui, de forma inequívoca, a consagração de um meio de tutela jurisdicional que transcende as fronteiras da soberania estadual e outorga a um órgão judiciário externo a possibilidade de “sancionar” a conduta dos estados nas suas relações internas com os seus cidadãos.

Também a criação do Conselho da Europa, em 5 de Maio de 1949, representou o compromisso dos poderes públicos com a defesa dos direitos fundamentais uma vez que a convenção que o fundou concretizava, logo no seu artigo 1.º que:

“A finalidade do Conselho da Europa é a de realizar uma união mais estreita entre os seus membros a fim de salvaguardar e promover os ideais e os princípios que são seu património comum, e de favorecer o respectivo progresso económico e social.”

Os últimos anos têm sido pródigos em discursos públicos e políticos em torno da importância dos direitos fundamentais e que culminaram, aquando do Conselho Europeu de Nice de 2000, na proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia efectuada por Nicole Fontaine (então presidente do Parlamento Europeu), Jacques Chirac (presidente do Conselho Europeu) e Romano Prodi (à data presidente da Comissão Europeia) e que foi, assumidamente, o produto de uma Convenção e não da intergovernamentalidade. A génese deste processo revelou a dupla natureza daquele instrumento normativo visto por uns como o produto de um verdadeiro processo constituinte (e como tal, o elemento fundador de uma nova ordem constitucional europeia) e, por outros, como forma de consolidar os direitos fundamentais já decorrentes do acervo europeu e controlar a criação pretoriana daqueles direitos.

Contudo, as resistências e críticas ferozes que a sua proclamação potenciou não permitiram atribuir-lhe força vinculativa e carácter obrigatório *erga omnes*. Em Portugal, Jorge Miranda destacou-se como um dos seus mais acérrimos críticos, ao advogar que a mesma representa um passo no sentido da constitucionalização e federalização europeias, permitindo-se vir a derrogar as próprias constituições nacionais¹¹.

O processo de preparação e redacção do texto da carta pautou-se por enorme transparência e publicidade. Maria Luísa Duarte assinala a originalidade ontológica da Carta assente (não num processo de auto-proclamação de génese revolucionária como aconteceu em outros momentos da história europeia mormente aquando da revolução francesa) mas sim como um processo de carácter eminentemente institucional e formal, em confor-

¹¹ Críticas consultadas em www.parlamento.pt/destaques/anteriores/cartaUE/par_un_lisboa.html em 29.09.09.

midade com o método comunitário dos pequenos passos¹². Os intervenientes no processo deliberativo foram membros dos parlamentos nacionais e do Parlamento europeu, nele estiveram também presentes personalidades independentes e seleccionadas em função da sua experiência técnica. Tal facto traduziu-se numa substancial diferença relativamente ao método inter-governamental, porquanto neste último modelo as deliberações são, em regra, efectuadas por emissários directos dos Estados e representam os interesses nacionais¹³.

Todavia, independentemente da apreciação que se possa fazer quanto ao papel que a Carta irá representar no futuro desenvolvimento constitucional da União Europeia uma das ilações a retirar, no imediato, é que ela constitui um limite à criação jurisprudencial dos direitos fundamentais. Este aspecto é absolutamente decisivo uma vez que representa o reassumir do controlo político sobre o desenvolvimento constitucional da integração europeia¹⁴. Seguidamente, iremos procurar caracterizar o modelo europeu de direitos fundamentais, discutir a sua génese pretoriana e os desafios que tal arquétipo coloca, quer à ordem jurídica da própria União, quer aos ordenamentos nacionais dos Estados membros.

À semelhança do que já havia sido dito na introdução deste trabalho, a União Europeia constitui um espaço alargado de internormatividade. Tal significa que, no seu seio, convivem fontes normativas de diferentes paternidades e os sistemas jurídicos são abertos dado que recebem influências de diversas ordens normativas. Peter Haberle, refere que a ordem jurídica constitucional (tradicionalmente monopolizada pelo Estado) desapareceu porque tal é incompatível com o estado constitucional cooperativo. Este corresponde, como já se assinalou, a uma etapa da evolução do estado moderno típica da sociedade aberta e plural, em que pululam diversas normatividades e reivindicações identitárias e que se assume como a forma mais adequada de garantir e alcançar a cooperação internacional. A União Europeia seria uma manifestação bem conseguida deste modelo:

“A forma mais intensa de alcançar a cooperação internacional é a que se desenvolve no seio da União Europeia quando se trata da criação e exegese jurídica.”

Neste domínio, a convivência de diversas fontes normativas exige um profundo labor interpretativo e exegético na sua acomodação o qual, nos últimos anos, tem sido protagonizado pelo judiciário. O sistema europeu de direitos fundamentais firmou-se como um sistema de construção pretoriana

¹² Neste sentido, Duarte, Maria Luísa: *União Europeia e Direitos Fundamentais — No espaço da internormatividade*, AAFDL, 2006, Lisboa, pág. 132.

¹³ Veja-se Maduro, Miguel Poiares: *Constituição Plural — Constitucionalismo e União Europeia*, Principia — Publicações Universitárias e Científicas, Ld.ª, Cascais, 2006, pág. 302.

¹⁴ Veja-se Maduro, Miguel Poiares, *ob. cit.*, pág. 305.

atenta essa pluralidade e o facto dos tratados fundadores não conterem normas específicas atinentes aos direitos fundamentais, um elenco de direitos ou uma cláusula geral de recepção que consagrasse, de forma expressa, os critérios de identificação das fontes relevantes.

Desta forma, podemos afirmar que a história política dos direitos fundamentais na União Europeia é a história da luta pela vinculatividade dos instrumentos normativos que, entretanto, foram sendo aprovados e proclamados¹⁵.

Contudo, o embrião de um sistema de protecção dos direitos fundamentais resultou, sobretudo, da consagração do estatuto de cidadania europeia operado com a revisão do Tratado de Maastricht e que enxertou no Tratado da Comunidade Europeia um conjunto de preceitos relacionados com esse estatuto jurídico de cidadão europeu, nomeadamente, o direito de livre circulação e de permanência no território da União, o direito de eleger e de ser eleito para o parlamento europeu no Estado Membro de residência, o direito de queixa ao provedor de justiça, o direito de petição ao parlamento europeu. Coube, no entanto, ao juiz comunitário identificar, de forma casuística, os direitos a proteger e que, por essa via, passaram a fazer parte de um elenco de direitos fundamentais de origem pretoriana.

Nesta medida, Ana Maria Duarte entende que a jurisprudência não constituiu propriamente uma fonte de criação de direitos mas sim um elemento de revelação dos mesmos, a partir da CEDH, de outros convénios internacionais e das tradições constitucionais comuns dos diversos Estados Membros. Para esta autora, os direitos fundamentais correspondem a um “bloco de juridicidade” ou seja, formam um “mínimo ético-normativo” que constitui o reduto de valores imanescentes ao próprio sistema, independentemente de considerações quanto à natureza hierárquica e às fontes dessas normas. Este bloco de juridicidade vincula e subordina tanto a actuação do decisor comunitário como do decisor nacional¹⁶.

O sistema de direitos fundamentais da União obedece a uma normatividade estrutural enformada por princípios que viabilizam a construção de critérios operativos de decisão dos casos concretos. Para Gustavo Zabrebelsky só os princípios desempenham um papel propriamente constitucional, isto é constitutivo da ordem jurídica, pelo que o padrão metodológico seguido pelo TJCE na interpretação e densificação dos direitos fundamentais reside na consideração dos princípios gerais de direito apoiado em cinco pontos estratégicos:

1. O direito comunitário deve assegurar um grau de protecção análogo ao direito nacional (a tutela dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito da União);

¹⁵ Tal foi o que aconteceu em 1989 quando foi criada a Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos trabalhadores e, mais tarde em 2000, quando surgiu a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

¹⁶ Veja-se Duarte, M. L., *ob. cit.*, pág. 74 e ss.

2. As fontes inspiradoras dos direitos fundamentais no quadro da União são as tradições constitucionais comuns dos estados membros;
3. As garantias concretas desses direitos são os objectivos e as funções presentes nos tratados — ponderação das exigências específicas das comunidades como fundamento do núcleo de identificação do direito e das restrições a estes inerentes;
4. O TJCE assume que as referências primárias relativas à protecção dos direitos fundamentais são as constituições nacionais e os instrumentos normativos internacionais¹⁷.

Os postulados metodológicos em que os juízes do Tribunal de Justiça têm alicerçado a sua jurisprudência têm permitido a aceitação e a legitimação das suas decisões bem como a compatibilização das soluções encontradas com os ordenamentos jurídicos nacionais. Esta metodologia encontra aliás, o seu apoio na letra e no espírito do art. 6.º, n.º 2, do TUE de acordo com o qual:

“A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante (a CEDH) e tal como resultam das tradições constitucionais dos estados membros enquanto princípios gerais de direito comunitário.”

Em rigor, os n.ºs 1 e 2 do supra mencionado art. 6.º do TUE constituem esse núcleo duro do direito constitucional europeu, um património cultural e jurídico que permite a aproximação dos povos da Europa e a convergência normativa propugnada pelos tratados. Como escreveu Lúcia Amaral: “qualquer processo federativo ou agregador, só pode vir a ter êxito numa certa homogeneidade das partes que se agregam (...)”¹⁸.

