

Abstract/ Resumo

Neste artigo, pretendemos demonstrar que, apesar da retórica que acompanha os discursos políticos em torno dos direitos fundamentais na União Europeia, essa matéria, malgrado a sua importância, não tem sido uma prioridade para os estados membros. A génese económica do projecto europeu ofuscou a importância dos direitos humanos e a sua plena implementação prática foi, durante muitos anos, uma construção dos actores judiciários, designadamente do Tribunal de Justiça.

O Tratado de Lisboa e a Carta dos Direitos Fundamentais da União abrem, no entanto, a porta a um admirável mundo novo. A existência de um catálogo vinculativo de direitos fundamentais, a consagração da legitimidade activa dos particulares em matéria de recurso contencioso de anulação e a consagração de um procedimento preliminar de urgência no contexto do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, permitirão outorgar-lhes uma efectiva tutela jurisdicional e constituem pilares essenciais de um edifício garantístico que se impõe consolidar, no âmbito da União Europeia.

INTRODUÇÃO

A paisagem normativa da actualidade encontra-se em mutação e é marcada por processos de inter-acção recíprocos entre distintos ordenamentos, sejam estes de carácter horizontal ou vertical bem como 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 Westfália, 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 expressão “sociedade em rede” (ou *network society* na terminologia anglo-saxónica) designa o nível mais básico do actual fenómeno de interpenetração das economias, dos fluxos financeiros e tecnológicos que pulverizam o poder e explica o aparecimento de uma nova “*ruling class*” à escala mundial. Esse corpo, não eleito, é constituído por tecnocratas, advogados, empresários e juízes, promove encontros, seminários e debates, troca ideias e define estratégias de entendimento e actuação em canais informais, afirmando-se como centro de poder, revelando uma cada vez maior capacidade de intervenção social e política.¹

O processo de integração normativa europeia e, em particular, o estatuto dos direitos fundamentais, constitui um exemplo dessas tensões e complexidades. Nos últimos anos, todo o edifício normativo europeu, em sede de direitos humanos, tem sido impulsionado pela actividade criativa e criadora dos juízes que compõem o Tribunal de Justiça da União Europeia. Esse “activismo judiciário” (tantas vezes mal compreendido) tem sido um dos motores mais dinâmicos da integração, tem preenchido as lacunas e as hesitações do poder político e vencido, por via do “case law”, as resistências soberanas dos estados membros.

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

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.

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 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, desafios esses que se prendem, 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 Estado.³

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

³ Neste sentido, Haberle, Peter: ”Derecho Constitucional Comun Europeo” in Revista de Estudios Políticos nº 79, Enero Marzo, 1993, p. 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 Haberle defende, no entanto, que o direito constitucional europeu é (ainda) uma utopia que se encontra em pleno processo de construção. Dado que a Europa não é 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

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

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. Ora, esse projecto constitucional europeu surgiu claramente definido como um dos objectivos essenciais da Convenção sobre o Futuro da Europa e da qual resultou a Declaração de Laeken (Dezembro de 2001), convenção 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 assumiu 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 independentes.⁵

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 despreciando 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 efectuada por tais 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

⁵ Neste sentido, Haberle, Peter: “Pluralismo Y Constitución – Estudios de Teoria Constitucional de la sociedad abierta”, Editorial Tecnos, Madrid, 2002. p 257.

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 comunidade.⁶

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 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 práticas.⁷ 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 iminentes, 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

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

⁷ Neste sentido Zagrebelsky, G: “El Derecho dúctil – Ley, derechos, justicia”, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 14.

institucionais de cooperação com outros Estados e entidades nacionais e supranacionais.⁸

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, 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 âmbito do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça as questões relativas aos direitos fundamentais constituem um dos vectores mais dinâmicos e problemáticos do processo de integração europeia. Na verdade, a construção de um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça constitui um desafio ao *ius puniendi* (até agora um reduto intangível da soberania nacional) pelo que se nos afigura pertinente questionar, até que ponto os Estados Membros aceitaram essa cedência de soberania e qual o papel da jurisprudência do Tribunal de Justiça na defesa dos direitos dos cidadãos.

⁸ Haberle, Peter, ob.cit. p 259.

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-cristã.⁹

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

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.