Para Ana Maria Duarte o processo cognitivo de interpretação e aplicação das normas europeias de direitos fundamentais opera de molde a dispensar qualquer exercício de direito comparado. Quando o TJCE demanda o fundamento normativo aplicável — aplica o critério da adequação funcional ou do denominador adequado — o que dispensa de procurar nos sistemas jurídicos nacionais o padrão de referência, outorgando-lhe margem de escolha dos ordenamentos inspiradores da solução dado que a referência é genérica ou comum. Mediante o recurso à técnica da “recepção material” as normas recebidas são incorporadas no sistema receptor, interpretadas e aplicadas de acordo com os cânones deste último. No caso concreto, o denominador comum é a subordinação da teleologia da norma aos fins e às funções previstas nos Tratados, o que permite aprofundar o processo de integração nas suas mais diversas vertentes (económica, política, normativa). Assim sendo,

¹⁷ Duarte, M. L., *ob. cit.*, pág. 91.

¹⁸ Amaral, M. L.: “O conceito de lei revisitado. Reflexões a propósito del Tratado Constitucional europeu”, Araucária, *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política Y Humanidades*, ano 8, n.º 13, primer semestre, consultada no sítio <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/282/28261303.pdf>, acedida em 28.03.09.

as normas não são recebidas *qua tale* mas através de enunciados gerais que o TJCE define através da sua autonomia interpretativa, dado que não se encontra vinculado nem à interpretação efectuada pelos tribunais nacionais nem pela jurisprudência do TEDH. Neste contexto, a relevância heurística do direito comparado prendeu-se, fundamentalmente, com a definição de um conjunto coerente de princípios jurídicos aplicáveis não só aos Estados Membros mas também aos cidadãos europeus e obtidos a partir dos ordenamentos nacionais e do ordenamento internacional¹⁹.

Não refutamos a essencialidade deste raciocínio porquanto reconhecemos que o critério interpretativo a que o Tribunal de Justiça tem recorrido para fundamentar a sua argumentação, em sede de direitos fundamentais, é primordialmente um critério de ordem funcionalista (a subordinação teleológica da norma aos fins prosseguidos pelos Tratados), o que aliás é corroborado pela jurisprudência produzida em torno dos arts. 54.º e 58.º da CAAS. Afigura-se-nos contudo que a importância do método comparado nas dinâmicas da integração normativa transcende o processo de interpretação e aplicação das normas pelos tribunais. O recurso ao direito comparado como disciplina científica constitui um instrumento de política legislativa e a sua importância não pode ser ofuscada pela dinâmica da harmonização legislativa actualmente em curso. Essa harmonização traduz-se *prima facie* num processo de aproximação gradual das diversas legislações nacionais, em segmentos muito específicos, de molde a facilitar a cooperação em domínios como as políticas de imigração, ambiente, concorrência e, mais recentemente, em áreas como a justiça e outras matérias de índole penal (que adiante analisaremos). Todavia, harmonização e comparação não são realidades incompatíveis entre si, antes se complementam. Na verdade, o conhecimento, o estudo e a reflexão sobre as normas, os princípios e os institutos jurídicos de ordenamentos estrangeiros constitui uma propedêutica da harmonização legislativa. Por via da comparação facilita-se a busca de soluções consensuais na jurisprudência e na prática legislativa. A Comissão Europeia tem adoptado, como acto preparatório do lançamento de iniciativas legislativas (em certas áreas) a política do Livro Verde. Trata-se de documentos que contém um elenco de questões colocadas às autoridades dos Estados Membros com vista a auscultar as suas opiniões e a identificar as soluções vigentes em cada ordenamento jurídico e que contém análises de direito comparado. Um destes exemplos encontra-se no Livro Verde sobre a aproximação, reconhecimento mútuo e execução das sanções penais na União Europeia o qual continha diversos apêndices inteiramente dedicados a análises de direito comparado²⁰.

A importância do direito comparado firmou-se no domínio do direito internacional com a emergência de um acervo de direitos fundamentais de voca-

¹⁹ Neste sentido, Duarte, M.L., *ob. cit.*, pág. 94 e ss.

²⁰ Lançado pela Comissão Europeia em 30 de Abril de 2004.

ção universal que quebrou o monopólio da legislação estadual neste domínio (materializando-se, nomeadamente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948) e outorgou aos indivíduos uma gramática normativa comum.

Mireille Delmas-Marty²¹ aponta, a este propósito, a dupla importância do direito comparado no contexto do direito internacional: o direito comparado é uma ferramenta do processo de hibridização do direito internacional (facilitando a incorporação de aspectos particulares da lei nacional na lei internacional) e desempenhou, simultaneamente, um papel relevante no processo de harmonização normativa entre este e o direito nacional. Esse papel radicou, sobretudo, na identificação das fontes e dos princípios que o vieram a enformar. Um dos exemplos da hibridização acima referenciados retira-se do art. 21 (1) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional o qual prevê, como fonte secundária do direito internacional, o recurso aos princípios gerais derivados dos sistemas jurídicos nacionais desde que os mesmos não seja incompatíveis com ao estatuto do Tribunal, a lei e as normas internacionais. Este processo de hibridização exige do intérprete e aplicador da norma um particular cuidado porquanto se trata de uma actividade criativa, de recomposição de diversos elementos, provenientes de distintos sistemas normativos, com vista à obtenção de um equilíbrio e pressupõe, nomeadamente, a adopção de uma linguagem e retóricas comuns de molde a captar as melhores soluções advindas de cada desses sistemas.

No contexto europeu, o recurso ao direito comparado tem possibilitado um aprofundado conhecimento da diversidade dos sistemas jurídicos materializando-se, quer nos já mencionados Livros Verdes da Comissão europeia, quer no *Corpus Juris*. Tratou-se de um projecto de Código Penal Europeu, composto por trinta e quatro artigos, guiados por seis princípios e que culminava numa disposição final em que se reconhecia a complementaridade dos sistemas jurídicos nacionais. O *Corpus Juris* alicerçou-se em três pontos fundamentais: o reconhecimento de um princípio da territorialidade europeu (traduzido na existência de um procurador europeu com prerrogativas jurisdicionais sobre o território em causa e inspirado nos modelos penais de matriz inquisitória), o estabelecimento de um sistema de garantias penais na fase de “Inquérito” salvaguardadas pela intervenção de um juiz das liberdades (numa aproximação aos modelos de génese acusatória) e finalmente, a consagração de um debate — contraditório com base num relatório escrito (modelo de inquisitório) balizado e delimitado por normas respeitantes à actividade probatória (mais uma vez a aproximação ao modelo acusatório)²².

Por outro lado, é de salientar que a própria composição do Tribunal de Justiça (um juiz nomeado por cada um dos Estados membros) transforma-o

²¹ Veja-se: “The Contribution of Comparative Law to a pluralist conception of International Criminal Law”, *Journal of International Criminal Justice*, 1 (2003), pág. 13-25.

²² *Ob. cit.*, pág. 19.

num autêntico laboratório de diferentes culturas legais o que torna inevitável a presença do diálogo comparativo na praxis forenses do órgão jurisdicional europeu.

“Enacting european regulations and directives enjoying primacy over national laws and being effective in twenty five member States necessitates a comparative analysis during the making process of any European norm, with the purpose of finding out how it can be reconciled best with the legal systems of the Member States.”²³

Este método também tem sido utilizado pelos diversos Tribunais Constitucionais para interpretar e aplicar normas atinentes a direitos fundamentais o que actualmente é apelidado de “cross fertilization” expressão esta que designa, em suma, o fenómeno de interpenetração das diferentes culturas jurídicas em que as soluções jurisprudenciais concebidas num dado ordenamento vão buscar inspiração axiológica e dogmática a ordenamentos terceiros. Já em 1958, há notícia do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) ter baseado a sua decisão no caso Luth (Bvefg7, 198) em referências à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e na jurisprudência americana²⁴.

O próprio Supreme Court nos Estados Unidos tem adoptado nos últimos anos uma postura de maior abertura e flexibilidade relativamente à utilização de fontes normativas, princípios e jurisprudência de ordenamentos estrangeiros, na interpretação das normas constitucionais internas. Este recurso ficou expresso numa conhecida decisão proferida em Junho de 2005, no caso *Laurence vs Texas*, em que o Supremo Tribunal norte americano invocou expressamente a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para decidir que as relações consentidas entre homossexuais não eram inconstitucionais²⁵.

Porém, é preciso não olvidar que o direito constitucional internacional não pode ser considerado, em si mesmo, como uma fonte de direito, antes deve ser encarado como um denominador comum que serve de inspiração à procura de soluções no contexto dos ordenamentos constitucionais internos, os quais na actualidade são cada vez mais pluralistas e multifacetados. A interpretação comparativa, enquanto técnica auxiliar na compreensão, captação do sentido e do alcance dos textos legais, foi considerada por Peter Haberle como o quinto método de interpretação, a acrescer aos elementos tradicionais: gramatical, sistemático, histórico e teleológico concebidos por

²³ Veja-se neste sentido Bauer, Anna Verena e Mikulaschek, Christoph: “Looking beyond national Constitution — The Growing role of Contemporary International Constitutional Law. Reflections on the First Vienna Workshop on International Constitutional Law”, in *German Law Journal*, Vol. 6, n.º 07, pág. 1110.

²⁴ *Ob. cit.*, pág. 1115.

²⁵ *Ob. cit.*, pág. 1110.

Savigny, o que demonstra bem a sua importância, nos contextos legais da modernidade e da pós-modernidade²⁶.

Há pouco salientou-se a importância que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 teve no processo de hibridização dos sistemas jurídicos nacional e internacional e na positivação de princípios gerais de direito que, pela sua universalidade contribuíram para a aproximação e convergência dos ordenamentos.

No espaço da União Europeia a Convenção Europeia dos Direitos do Homem assumiu *mutatis mutandis* idêntica importância. Apesar da relativa autonomia científica e metodológica do processo de densificação jurisprudencial dos direitos fundamentais levada a cabo pelo TJ a verdade é que a influência centrípeta daquela Convenção²⁷ se tem feito sentir com particular acuidade, ao ponto de alguns autores afirmarem mesmo que, a protecção judicial dos direitos fundamentais na Europa foi, essencialmente, o resultado do labor do TEDH na interpretação e aplicação da mesma²⁸.

Em rigor, no processo conducente à garantia comunitária dos direitos fundamentais como parte integrante da ordem jurídica comunitária a CEDH reveste um significado particular no quadro das fontes inspiradoras. Ao longo da década de noventa, as referências expressas aquele documento foram sendo vertidas nos Tratados (vide arts. 6.º, n.º 2 ex vi do art. F n.º 2 do TUE) na jurisprudência do TJCE e do TPI, o que garantiu à CEDH o estatuto de instrumento privilegiado que serve a identificação de direitos fundamentais da União Europeia e representa a convergência entre as ordens jurídicas nacionais e a ordem jurídica da EU. O Tribunal de Justiça, reconheceria nomeadamente, nos Acórdão Lisalote Hauer / Land Rheinland Pfalz²⁹ (em referência ao Acórdão Handelsgesellschaft) e Nold³⁰ que, quer as Constituições dos Estados Membros quer os instrumentos internacionais atinentes aos direitos fundamentais, constituíam o quadro de parâmetros de identificação dos direitos fundamentais a que se vinculava aquele Tribunal.

Ao longo dos anos, na inúmera jurisprudência firmada também pelo TEDH, a CEDH é assumidamente o “instrumento constitucional da ordem jurídica da União Europeia” — veja-se o Acórdão TEDH de 23.3.1995 Loizidou vs Turquia³¹.

²⁶ Idem, pág. 1112.

²⁷ Concluída em 04 de Novembro de 1950 no seio do Conselho da Europa.

²⁸ Veja-se em suporte desta afirmação, António Henriques Gaspar in “A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional, a perspectiva nacional ou o outro lado do espelho”, *Revista Julgar*, n.º 7, 2009, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 34.

²⁹ Acórdão de 13 de Dezembro de 1979 proferido no processo 44/79 e citado por Rui Manuel Moura Ramos in: “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais”, consultado no sítio <http://www.defensesociale.org/revista2002/11.1htm>, em 26.03.2009.

³⁰ *Ob. cit.* pág. 4.

³¹ Neste sentido, Duarte, M.L., *ob. cit.*, pág. 99 e ss.

Contudo, o critério da adequação funcional (que coloca a delimitação concreta do direito na dependência das funções e objectivos da comunidade) limita a integração plena da CEDH no panorama normativo da União e faz recair sobre os órgãos jurisdicionais (de cada um dos Estados membros e da própria União — o TJ) a responsabilidade de criação de uma grelha interpretativa que permita a operacionalização prática daqueles normativos.

É por via do diálogo inter-tribunais (que decorre de um princípio geral de cooperação judicial que o TCE consagrou no art. 234.º) que se consolida e se vai construindo o sistema europeu dos direitos fundamentais. Tem incumbindo aos órgãos jurisdicionais nacionais a tarefa de adequar as normas internas aos princípios jurídicos europeus e ao Tribunal de Justiça velar pela a tarefa de interpretação dos princípios de molde a garantir essa unidade e coerência intra-sistémicas.

No ordenamento jurídico nacional, os juízes estão directamente vinculados a uma estreita cooperação com o TEDH dado que o Estado português, ao ratificar a CEDH, assumiu que a mesma passa a vigorar em pleno na ordem jurídica nacional como se fosse direito interno, por via do art. 8.º da Constituição. Também o mecanismo do reenvio prejudicial introduz uma via de diálogo entre o juiz nacional e o juiz comunitário o que permite ao TJ, mercê da casuística jurisprudencial colocada à sua apreciação, (re) definir e (re) orientar a aplicação dos direitos internos ao escopo normativo da União. Mas se os tribunais comuns mantêm estas vias de diálogo, quer com o Tribunal de Justiça quer com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, qual o modelo de relacionamento dos Tribunais Constitucionais com os órgãos jurisdicionais europeus (e com o TJ em particular)?

O pioneirismo e activismo judiciário do TJ nestas matérias não tem sido pacificamente aceite, como o demonstram as posições assumidas quer pelo Tribunal Constitucional Alemão quer pelo Tribunal Constitucional Italiano. Este último tem propugnado aliás, pela fiscalização constitucional dos actos da União Europeia³².

O Tribunal Constitucional espanhol, por seu turno, já defendeu (a propósito da discussão em torno da vinculação dos Tribunais Constitucionais a suscitar a intervenção do TJ em sede de reenvio prejudicial) que não está adstrito a esse mecanismo uma vez que a sua função é a de garantir a efectividade da Constituição e não do Direito Comunitário e que este não poderia servir como um cânone de constitucionalidade³³. Contrariamente, o Tribunal Constitucional português tem assumido uma postura de maior abertura à intervenção do Tribunal de Justiça advogando que, sempre que uma questão suscite a interpre-

³² Miguel Poiars Maduro ilustra esta afirmação com as decisões proferidas nos processos 170 «Granital» de 08 de Junho de 1994 e 232/89 «DSpa Fragg vs Amministrazione delle Finanze» de 21 de Abril de 1989, *ob. cit.*, pág. 25.

³³ Doutrina que foi espelhada nas sentenças proferidas nos processos 11/93, 180/1993 e 143/1994 e citada por Maria Inês Quadros in: *A função subjectiva da competência prejudicial das Comunidades europeias*, Almedina, 2006, Coimbra, pág. 81.

tação ou a validade de uma norma de direito comunitário, a mesma deverá ser reenviada ao Tribunal de Justiça para apreciação. Salienta, no entanto que a competência daquele órgão jurisdicional europeu é uma competência por atribuição (ou seja, o Tribunal decide e aprecia as questões concretas que lhe são apresentadas e nos limites definidos pelos Tratados e pelo seu Estatuto) rejeitando, à partida, uma ideia de competências implícitas ou “implied powers” de acordo com a qual o Tribunal pudesse alargar a sua competência de molde estender a todos uma protecção jurisdicional efectiva³⁴.

O Tribunal Constitucional alemão (apesar de não fiscalizar propriamente os actos jurídicos da União Europeia) desenvolveu uma teoria de acomodação das normas europeias que se pretende compatível com a Constituição alemã sem ferir as pretensões hegemónicas do acervo da União. Num primeiro entendimento, vertido na Sentença proferida em 29 de Maio de 1974, (37 Bverfge 271) o Tribunal Constitucional Alemão propugnou pela fiscalização dos actos jurídicos da comunidade europeia quanto a direitos fundamentais a fim de assegurar a aplicação da Constituição Alemã e a manutenção dos níveis de protecção por esta garantidos. Em caso de conflito entre as normas europeias e as alemãs em matéria de direitos fundamentais aquele tribunal optaria por decidir o caso à luz do catálogo constitucional alemão, em face da ausência do seu equivalente no ordenamento europeu. Posteriormente, este entendimento viria a ser mitigado na sentença proferida em 22 de Outubro de 1986 (73, Bverfge 339) e conhecida como “Solange II” e na qual considerou que desde que o Tribunal de Justiça garantisse um nível de protecção suficiente em matéria de direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional Alemão abster-se-ia de efectuar uma fiscalização sobre os actos concretos do legislador europeu, garantindo, desta forma, a coexistência pacífica dos dois sistemas³⁵.

Recentemente porém, numa decisão proferida em 18 de Julho de 2005, aquele mesmo Tribunal veio a declarar inconstitucional a lei que efectuou a transposição para o direito interno alemão da Decisão Quadro que aprovou o Mandado de Detenção Europeu. Fê-lo com base em dois argumentos: a lei em causa violou os arts 16 (2) e 19 (4) da Constituição. A primeira norma protege os cidadãos alemães da extradição e tal protecção apenas pode ser excepcionada nas condições previstas naquele normativo, ao passo que a violação do segundo normativo prende-se, no entender do Tribunal, com a exclusão ao particular do direito de recurso a um Tribunal quando se trate de uma extradição a ter lugar no seio de um Estado Membro

Para o Tribunal, a proibição de extradição dos cidadãos alemães é configurada como um direito fundamental e aquela norma destina-se a garantir

³⁴ Veja-se, em suporte do ora afirmado, o AC. TC N.º 163/90 relatado pelo Conselheiro Messias Bento e consultado em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900163.html>, recuperado em 10.09.2009.