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 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 1º 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

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

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, nesse momento, 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 nacionais.¹¹

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 conformidade com o método comunitário dos pequenos passos.¹² 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 intergovernamental porquanto, neste último modelo, as deliberações são, em regra, efectuadas por emissários directos dos Estados e representam os interesses nacionais.¹³

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

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

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, Ldª, Cascais, 2006, pág. 302.

vez que representa o reassumir do controlo político sobre o desenvolvimento constitucional da integração europeia.¹⁴

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.

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 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 proclamados.¹⁵

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

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

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.

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 nacional.¹⁶

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 TJ 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);
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;

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

4. O TJ assume que as referências primárias relativas à protecção dos direitos fundamentais são as constituições nacionais e os instrumentos normativos internacionais.¹⁷

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. 6º nº2 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 nºs 1 e 2 do supra mencionado art. 6º 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

A emergência do ELSJ emerge, precisamente, nesse contexto aglutinador, como elemento de aproximação dos estados membros em segmentos problemáticos da integração como sejam as questões de justiça e de cooperação policial. È precisamente nesse âmbito que radicam os maiores desafios aos direitos fundamentais.

3. A criação do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e a defesa dos direitos fundamentais

Uma das vertentes do processo de integração foi a criação de um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (com o intuito de facilitar a cooperação judiciária e policial em matéria penal no seio dos estados membros da União europeia) cujas origens remontam à década de setenta e que se foi consolidando, de forma progressiva, nas décadas subsequentes.

¹⁷ Duarte, M.L, ob cit. pag. 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, nº13, primer semestre, consultada no sítio <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/282/28261303.pdf>, acedida em 28.03.09.

A ideia foi inicialmente lançada pelo Presidente francês Valéry Giscard d'Estaing no Conselho europeu de Bruxelas de 1977 e ganhou força com a emergência de uma vaga de atentados terroristas que percorreu a Europa entre os anos 70 e 80. Posteriormente, sofreu novo impulso dinamizador com a integração do Acordo e Convenção Schengen no *acquis europeu*, no âmbito da assinatura e ratificação do Tratado de Amesterdão.

Porém, o primeiro projecto concreto de cooperação nesta matéria foi lançado entre 1977/1978 no âmbito dos conselhos europeus e versava cinco pontos estratégicos:

- 1- a elaboração de uma convenção de extradição simplificada ;
- 2- o aperfeiçoamento do procedimento de entreajuda penal
- 3- a criação de um procedimento de transferência dos procedimentos penais na União europeia
- 4- a introdução de um processo de reconhecimento do valor internacional dos julgamentos penais e de transferência de condenados entre estados membros.

Nessa sequência, surgiram dois acordos europeus: o acordo de Dublin (04 de Dezembro de 1979) relativo à aplicação, entre os países membros da Comunidade Europeia, da Convenção do Conselho da Europa relativa à Prevenção do Terrorismo (de 27 de Janeiro de 1977) e um outro projecto apresentado pelo estado francês relativo à repressão do terrorismo que acabou por ser abandonado.

Em 25 de Outubro de 1982, na Conferência de Ministros da Justiça europeus, a França apresentou novo projecto de cooperação em matéria penal que previa a criação de um Tribunal Penal Europeu. O projecto compreendia todas as formas de criminalidade grave (incluindo os actos terroristas) e consagrava um regime de garantias dos cidadãos visados nesses procedimentos, designadamente, um conjunto de direitos de defesa, em casos de extradição. De acordo com o texto da iniciativa, esse Tribunal Penal seria competente para julgar os crimes contra a vida, a integridade física e a liberdade das pessoas desde que puníveis com pena superior a cinco anos e bem assim as tentativas de comissão dessas infracções. Este projecto esbarrou nas recusas da Bélgica, do Reino Unido dos Países Baixos. Perante esta recusa, entre 1981 e 1991 os Estados Membros da comunidade europeia reforçaram a sua cooperação em matéria penal com base nas convenções existentes no seio do conselho da Europa.

No desenvolvimento do ELSJ foram, no entanto, decisivos os Acordos Schengen. Estes acordos (celebrados em 14 de Junho de 1985 e completados pela

convenção subscrita em 19 de Junho de 1990) podem ser considerados o laboratório da União europeia em matéria de cooperação policial e judiciária em matéria penal. Compreendiam inicialmente apenas cinco estados (França, Alemanha, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo) mas foram sendo posteriormente, alargados a estados como a Islândia e a Noruega, Suíça (a partir de 12 de Dezembro de 2008), Estónia, República Checa, Lituânia, Hungria, Malta, Letónia, Polónia, e Eslovénia.