³⁵ Maduro, M.P., *ob. cit.*, pág. 24.

que um cidadão não possa ser removido de uma ordem jurídica na qual confia e está integrado, sem que haja de ser tido em conta um princípio de proporcionalidade. Assim sendo, o poder legislativo ao efectuar a transposição da decisão quadro estava obrigado a ponderar que a implementação da Decisão Quadro não poderia levar a uma restrição desproporcional daquele direito fundamental e deveria ter garantido nesse acto de transposição que o escopo do art. 16.º, n.º 2, da Lei Fundamental não era violado. Por outro lado, e relativamente à previsão do n.º 4 do art. 19.º, o Tribunal Constitucional defendeu naquela decisão que o legislador alemão estava obrigado a garantir o recurso aos Tribunais pelo particular atingido pelo pedido de extradição. Não pretendemos analisar neste contexto (por não ser esse o seu escopo) os fundamentos da decisão do Tribunal Constitucional alemão à luz das normas internas sobre extradição, mas apenas ilustrar, com recurso a este exemplo concreto que a convivência entre o ordenamento europeu e os ordenamentos internos de cada estado membro nem sempre é pacífica nem isenta de conflitos sistémicos e a temática dos direitos fundamentais tem estado muitas das vezes no epicentro dessas tensões.

O alcance e o significado profundos da decisão do Tribunal Constitucional alemão prendem-se, antes do mais, com o desafio que a mesma representa à unidade e coerência internas do ordenamento jurídico europeu. Essa decisão contradiz a própria jurisprudência produzida pelo Tribunal de Justiça em sede de Terceiro Pilar. Na verdade, o Acórdão Pupino (a que aludiremos mais adiante no âmbito deste trabalho) ergueu o Princípio da Cooperação Leal entre os Estados Membros nas áreas da cooperação judiciária e policial em matérias penais como um dos princípios estruturantes do terceiro pilar. A declaração de inconstitucionalidade da lei de transposição impede, por ora, a Alemanha de respeitar e aplicar as disposições da Decisão Quadro relativas ao Mandado de Detenção Europeu, violando o imperativo legal a que se vinculou.

O processo de integração (normativa) europeia tem sido conseguido, em boa medida, à custa do empenho, do esforço de interpretação e criação dogmáticas e jurisprudencial do Tribunal de Justiça e também embora noutra dimensão dos tribunais nacionais (entre eles se destacam pela natureza e importância das suas funções os tribunais constitucionais). Esta dimensão pretoriana de construção de um espaço legal europeu não pode deixar de colocar questões de particular importância, nomeadamente, de índole constitucional, quanto ao grau de democraticidade desse processo e às suas implicações no domínio da separação de poderes.

3. O JUDICIÁRIO COMO PROTAGONISTA DA INTEGRAÇÃO (NORMATIVA) EUROPEIA — O PAPEL DO TJ NO CONTEXTO DO III PILAR

As páginas subsequentes serão dedicadas a uma reflexão alargada em torno do papel institucional do Tribunal de Justiça e da importância da sua

jurisprudência nas questões atinentes à cooperação judiciária e policial em matéria penal e que constituem o denominado III pilar. Na verdade, as normas vertidas na Constituição Penal de uma determinada comunidade política traduzem, de forma muito clara, os valores dominantes e o estatuto dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, constituindo o ponto óptimo entre as expectativas sociais de prevenção geral (na reposição da ordem e da segurança após a ocorrência do delito) e a tutela dos Direitos, Liberdades e Garantias.

No âmbito do III Pilar, ou Título VI, as bases legais que operacionalizam a intervenção do TJCE resultam da conjugação de três normativos, os arts. 234.º do Tratado de Roma e os arts. 35.º e 46.º do TUE (este último aditado pelo Tratado de Nice), que concretizam e especificam as competências do órgão jurisdicional, em matéria do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. Este último normativo, constitui o fundamento legal da intervenção jurisdicional do TJCE no que tange à apreciação da validade e interpretação das decisões quadro, decisões, convenções e respectivas medidas de aplicação. Porém, estas competências do TJCE estão limitadas e subordinadas a duas outras condições ou pressupostos:

- A aceitação da sua competência por parte do Estado Membro (aceitação essa que se processa por meio de uma declaração);
- A concretização, nessa declaração de aceitação de competências, por parte do EM, que qualquer órgão da sua jurisdição (cujas decisões sejam ou não susceptíveis de recurso, consoante os casos) pode suscitar a intervenção do TJCE, em processo pendente, quando a mesma seja necessária ao julgamento da causa.

Isto significa que, no actual quadro normativo e institucional (é preciso não olvidar que o Tratado de Lisboa não entrou ainda em vigor)³⁶ cabe ao Estado Membro definir e concretizar em que condições os seus cidadãos podem aceder à justiça europeia. É também de salientar que o Reino Unido e a Irlanda do Norte não aceitaram a competência do TJ nas matérias atinentes aos III pilar.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias foi criado em 1951 pelo Tratado CECA com a finalidade de interpretar e aplicar as disposições do referido Tratado. Em 1957 os seus poderes foram expandidos com a assinatura do Tratado de Roma (que compreendia o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atómica). Porém, é com a assinatura em 1992, do Tratado de Maastricht (mais conhecido como Tratado da União Europeia) que resultou uma estrutura híbrida para a União Europeia composta por três pilares, sendo o Primeiro Pilar, o pilar comunitário, de carácter reforçado, assente na integração supranacional e outros dois, assentes na cooperação intergovernamental, em que o pendor

³⁶ O Tratado de Lisboa foi recentemente referendado e ratificado pela Irlanda.

da soberania dos estados estava claramente acentuado, quer ao nível do processo decisório, quer das instituições envolvidas

As questões da Justiça e dos Assuntos Internos passaram a fazer parte integrante do Título VI cujo conteúdo material estava previsto nas disposições dos arts. K1 a K9. Aquele Terceiro Pilar contemplava áreas tão diversas como a política de asilo e a de imigração, o controle de pessoas nas fronteiras, a luta contra a toxicod dependência, a luta contra a fraude de dimensão internacional, cooperação em matéria civil, penal e aduaneira e a cooperação policial no combate ao terrorismo, tráfico de droga e outras formas de criminalidade organizada. As iniciativas legislativas neste campo ficaram a cargo do Conselho da União Europeia (anteriormente denominado por Conselho de Ministros) em detrimento do papel, de carácter meramente informativo e consultivo, que a Comissão e o Parlamento Europeu passaram a assumir nestes domínios.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que até 1997 assumia um papel claramente residual, que se limitava à apreciação das convenções que viessem a ser adoptadas para prosseguimento dos objectivos da cooperação estabelecida passou, com a entrada em vigor em 1997 do Tratado de Amesterdão, a ter competência para decidir, a título prejudicial, sobre a validade e a interpretação das decisões quadro e das decisões, sobre a interpretação das convenções estabelecidas ao abrigo daquele título VI bem como sobre a validade e a interpretação das respectivas medidas de aplicação.

Mediante declaração feita no momento da assinatura do Tratado de Amesterdão, ou posteriormente, a todo o tempo, qualquer estado membro pode aceitar a competência do Tribunal de Justiça para decidir a título prejudicial, nos termos do n.º 1 daquele normativo. Esta intervenção do TJCE nas áreas atinentes à cooperação policial e judiciária penal tem assumido um profundo impacto normativo e institucional. Na verdade, como já se viu, a génese do sistema de controlo jurisdicional encontra-se nos Tratados fundadores e foi originalmente concebida para garantir as competências e funções da Comunidade Europeia nos I e II Pilar, só tendo sido alargada ao III Pilar em Amesterdão. Se confrontarmos o art. 35.º TUE com o art. 234.º do Tratado de Roma, encontramos uma diferença fundamental: de acordo com o art. 234.º do Tratado de Roma, os particulares podem impugnar contenciosamente, através do recurso de anulação, uma decisão (mesmo que tomada sob a forma de directiva) que lhes diga directa e individualmente respeito, ao contrário como já vimos, do que acontece no título VI. Isto significa que, os cidadãos dos estados membros que não efectuaram a declaração de aceitação da competência jurisdicional do Tribunal de Justiça (nomeadamente, o Reino Unido e a Irlanda do Norte) encontram-se privados do recurso a esta via de tutela jurisdicional o que cria, na prática, manifestas desigualdades formais e substanciais. Desigualdades essas que se traduzem, por um lado, na impossibilidade dos nacionais desses estados em aceder à justiça europeia (inibindo-os da possibilidade de verem discutidas, nessa sede, questões relevantes para a protecção e defesa dos seus direitos fundamentais) e, por outro

lado, potenciando diversas interpretações das normas do III Pilar dentro do espaço da união europeia

No âmbito dos pilares comunitários o TJCE tem uma grande tradição de inovação jurisprudencial (que já vem da década de setenta) tendo contribuído para a sedimentação do princípio do primado e da interpretação conforme do direito comunitário, através de famosos arestos como *Watson e Belmann* (1976), os *Acordãos Costa / Enel* e *Simmenthal*, *Van Gend en Loos*, entre outros. Através da sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça permitiu-se construir o direito comunitário como um sistema jurídico próprio e distinto, dando origem à constitucionalização dos tratados³⁷.

O TJCE tem entendido que a ordem jurídica comunitária assume autonomia relativamente às ordens jurídicas estaduais e a sua aplicação deverá sobrepor-se àquelas, em nome da uniformidade da aplicação do direito comunitário. Alicerça estas conclusões na convicção de que os Estados haviam transferido poderes soberanos para a União e que a fonte de legitimidade da ordem jurídica comunitária teria uma dupla origem assente quer nas parcelas de soberania estadual transferidas para a união, quer nos próprios cidadãos europeus, últimos titulares do poder político. Naqueles e noutros arestos, o tribunal aponta ainda um argumento de cariz funcional para justificar a jurisprudência do primado do direito comunitário: afirma que se os estados membros puderem adoptar, unilateralmente, medidas contrárias ao direito comunitário, fica comprometida a própria subsistência da ordem jurídica europeia.

O labor jurisprudencial do tribunal evidenciaria tendencialmente uma perspectiva federalista da União, em que um actor institucional se coloca na posição de impulsionador do movimento de integração e, ao mesmo tempo como arquitecto da *Grundnorm* (ao colocar o Direito Comunitário no topo da pirâmide legal).

Esta jurisprudência criadora e criativa do TJCE tem, no entanto, criado alguns anticorpos em sectores específicos e levado alguns autores políticos e institucionais a falar num verdadeiro activismo judiciário. Na verdade, ao tribunal é criticado o facto do mesmo se arvorar em legislador europeu quando não foi esse o escopo da sua criação e nem foi tão pouco mandatado para o efeito pelos fundadores dos tratados. Em contrapartida, os apoiantes da jurisprudência do TJCE, advogam que este tem sido o principal motor do processo de integração europeia, suprimindo as lacunas dos textos legais e resolvendo conflitos institucionais.

A questão que pretendemos, neste momento, equacionar é se o Tribunal de Justiça não está, por via da sua jurisprudência, a criar o embrião de uma futura constituição penal europeia em detrimento de outros actores institucionais e à revelia do mandato que lhe foi conferido pelos Estados Membros e vertido nos Tratados, em violação do princípio da legalidade e da separação de poderes.

³⁷ Neste sentido, Maduro, M.P. *ob. cit.*, pág. 58.

O princípio da legalidade é um dos elementos estruturantes do estado de direito democrático e significa, em suma que, o poder é exercido com base nas leis e por elas legitimado e visa garantir que o ordenamento jurídico prossegue dois fins essenciais da comunidade política: a certeza e a igualdade³⁸.

No ordenamento jurídico interno, o princípio da legalidade assume diversas configurações mas, no que concerne à constituição penal, o mesmo implica a reserva de lei da AR na definição dos crimes, das penas e medidas de segurança e seus pressupostos só podendo o governo legislar nestas matérias mediante uma lei de autorização legislativa (art. 165.º, n.º 1, al. c), a proibição de intervenção normativa de regulamentos e a exclusão do direito consuetudinário como fonte de definição de crimes ou punição penal. Significa além do mais que, além da lei interna também pode ser fonte de legalidade penal o direito internacional e o direito europeu na medida em que a EU tenha poderes penais no âmbito do “espaço europeu” Nos termos do art. 8.º as normas penais internacionais e europeias prevalecem sobre o direito interno mas com as limitações decorrentes dos princípios do estado de direito democrático e da reserva de lei ou acto equivalente (*vide* art. 8.º, n.º 4, da CRP)³⁹. O art. 8.º foi ampliado por via da revisão constitucional operada em 2004 de molde a garantir a aplicação das normas de direito da União Europeia no seio do ordenamento jurídico interno português. Isto significa que as normas dos tratados bem como as normas emanadas das instituições europeias prevalecem sobre a própria legislação interna, inclusivamente, sobre a própria constituição.

No entanto, para Gomes Canotilho e Vital Moreira, o princípio do primado não resulta tanto do carácter autónomo do sistema jurídico da união mas antes de uma auto vinculação dos estados membros e surge como uma manifestação específica das suas competências próprias. O primado coincide apenas com o âmbito de competências específicas da União e não vai para além delas⁴⁰.

Tem sido entendimento unânime entre os autores que a União não tem competências penais uma vez que tal não resulta dos Tratados e este constitui o núcleo duro da soberania estadual pelo que, nesta medida, “União Europeia e direito penal são fortemente antinómicos”⁴¹.

Constituindo o direito penal um verdadeiro sismógrafo da ordem constitucional, na expressão de Gomes Canotilho e Vital Moreira, cumpre avaliar até que ponto a jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal de Justiça no seio

³⁸ Canotilho, J.J.G e Moreira, V: *Constituição da República Portuguesa — Anotada, Vol. I*, arts. 1.º a 107.º, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

³⁹ Lei Constitucional n.º 1/2004 (6.ª revisão) de 24 de Julho, publicada no *DR* n.º 173, 1.ª série de 24.07.2004.

⁴⁰ *Ob. cit.*, pág. 265.

⁴¹ Expressão da autoria de Mireille Delmas — Marty: “Union Européenne et Droit Penal”, *Cahiers de Droit Européen*, 1997, n.ºs 5 e 6, pág. 608.

do III pilar não abre a porta a uma progressiva europeização do direito penal, efectuada por via jurisprudencial.

Um dos acórdãos mais emblemáticos e que constitui um verdadeiro “case study” nesta matéria, é vulgarmente conhecido como o Acórdão Pupino e foi proferido em 16.06.2005 pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no âmbito do Processo C-105/03⁴².

No caso Pupino, as críticas efectuados ao Tribunal prenderam-se, sobretudo, com a aplicação do princípio da interpretação conforme às matérias do III Pilar (e a concomitante extensão a esta matéria de uma jurisprudência criada para as matérias comunitárias). A questão fundamental que coube ao TJCE apreciar neste processo, reconduziu-se a saber se os órgãos jurisdicionais dos estados membros estavam ou não vinculados, na sua tarefa de interpretação e aplicação do direito interno, a levar em linha de conta o direito produzido pelas instâncias decisórias europeias, em matérias do III Pilar, e mais concretamente, perante as Decisões Quadro. Como se sabe, o art. 34.º, n.º 2, al. b), do TUE refere, especificamente, que as decisões quadro não têm efeito directo e que as mesmas têm que ser objecto de um acto legislativo de transposição, por parte do estado membro destinatário. Neste caso, o Tribunal entendeu que na aplicação do direito nacional, o órgão jurisdicional italiano estava obrigado a proceder à sua interpretação, na medida do possível, em conformidade com o texto e as finalidades da decisão quadro, a fim de atingir o objectivo visado por esta última, traduzindo-se este entendimento no chamado princípio da interpretação conforme⁴³.

Na sua decisão, o TJCE considerou que os arts. 2.º, 3.º e 8.º da Decisão Quadro 2001/220/JAI do Conselho de 15 de Março, (publicada no JO L 82, pág. 1.) relativamente ao estatuto da vítima em processo penal, devem ser interpretados no sentido de permitir ao órgão jurisdicional nacional autorizar que crianças de tenra idade prestem o seu depoimento, segundo modalidades que permitam assegurar um nível adequado de protecção, por exemplo, sem ser na audiência pública e antes da sua realização, ou seja, o órgão jurisdicional italiano é obrigado a tomar em consideração as regras do direito nacional no seu todo e a interpretá-las, na medida do possível, à luz daquela decisão quadro.

⁴² Tratou-se de um reenvio prejudicial formulado pelo Juiz de Instrução Criminal do Tribunal de Florença — Itália, quanto à interpretação dos arts. 2.º, 3.º e 8.º da Decisão Quadro 2001/220/JAI do Conselho de 15 de Março, (publicada no JO L 82, pág. 1.) relativamente ao estatuto da vítima em processo penal. O Tribunal italiano pretendia saber se, tendo em conta a Decisão Quadro relativa ao estatuto da vítima em processo penal, um órgão jurisdicional nacional deve ter a possibilidade de autorizar que crianças de tenra idade prestem depoimento em processo crime, de acordo com modalidades que permitam assegurar-lhes um nível adequado de protecção, sem ser na audiência pública e antes da sua realização.

⁴³ Vide neste sentido, o Comunicado de Imprensa n.º 59/05 de 16 de Junho de 2005, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e acessível em <http://curia.eu.int/cgi-bin/form.pl?lang=pt>, recuperado em 01.12.08.