Em termos gerais, estes acordos visaram a agilização da cooperação penal traduzida na simplificação dos procedimentos relativos às notificações de actos processuais, à extradição, e à introdução de mecanismos de contacto directo entre autoridades judiciárias e policiais dos estados subscritores. Tratou-se, sobretudo, de introduzir mecanismos de cooperação despolitizados. As normas da CAAS prevêm assim a melhoria do sistema de execução dos julgamentos repressivos e introduzem também, de forma inovadora, normas relativas à aplicação do princípio *ne bis in idem* (arts. 54º a 58º). Posteriormente, a 27 de Maio de 2005, a França, Alemanha, Espanha, Áustria, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo, assinaram em Prum um acordo relativo ao aprofundamento da cooperação transfronteiriça em matéria de luta contra o terrorismo, delinquência e imigração clandestina. Este acordo continha uma cláusula de inserção no direito da União Europeia e serviu de laboratório experimental para a introdução de políticas multilaterais de combate ao terrorismo.

São três os elementos que compõem o conceito de Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. Em primeiro lugar, podemos afirmar que a noção de Espaço, neste contexto, não se confina a uma dimensão física ou territorial (embora nela se possa compreender o território de todos os estados membros e os seus limites sejam as fronteiras externas da União Europeia) antes consubstancia um espaço em sentido axiológico-normativo. Trata-se de um espaço de convivência plural de diversos sistemas legais unidos numa lógica de estreita colaboração e partilha de objectivos e valores comuns.

A noção de espaço inscrita, pela primeira vez, no Tratado da União Europeia (na redacção de Amesterdão) está para o território como a noção de cidadania está para a nacionalidade e traduz a ideia base da livre circulação das pessoas num território alargado. Aliás, a Comunicação da Comissão ao Conselho datada de 14.07.1998 (Com. 459)¹⁹ já explicitava, de forma clara, os contornos desse espaço:

¹⁹ Documento obtido no sítio <http://eur-lex.europa.eu/LexUriSer/LexUriServ.do?uri=com:1998:0459:FIN:PT:PDF>, em 09.11.2010

“Este conceito sintetiza (...) as nossas tradições democráticas e as nossas concepções de Estado de Direito. Os valores comuns subjacentes ao objectivo de criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça são efectivamente, princípios que estão tradicionalmente ligados às democracias modernas da União Europeia.” “Os três conceitos de liberdade, segurança e justiça estão estreitamente ligados. A liberdade perde grande parte do seu sentido se não a pudermos viver num ambiente seguro, fundado num sistema de justiça em que todos os cidadãos e residentes possam ter confiança.”

Relativamente à noção de Liberdade, a mesma exprime um entendimento mais alargado do que a livre circulação de pessoas entre os estados membros. Reporta-se à liberdade de viver num ambiente em que a lei é respeitada e as autoridades públicas (a nível nacional, ao nível da União e para além da União) utilizam as suas competências para combater e reprimir o crime, numa perspectiva de respeito pelos direitos fundamentais

A dimensão da Segurança foi introduzida pelo Tratado de Amesterdão e importa a criação de um quadro institucional para o desenvolvimento de acções comuns nos domínios da cooperação judiciária e policial em matéria penal, designadamente, no combate ao crime organizado e ao tráfico de droga.

Por seu turno, o elemento Justiça, visa a emergência de um conceito de “ordem pública europeia” que transcenda o âmbito interno de cada estado membro, fundado numa avaliação de interesses fundamentais comuns e que permita atenuar as diferenças entre os sistemas jurídicos nacionais. A persistência dessas diferenças justifica, nesta óptica, que se introduzam instrumentos que permitam realizar, de forma mais eficaz e satisfatória a actuação dos sistemas judiciais, assegurando dessa forma um sentimento comum de justiça aos cidadãos da EU.

O Tratado de Lisboa trouxe significativas modificações na concepção deste ELSJ, designadamente, suprimiu a estrutura dos pilares e as matérias atinentes ao III pilar foram reagrupadas no âmbito do Título V da III parte do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, sendo que a cooperação judiciária em matéria penal encontra-se vertida nos art. 82º e ss.