Sinteticamente, diremos que o Tribunal alicerçou esta conclusão, nos seguintes fundamentos:

1.º — Ao abrigo de um argumento de identidade de situações (referindo-se ao reenvio prejudicial num e noutro artigos) o Tribunal invoca que o regime do art. 234.º do TCE é aplicável ao art. 35.º do TUE, de molde que a jurisprudência firmada em relação ao primeiro aplicar-se-à ao segundo normativo;

2.º — A letra do art. 34.º, n.º 2 al. b), do TUE é inspirada na norma do art. 249.º, terceiro parágrafo do TCE, na parte em que este se refere às directivas comunitárias, sendo que tal similitude de redacções significa que as autoridades nacionais e, em especial, os seus órgãos jurisdicionais estão adstritos a uma interpretação conforme do direito nacional quer num caso quer no outro, só assim sendo possível assegurar o carácter vinculativo das decisões quadro;

3.º — As matérias do título VI encontram-se também abrangidas pelo princípio da cooperação leal previsto no art. 10.º do TCE, uma vez que tal princípio é um pressuposto essencial à criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa e ao aprofundamento da cooperação judiciária e policial em matéria penal;

Porém, a argumentação do Tribunal foi efectuada ao arrepio do entendimento maioritário dos estados membros que produziram alegações nos autos. Na verdade, e numa análise perfunctória dessas argumentações, diremos que estes, em regra, colocaram a tónica nas diferenças substanciais entre os pilares intergovernamentais e comunitários, quer quanto aos objectivos quer quanto aos instrumentos jurídicos utilizados pelos Tratados para a prossecução dos mesmos, daí retirando argumentos que colocam em crise o entendimento jurisprudencial acima referido.

O argumento base utilizado pelo estado italiano (nas alegações proferidas no processo Pupino) para rejeitar a aplicação do princípio da interpretação a esta matéria prende-se com o facto da decisão quadro e das directivas comunitárias constituírem fontes de direito substancialmente diferentes, sendo que a primeira não impõe ao órgão jurisdicional *a quo* uma obrigação de interpretação conforme do direito nacional contrariamente ao que sucede com as segundas. Também o governo francês alegou que, uma interpretação do direito interno efectuada pelo órgão jurisdicional do reenvio em conformidade com a decisão quadro não era possível por esta não ter efeito directo e por inexistir, no Tratado da União Europeia, norma semelhante à do art. 10.º do Tratado CE e na qual o Tribunal havia firmado a sua jurisprudência anterior.

Em primeiro lugar, importa assinalar que não é possível confundir o efeito directo com o princípio da interpretação conforme. Nas matérias do III Pilar, dispõe o art. 34.º, n.º 2 (incluído no já mencionado Título VI), na versão do Tratado de Amesterdão que o Conselho tomará as medidas e promoverá a cooperação, no sentido de contribuir para a realização dos objectivos da União

através, nomeadamente, das decisões quadro. Este instrumento legislativo visa prosseguir fins de harmonização legislativa vinculando os estados membros quanto aos objectivos a atingir mas deixando, no entanto, às instâncias nacionais um espaço de manobra muito amplo, no tocante à forma e aos meios de concretização daqueles objectivos. Resulta especificamente do art. 34.º al. b), parte final que a Decisão Quadro não tem efeito directo.

O efeito directo traduz-se no reconhecimento aos particulares (pessoas singulares ou colectivas) do direito a recorrer aos órgãos jurisdicionais nacionais e comunitários quando, dos textos legais comunitários resultem para eles, direitos e/ou obrigações e permite-lhes invocar normas comunitárias sem depender dos textos nacionais de transposição. Este princípio (que teve uma origem jurisprudencial nos acórdãos Van Gend en Loos e Franz Grad) reforça a eficácia do direito comunitário e a salvaguarda dos direitos dos particulares. Porém, é preciso relembrar que as origens históricas e cronológicas desta jurisprudência radicam no I Pilar e a mesma foi pensada, sobretudo, para os actos legislativos típicos dos pilares comunitários (como os regulamentos e as directivas), não tendo sido vocacionada para a matéria do Título VI. O elenco que hoje compõe aquele Título VI, não fazia parte do escopo fundacional das comunidades, à data mais vocacionadas para a vertente económica da integração.

A interpretação conforme alicerça-se nos princípios do primado do direito comunitário e da cooperação leal entre os estados membros e traduz-se num critério de interpretação e aplicação dos direitos internos de cada estado, de molde a compatibilizá-lo com a legislação europeia. Este princípio interpretativo gizado pelo TJ parte da análise dos objectivos e fundamentos do instrumento legislativo em causa e encontra duas ordens de limitações, por um lado, não se pode traduzir na aplicação *contra legem* do direito interno e, por outro lado, a sua operacionalidade prática não se pode traduzir numa violação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

No entendimento do Tribunal, a extensão deste princípio às decisões quadro, permitirá aprofundar a cooperação judicial e policial em matéria penal na medida em que possibilita uma aplicação tendencialmente uniforme do direito europeu por parte dos diversos órgãos jurisdicionais dos estados membros e sem que, tal aplicação, dependa do acto de transposição das decisões quadro para o direito interno.

As consequências e o impacto do Acórdão Pupino extravasam largamente o âmbito das questões jurídicas nele abordadas, porquanto, assumem uma vertente político-institucional sem precedentes e questionam inclusive uma dada visão do projecto de integração europeia, (re) definindo a sua trajectória.

Na verdade, se analisarmos quer o quadro institucional, quer o processo decisório e os instrumentos legislativos do III pilar que resultaram de Amesterdão (uma vez que nem o Tratado Constitucional nem o Tratado de Lisboa chegaram ainda a entrar em vigor) constatamos o seguinte:

- As decisões tomadas nesta sede pressupõem a unanimidade no Conselho;

- A iniciativa legislativa cabe aos estados membros e/ou à Comissão;
- O parlamento europeu não participa do processo decisório e apenas emite parecer;
- Os instrumentos legislativos (Decisões, Decisões Quadro e Convenções) não têm efeito directo;
- O Tribunal de Justiça das Comunidades apenas tem competência a título prejudicial para apreciar a validade das decisões, decisões quadro e convenções, desde que os estados membros reconheçam a sua competência mediante declaração.

Este quadro geral herdado de Amesterdão confirma o pendor intergovernamental do III pilar, o *deficit* democrático do processo decisório e a falta de participação dos cidadãos e que se traduz, nomeadamente, na inexistência de mecanismos de controlo jurisdicional que lhes permitam a defesa de direitos fundamentais. Esta ausência de um mecanismo de garantias jurisdicionais é tanto mais preocupante quando estão em causa matérias relacionadas com o direito penal que atingem directamente os direitos das pessoas.

A decisão Pupino é inovadora e de certa forma revolucionária porquanto, ao consagrar que, através do mecanismo do reenvio prejudicial, os particulares podem invocar as decisões quadro no seio de procedimentos penais que correm termos no estado membro, o Tribunal acaba por criar um mecanismo de tutela de direitos fundamentais que não estava directa nem expressamente previsto nos textos dos tratados, colmatando desta forma, o *deficit* de tutela jurisdicional que há pouco apontamos. Por outro lado, o acórdão em causa, constitui um passo decisivo no aprofundamento e na construção do espaço penal europeu uma vez que, ao aplicar um princípio de interpretação conforme do direito interno ao direito europeu, contribui para uma paulatina harmonização interpretativa da legislação europeia em matérias do Título VI. Finalmente, e do ponto de vista institucional, consagra o próprio Tribunal como garante dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos europeus e como impulsor do espaço de liberdade, segurança e justiça, em detrimento do papel de outros órgãos institucionais como a Comissão e o Conselho, mais dependentes das iniciativas políticas dos estados membros.

Outras duas decisões marcantes do Tribunal de Justiça, foram as proferidas nos processos C-176/03 e C-440/05, datadas respectivamente de 13 de Setembro de 2005 e 23 de Outubro de 2007.

No primeiro destes casos, a Comissão das Comunidades Europeias pediu ao Tribunal de Justiça que anulasse a Decisão Quadro 2003/80/JAI do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à protecção do ambiente através do direito penal (JO L 29, pág. 55) com o fundamento que a mesma invadia as competências da Comissão porque legislava em matéria de protecção ambiental, com recurso ao direito penal.

No segundo caso tratou-se de pedido idêntico, ou seja, a Comissão das Comunidades Europeias pediu, por via do recurso de anulação do art. 35.º, n.º 6, do TUE ao Tribunal de Justiça que anulasse a Decisão Quadro 2005/667/JAI do

Conselho, de 12 de Julho de 2005, destinada a reforçar o quadro legal para a repressão da poluição por navios através do direito penal (JO L.255, pág. 164)

Em ambos os casos o TJCE decidiu anular as Decisão Quadro *in totum* (invocando a sua indivisibilidade) e deu provimento aos recursos da Comissão. No primeiro acórdão, salientou que, atendendo às suas finalidades e conteúdos, aquele instrumento jurídico invadia as esferas de competência da Comissão previstas no art. 175.º do TCE (que atribui à Comunidade competências para legislar em matéria de protecção ambiental) desrespeitando a disposição do art. 47.º do TUE. No segundo caso, a decisão foi idêntica porquanto, considerou que aquele instrumento jurídico invadia as esferas de competência da Comissão previstas no art. 80.º, n.º 2, do TCE, que atribui à Comunidade competências para legislar em matéria de política de transportes e de segurança marítima, violando o art. 47.º do TUE.