No plano institucional, o novo Tratado também introduziu algumas novidades quanto à intervenção do Parlamento Europeu e dos parlamentos nacionais na produção legislativa nesta matéria. Também o Tribunal de Justiça passou a deter um âmbito de competências mais alargado em virtude de poder agora sindicat as medidas tomadas no

âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal (com exclusão das questões relativas às medidas de polícia e de ordem pública e as atinentes à segurança interna).

4. O judiciário como protagonista da integração (normativa) europeia – o papel do TJ no contexto do ELSJ

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.

Anteriormente à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, as bases legais do III Pilar, ou Título VI, resultavam 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 concretizavam e especificavam as competências do órgão jurisdicional, em matéria do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. Este último normativo, constituía 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, essas competências do TJ encontravam-se limitadas e subordinadas a duas outras condições ou pressupostos:

- A aceitação da sua competência por parte do Estado Membro (aceitação essa que se processava 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.

No actual quadro normativo e institucional introduzido pelo Tratado de Lisboa, desapareceu a nomenclatura dos pilares e a matéria que enforma o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça transitou para o capítulo IV, sob a epígrafe de Cooperação judiciária em matéria penal.

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

Nesse contexto, 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 toxicodpendência, 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 (limitado à apreciação das convenções que viessem a ser adoptadas para prosseguimento dos objectivos da cooperação estabelecida) passou, com a entrada em vigor 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 podia aceitar a competência do Tribunal de Justiça para decidir a título prejudicial, nos termos do n.º 1 daquele normativo.

A intervenção do TJCE nas áreas atinentes à cooperação policial e judiciária penal assumiu 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. 35º TUE com o art. 234.º do Tratado de Roma, encontramos uma diferença fundamental: de acordo com o art. 234º 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) encontravam-se privados do recurso a esta via de tutela jurisdicional o que criou, na prática, manifestas desigualdades formais e substanciais. Desigualdades essas que se traduziram, 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 TJ 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 tratados.²⁰

O TJ 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

²⁰ Neste sentido Maduro, M.P.ob. cit. pág. 58.

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 impulsor 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 TJ tem, no entanto, suscitado 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 TJ, 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.

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 igualdade.²¹

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 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 UE tenha poderes penais no âmbito do “espaço europeu”. Aliás, nos termos do art. 8.º

²¹ Canotilho, J.J.G e Moreira, V: Constituição da República Portuguesa – Anotada, Vol.I, arts. 1.º a 107.º, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

da CRP, as normas penais internacionais e europeias prevalecem sobre o direito interno 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)²². 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 delas.²³

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”.²⁴

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 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-105/03.²⁵

²² Lei Constitucional nº 1/2004 (6ª revisão) de 24 de Julho, publicada no D R. nº 173, 1ª série de 24.07.2004.

²³ Ob. cit. pág. 265

²⁴ Expressão da autoria de Mireille Delmas – Marty: “Union Européenne et Droit Penal”, Cahiers de Droit Européen, 1997, nºs 5 e 6, pág. 608.

²⁵ 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, p.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.

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 TJ 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, mais concretamente, perante as Decisões Quadro. Como se sabe, o art. 34.º, n.º 2 al. b) do TUE referia²⁶, especificamente, que as decisões quadro não tinham efeito directo e que as mesmas teriam que ser objecto de um acto legislativo de transposição, por parte do estado membro destinatário. Neste caso concreto, 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 conforme.²⁷

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, p.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.

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 noutra 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;

²⁶ Na redacção anterior à introduzida pelo Tratado de Lisboa.

²⁷ Vide neste sentido, o Comunicado de Imprensa nº 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.

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 colocaram 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 prendia-se com o facto da decisão quadro e das directivas comunitárias constituírem fontes de direito substancialmente diferentes, sendo que a primeira não impunha ao órgão jurisdicional *a quo* uma obrigação de interpretação conforme do direito nacional contrariamente ao que sucederia 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 visava 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. Resultava especificamente do art. 34.º al. b), parte final que a Decisão Quadro não tinha 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. Ora, o elenco que compunha 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, permitiria aprofundar a cooperação judicial e policial em matéria penal na medida em que possibilitava uma aplicação tendencialmente uniforme do direito europeu por parte dos diversos órgãos jurisdicionais dos estados membros e sem que, tal aplicação, dependesse do acto de transposição das decisões quadro para o direito interno.

As consequências e o impacto do Acórdão Pupino extravasaram largamente o âmbito das questões jurídicas nele abordadas, assumindo uma vertente político-institucional sem precedentes e questionando, 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 (na redacção prévia à entrada em vigor do Tratado de Lisboa) constatamos o seguinte:

- As decisões tomadas nesta sede pressupunham a unanimidade no Conselho;
- A iniciativa legislativa cabia aos estados membros e/ou à Comissão;
- O parlamento europeu não participava do processo decisório e apenas emitia parecer;
- Os instrumentos legislativos (Decisões, Decisões Quadro e Convenções) não tinham efeito directo;
- O Tribunal de Justiça das Comunidades apenas possuía uma competência a título prejudicial para apreciar a validade das decisões, decisões quadro e convenções, desde que os estados membros reconhecessem a sua competência, mediante declaração.

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

A decisão Pupino foi inovadora e, de certa forma, revolucionária porquanto, ao consagrar que, através do mecanismo do reenvio prejudicial, os particulares podiam invocar as decisões quadro no seio de procedimentos penais que corriam termos no estado membro, o Tribunal acabava 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, constituiu 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, contribuiu para uma paulatina harmonização interpretativa da legislação europeia em matérias do Título VI.

Finalmente, e do ponto de vista institucional, aquele acórdão consagrou o Tribunal como garante dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos europeus e como impulsionador 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, p.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, p. 164)

Em ambos os casos o TJ 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.

A questão de fundo subjacente ao acórdão proferido no âmbito do processo C-176/03, prendeu-se com a (re) definição da repartição de competências em matérias do I e do III pilares. 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 visava, sobretudo, a protecção do ambiente, competência essa definida

no art. 175º do TCE e que aquele órgão reclamava como sua. O Parlamento europeu, por seu turno, secundou a posição da Comissão. Nesta linha de entendimento, o recurso ao direito penal assumia um carácter instrumental e encontrava-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. l), 174.º a 176.º do TCE.

Estes dois acórdãos demonstram o claro empenho do Tribunal na criação de uma jurisprudência que rompeu com o modelo legislativo então em vigor e que, de certa forma, antecipou as soluções agora previstas no Tratado de Lisboa. O texto deste Tratado já consagra a abolição da distinção entre os instrumentos legislativos do primeiro e do terceiro pilares e adopta 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, acabou de forma pioneira, por diluir a repartição de competências entre os pilares, numa tendência semelhante à que se veio a manifestar no Tratado de Lisboa, em cuja redacção se fez prever um núcleo de competências partilhadas entre os estados e a União, nas 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).

Naquelas decisões, a argumentação seguida pelo tribunal partiu de dois postulados: reconheceu um princípio de competências implícitas da comunidade em matéria penal (que, como vimos, não resultava directamente dos tratados) e lançou 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.

No entanto, os acórdãos deixaram em aberto diversas questões, nomeadamente, quais os limites da actuação do Tribunal de Justiça e até que ponto este judicial “empowerment” não excede os estritos limites da interpretação jurídica e não entra no campo da política, colidindo 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 moderno.²⁸

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 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.

A jurisprudência referenciada 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 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 e da argumentação jurídicas expendidas nos arestos produzidos e, é de certa forma, uma resposta à paralisia das instituições políticas.

²⁸ Veja-se Ferrajoli, Luigi: “Derecho Y Razon - Teoria del garantismo penal”, Editorial Trotta, 2006, Madrid, pág. 586.

Por seu turno, a ausência (durante largos anos) de um catálogo europeu de direitos fundamentais também permitiu ao Tribunal de Justiça assumir um certo monopólio nestas matérias uma vez que lhe competia, na aplicação do direito comunitário, dos princípios gerais de direito e na interpretação das tradições constitucionais dos estados membros, colmatar as lacunas do poder legislativo europeu.

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 artigo. 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, particularmente, no caso 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 juízes 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 (...).²⁹

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 texto teve como objectivo elucidar o papel fundacional e constituinte do Tribunal de Justiça no âmbito do extinto 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 ELSJ 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.

²⁹ Citação de Alain Tourraine “ Lettre à Lionel”, pág. 368 do Voll II pág. 435 do livro de Manuel Castells.