Estes dois acórdãos demonstram o claro empenho do Tribunal na criação de uma jurisprudência que rompe com o modelo legislativo actualmente em vigor e que, de certa forma, antecipa as soluções previstas, nomeadamente, no Tratado de Lisboa. O texto do Tratado de Lisboa já prevê a abolição da distinção entre os instrumentos legislativos do primeiro e do terceiro pilares, adoptando uma nomenclatura única (regulamentos e directivas). Por outro lado, o Tribunal, ao reconhecer, nestes dois acórdãos a existência de competências comunitárias implícitas em matéria penal, acaba por contribuir para a diluição da repartição de competências entre os pilares, numa tendência semelhante à manifestada no Tratado de Lisboa que estabeleceu um núcleo de competências partilhadas entre os estados e a União, em matérias do espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (vejam-se neste sentido os arts. 2.º e 4.º, n.ºs 1 e 4, al. j), e o elenco dos arts. 61.º a 68.º, 69.º E a 69.º L, do TUE, na redacção do Tratado de Lisboa).

A questão de fundo subjacente ao acórdão proferido no âmbito do processo C-176/03, prende-se com a (re) definição da repartição de competências em matérias do I e do III pilares e em saber se esta jurisprudência vai ou não no sentido de comunitarizar matérias penais que, originariamente, as quais não estão na esfera de competências dos órgãos comunitários mas sim na disponibilidade dos estados, membros, atenta a sua natureza intergovernamental.

A Comissão peticionou a anulação da Decisão Quadro 2003/80/JAI (adoptada pelo Conselho com base nos arts. 29.º, 31.º, al. e), e 34.º, n.º 2, al. b), do Tratado da EU, na redacção anterior a Nice) por entender que, atentos o seu conteúdo e finalidade, esta visa, sobretudo, a protecção do ambiente, competência essa definida no art. 175.º do TCE e que aquele órgão reclama como sua. O Parlamento europeu, por seu turno, secundou a posição da Comissão. Nesta linha de entendimento, o recurso ao direito penal tem um carácter instrumental e encontra-se à disposição dos órgãos comunitários, para prosseguir um dos fins dos tratados, neste caso, a promoção de uma política de protecção ambiental, com base nos arts. 3.º, n.º 1, al. I), 174.º a 176.º do TCE.

Alegou ainda este órgão que o próprio Tribunal, noutras circunstâncias, já reconheceu ao legislador comunitário a faculdade de constranger os estados membros a reprimir as condutas violadoras do direito comunitário, ao abrigo dos princípios da lealdade e da equivalência, nos termos do art. 10.º do TCE.

O Conselho (apoiado por diversos estados membros) entendia que não existe competência do legislador comunitário para legislar em matéria penal, em virtude da mesma não se encontrar expressamente atribuídas aos órgãos comunitários e não poder a mesma decorrer, implicitamente, dos tratados, atenta a sua umbilical ligação à soberania dos estados. Por outro lado, o Conselho acrescentou que uma vez que os arts. 135.º e 280.º do TCE, contêm o âmbito de competências comunitárias mais amplas, deles tendo, porém, ficado excluída a competência em matéria penal, tal significa que o direito penal foi entendido como um limite inultrapassável, e que não se poderão reconhecer competências penais em âmbitos onde a atribuição de competências é ainda menor. Além do mais, a competência em matéria penal resulta do Título VI, mais concretamente dos arts. 29.º, 30.º, 31.º, al. e), do TUE, não sendo, como tal, uma competência comunitária. No caso vertente, o Conselho considerou que estavam em causa medidas de harmonização da legislação penal dos estados membros que cabem no referido Título VI, e consequentemente sujeitas quer ao processo decisório quer aos instrumentos jurídicos daquele III pilar.

O Tribunal no primeiro acórdão deu razão à Comissão tomando como ponto de partida o art. 47.º do TUE e invocando que as disposições do Tratado da União Europeia não podem contradizer as do Tratado CE, numa lógica de prevalência dos instrumentos jurídicos do I pilar em relação aos do III pilar. Neste caso concreto, a Decisão Quadro do Conselho violava esse princípio da primazia dos instrumentos jurídicos do I pilar sobre os do III, pois a mesma coincidia com a finalidade e conteúdos da Directiva adoptada pela Comissão, nesta matéria. Aquela Decisão Quadro, ao conter um elenco de sanções penais para delitos ambientais violou, na perspectiva do Tribunal, as competências próprias do I pilar (que inclui a política comunitária em matéria ambiental, vertida nos arts. 2.º, 6.º, 174.º, 175.º e 176.º do TCE). Sustentou ainda aquele Tribunal que o legislador comunitário pode fazer uso do direito penal quando se trate de garantir e prosseguir fins de política ambiental. O Tribunal adoptar dois postulados: reconhece um princípio de competências implícitas da comunidade em matéria penal (que, como vimos, não resultava directamente dos tratados) e lança mão de um critério de necessidade para fundamentar tais competências, ou seja, as mesmas serão exercidas quando necessárias à prossecução dos fins e objectivos das políticas comunitárias. Ressalta, nesta medida, o carácter instrumental do direito penal relativamente às demais políticas a prosseguir pela União.

Contudo, a argumentação do Tribunal não responde de forma cabal a uma questão essencial e que é a definição concreta de quais as políticas comunitárias relativamente às quais o direito penal pode ser usado como um

instrumento necessário: será só a matéria do ambiente ou pode ser toda e qualquer política constante do Tratado CE? Por outro lado, quais os órgãos e de forma concretizam, na prática, esse princípio da necessidade. Estas questões são tanto mais pertinentes quanto esta jurisprudência viria mais tarde (com limitadas diferenças relativamente à matéria em causa) a ser secundada no processo C-440/05.

No acórdão proferido no processo C-176/03, persiste ainda a problemática de da repartição de competências penais entre a comunidade e os estados membros. Neste caso, tratou-se mais uma vez, de um pedido de anulação formulado pela Comissão ao TJCE, de uma Decisão Quadro 2005/667/JAI do Conselho e que previa a adopção de sanções penais, como forma de prevenir a poluição causada pelos navios em alto mar.

Como fundamento do recurso, a Comissão apresentou argumentos (de certa forma semelhantes aos já apresentados no processo C-176/03), e que se podem reconduzir a dois, a saber:

- Existe uma competência comunitária (implicitamente reconhecida pelo TJCE) no sentido de que lhe caberá legislar sobre medidas penais a adoptar desde que tal seja adequado e necessário à prossecução de uma política comunitária, como a ambiental por exemplo;
- Atento o conteúdo e os objectivos da Decisão Quadro (arts. 1.º a 10.º) a mesma está relacionada com o direito penal e reporta-se a comportamentos considerados repreensíveis em termos comunitários, pelo que sendo necessária à prossecução da política de transportes a que alude o art. 80.º do TCE, a mesma violou o art. 47.º do TUE, devendo ser anulada;

O Parlamento Europeu secundou esta orientação da Comissão, considerando que o critério da necessidade aludido pela Comissão está verificado no caso concreto. O Conselho, por seu turno, invocou que, ao ter adoptado, juntamente com o Parlamento Europeu uma directiva relativa à poluição de navios em alto mar, resolveu (em conformidade com o art. 80.º, n.º 2, do TCE) a questão de saber se e em que medida o legislador comunitário deve exercer a sua competência para adoptar disposições relativas à poluição causada por navios, tendo através da directiva fixado os limites do seu próprio poder em matéria de política de transportes marítimos. Além do mais, a comunidade não tem competência para fixar de forma vinculativa o grau e o tipo de sanções penais que os estados membros devem prever no seu direito nacional, sendo esta uma matéria de harmonização penal que ultrapassa a competência da comunidade. Mais acrescentou ainda que, a interpretação da comissão esvaziaria do seu conteúdo útil o título IV do tratado da União Europeia, e que a jurisprudência anterior do TJCE espelhada no acórdão Comissão/Conselho (processo C-176/03) deveria ser interpretada em sentido estrito, ou seja, como uma excepção à regra geral

de que a comunidade carece de competência em matéria penal e processual penal (vide ponto 48 da argumentação).

Ora, mais uma vez, o Tribunal de Justiça, atendeu as pretensões da Comissão e anulou a decisão quadro *in totum* (atenta a sua indivisibilidade) fundamentando tal decisão nos mesmos argumentos usados no processo C-176/03, a saber, a invasão de competências comunitárias por parte do Conselho (em detrimento do art. 47.º do TUE e art. 80.º, n.º 2, do TCE). A única ressalva efectuada prende-se com a base legal da política comunitária em questão ser agora a do art. 80.º, n.º 2 do TCE. Porém, não deixa de ser curioso o facto do Tribunal ter considerado que, pese embora a comunidade não tenha competência para definir o tipo e o grau de sanções penais a aplicar (reiterando que as disposições dos arts. 4.º e 6.º da decisão quadro não violavam o mencionado art. 47.º) existe uma *Annex Kompetenz* que legitima a intervenção legislativa da Comissão nas matérias penais.

O que estes dois acórdãos parecem confirmar é a definição, pela via jurisprudencial, de um princípio de primado do I pilar sobre o III pilar, com limitadas diferenças que se prendem com o alcance da comunitarização das competências penais. Na verdade, enquanto no processo C-176/03 estão em causa, a determinação da obrigatoriedade de previsão de sanções penais e dos elementos constitutivos dessas infracções penais, no processo C-440/05, a questão prende-se com a definição da moldura penal aplicável às sanções definidas.

Pese embora a diferença entre ambas, o denominador comum prende-se com o facto de ser a primeira vez que o Tribunal afirmou, de forma inequívoca, que a Comunidade tinha competências para obrigar os estados membros a impor sanções penais, afastando o dogma da exclusividade estadual neste domínio.

Decorre ainda da análise do texto do primeiro acórdão acima referenciado, que o Parlamento Europeu aderiu à posição da Comissão (propugnando pela anulação da decisão quadro) o que não deixa de ser significativo porquanto, aponta para uma tendência de reforço do papel deste órgão numa lógica de democratização. Na verdade, ao consagrar-se uma opção pela directiva como instrumento jurídico privilegiado (em detrimento da decisão quadro) e ao admitir-se que a mesma venha a incorporar normas penais (quando necessário) tal significa o recurso a um processo prévio de co-decisão que envolve directamente a comissão — parlamento. Este envolvimento do parlamento representa, assim, um avanço significativo na democraticidade dos actos legislativos que atinjam (ainda que indirectamente) direitos fundamentais. Por outro lado, as deliberações em sede de I pilar, são tomadas por maioria qualificada e não por unanimidade, pelo que os estados membros individualmente considerados perdem o poder de bloquear a adopção de decisões nesta matéria. Tal facto poderá, também, contribuir para um aprofundamento do processo de criação de um direito penal europeu, agilizando procedimentos e evitando minorias de bloqueio.

Em contrapartida, abre-se o caminho aos mecanismos de tutela jurisdicional do art. 234.º do TCE, mais concretamente, ao recurso de anulação.

No entanto, os acórdãos deixaram em aberto diversas questões, nomeadamente, em que políticas comunitárias a Comissão poderá fazer uso do direito penal e legislar em conformidade e se as sanções penais são necessariamente instrumentais para a prossecução de tais políticas, fora do respectivo que espaço ainda haverá para a harmonização penal. Esta jurisprudência permite ainda uma reflexão sobre os limites da actuação do Tribunal de Justiça, questionando até que ponto judicial “empowerment” não excede os estritos limites da interpretação jurídica e não entra já no campo da política, colidindo, desta forma, com o princípio democrático e da separação de poderes.

Importa não olvidar que o processo histórico conducente à emancipação do poder judicial ou, noutros termos, a progressiva distinção entre *gubernaculum* e *iurisdictio* foi longo, difícil e dependente das circunstâncias históricas, sociais e políticas de cada época. A *iurisdictio* ao longo de toda a idade média constituiu-se como um apanágio da função soberana radicada na pessoa do soberano ou do papa. Como afirma Luigi Ferrajoli, é a partir do momento em que se começou a negar aos príncipes o epíteto de *iudicis* e se os apelida de *domini* que se assiste ao nascimento do juiz moderno⁴⁴.

A independência dos juízes é o fruto desta evolução do pensamento e da filosofia política e acompanhou a mudança de paradigma relativamente à separação dos poderes na *civitas*. Inicialmente concebida a partir do modelo lockiano de separação entre os poderes executivo e legislativo foi o mesmo, posteriormente, reconfigurado por Montesquieu em “L’esprit des lois” assumindo-se o judicial como um poder autónomo relativamente aos outros dois.

Actualmente, a questão inverteu-se, ou seja, já não está em causa a autonomização funcional e institucional do poder judicial relativamente aos restantes poderes públicos mas antes a invasão de esferas de competência, por parte do judicial, de outros domínios como o político-executivo e legislativo. António Manuel Hespanha sintetiza, da seguinte forma, esta discussão: “(...) num modelo político dominado pelo princípio da separação de poderes, parece haver uma contradição entre este princípio constitucional e o reconhecimento da autonomia interpretativa dos juízes (...)”.

A complexidade do sistema jurídico europeu e o seu grau de indeterminação tem dado azo ao papel criativo e criador do Tribunal de Justiça. Este não é mero órgão jurisdicional de um sistema técnico fechado e auto-referenciado, pelo contrário, é um actor comprometido com a evolução prospectiva do sistema em que se insere, antecipando soluções que só a vontade e o compromisso político legitimaram ulteriormente pela via da positivação normativa.

⁴⁴ Veja-se Ferrajoli, Luigi: *Derecho Y Razon — Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, 2006, Madrid, pág. 586.

A jurisprudência referenciada ao longo deste capítulo assume uma dimensão política fundacional (a eliminação dos pilares e a consagração de uma nomenclatura única para os instrumentos legislativos constituem uma solução do Tratado de Lisboa) pelo que se pode afirmar que o Tribunal de Justiça revela, nesta medida, uma dinâmica constituinte. Porém, tal facto coloca questões complexas como a da sua legitimidade institucional e funcional para prosseguir tal linha de rumo uma vez que, a sua génese não é contratualista (em sentido lockiano) nem democrática, advém apenas do raciocínio *j* e da argumentação jurídicas expendidas nos arestos produzidos e, é de certa forma, uma resposta à paralisia das instituições políticas.

CONCLUSÃO

Questionar e reflectir sobre o papel do Tribunal de Justiça, enquanto intérprete e aplicador de princípios no âmbito do terceiro pilar, bem como avaliar o impacto da sua jurisprudência na demarcação de fronteiras entre o poder legislativo e o judicial, foram os objectivos delineados neste trabalho. Esta delimitação de fronteiras demonstra que, nos sistemas jurídicos da pós-modernidade, a convivência entre fontes normativas de diversas origens pressupõe a (re) configuração das concepções de Locke e Montesquieu relativamente aos campos de actuação do legislativo e do judiciário.

A separação de poderes, fundamento do moderno estado constitucional, foi inicialmente debatida e pensada por Locke (embora para este autor a *jurisdictio* constituísse um elemento integrante do poder executivo) e Montesquieu como uma forma de emancipação do poder judicial em face dos poderes legislativos e executivo, de garantir a imparcialidade dos julgamentos e da aplicação da lei.

Contudo, em face dos novos desafios que se perfilam nos horizontes normativos contemporâneos e, em particular no caso concreto do ELSJ, discute-se, até que ponto não se terá invertido o paradigma lockiano, uma vez que o judiciário parece ter invadido a tradicional esfera de competências, quer do poder legislativo quer do executivo. Actualmente, sendo o domínio dos direitos fundamentais uma área estruturalmente enformada por princípios, o que outorga ao juiz uma enorme margem de discricionariedade, até que ponto essa tarefa interpretativa não se confunde com a própria actividade legislativa, concedendo aos juizes um protagonismo nunca antes visto na história das ideias e da filosofia políticas.

“O poder costumava estar nas mãos de príncipes, oligarquias e elites dominantes; era definido como a capacidade de impor a vontade de um ou de alguns sobre os demais, alterando o seu comportamento. (...). O poder está em toda a parte e em nenhum lugar (...)”⁴⁵.

⁴⁵ Citação de Alain Touraine “Lettre à Lionel”, pág. 368 do Vol. II e pág. 435 do livro de Manuel Castells.

A pulverização do poder e das esferas de produção normativa fazem confluir nos Tribunais uma variedade imensa de conflitos que impõem soluções de acomodação e de concordância prática entre princípios. Por seu turno, a criação de bloco económicos e políticos e os complexos fenómenos normativos que os acompanham colocam, como é o caso presente da União Europeia, nas mãos da *super* (TJ) e da *infra*-estrutura judiciária (Tribunais nacionais *a quo*) a difícil tarefa de dirimir conflitos, bloqueios e paralisias institucionais.

A linha de rumo seguida ao longo deste trabalho teve como objectivo elucidar o papel fundacional e constituinte do Tribunal de Justiça no âmbito do III pilar. Na verdade, procurou-se enquadrar o seu papel e as suas atribuições no contexto da internormatividade europeia salientando a forma como este órgão procurou, através da sua jurisprudência criar, por um lado, um embrião de um sistema europeu de direitos fundamentais e, por outro, abrir caminho à definição de uma política penal europeia. Nessa medida, optou-se por recorrer a exemplos concretos de decisões jurisprudenciais proferidas no âmbito do III pilar em que, na nossa óptica, tal escopo fundacional e constituinte fosse evidente. Isso manifestou-se, nomeadamente, nos acórdãos Pupino e nos acórdãos atinentes à poluição por navios e à política ambiental prosseguida com o recurso ao direito penal. Tanto no acórdão Pupino como nos outros dois acórdãos referidos, a questão de fundo está em saber até que ponto as soluções da jurisprudência do TJ podem ter um carácter “revolucionário” e contrariar disposições dos tratados, em nome do aprofundamento do ELJS e à revelia da vontade soberana dos estados membros.

Os exemplos acima apontados permitem-nos questionar os limites e o papel do judiciário nas dinâmicas da integração normativa europeia, nomeadamente, indagar até que ponto, interpretar e aplicar o direito não se confunde com a tarefa de legislar, sobretudo, quando estão em causa princípios e segmentos de conflito internormativo.