

Tribunal de Justiça, direitos fundamentais e activismo judicial

A questão do activismo judicial do Tribunal de Justiça (TJ) tem sido tema recorrente nas últimas duas décadas. Embora não se restringindo à temática da jurisprudência comunitária sobre direitos fundamentais (DF), ganhou nesta área particular expressão. Basta pensarmos que na versão originária dos Tratados a única referência a DF era a proibição de discriminação em função do género (que se relacionava exclusivamente com a protecção da concorrência). Os vários DF começaram a ser protegidos enquanto instrumentos de construção do mercado interno. Lentamente, passaram a ser entendidos como valores autónomos da Comunidade mercê, em larga medida, da jurisprudência criadora do TJ.

Porquê é que o TJ avançou nesta direcção? Com o desenvolvimento das doutrinas do efeito directo e do primado do direito comunitário, cedo se apercebeu dos riscos de colisão do direito comunitário com os direitos constitucionais nacionais. Necessitou então de desenvolver mecanismos que garantissem que os tribunais nacionais não poderiam recusar a aplicação de normas comunitárias por desconformidade com as normas nacionais de DF: fê-lo (i) afirmando que só ele seria competente para apreciar a validade dos actos comunitários; (ii) mas foi incorporando parâmetros de controlo desta validade extraídos directamente dos ordenamentos constitucionais nacionais

(Acs. *Internationale Handesgesellschaft*; *Wauchauf*; *ERT*; *Konstantindinis*; *Jacobs*). Fez assim apelo aos “**princípios gerais de direito**” que incorporam o “**respeito pelos DF**” – tais princípios gerais seriam influenciados pelas tradições constitucionais dos Estados-membros (EM) mas garantidos no âmbito da estrutura e dos princípios comunitários. O TJ conseguiu, por esta via, “acalmar” os Tribunais Constitucionais (TC) nacionais e assim assegurar o primado do direito comunitário. Todavia, apresentando-se como “preocupado” com os DF, acabou por aumentar e fortalecer, em simultâneo, os seus próprios poderes.

Supreme Court e activismo judicial

O *Supreme Court* (SCt) é outro tribunal frequentemente criticado pelo seu “activismo judicial”. Embora se trate de órgãos que actuam em quadros muito diferentes, é possível fazer-se uma comparação entre os dois tribunais. O que eu pretendi foi comparar os debates sobre o activismo judicial no TJ e no SCt. Premissas que entendo legitimadoras desta comparação:

* ambos funcionam (também) como instâncias de controlo da constitucionalidade e, nos dois casos, as funções de *judicial review* resultam de criação jurisprudencial (nada era dito nos tratados a propósito da competência do TJ para controlar a conformidade das legislações nacionais – incluindo o direito constitucional – com o direito comunitário);

* tanto a Constituição norte-americana como os Tratados fundadores apresentam importantes dificuldades ao nível linguístico (cláusulas vagas e assumidamente compromissórias). Esta linguagem, muitas vezes quase encriptada, associada ao contexto específico da sua redacção (Sct: século XVIII; movimento de independência; TJ: tratado internacional clássico, compromisso político que foi possível alcançar) forçam muitas vezes os tribunais a uma actividade interpretativa engenhosa e criativa.

* ambos os tribunais actuam num quadro específico de *checks and balances* que os obriga ou, no mínimo, é favorável a uma jurisprudência criadora que ultrapasse os riscos da *inércia democrática*.

I. O debate norte-americano: um debate sobre interpretação constitucional e sobre a relação entre o poder judicial e o legislador

A expressão *activismo judicial* foi utilizada pela primeira vez num artigo da *Fortune* em 1947 que analisou os vários juízes do SCt em função das decisões desse ano. A retórica do activismo judicial tem sido utilizada por diversos – até antitéticos – quadrantes. Em termos simplistas, bastas vezes significa a repulsa face à substituição de critérios exógenos de adjudicação por meras preferências (internas) pessoais, assentes em considerações políticas, morais, ou religiosas. Uma visão mais trabalhada do tema **desloca a discussão do activismo judicial precisamente para a relação entre o poder judicial e o poder legislativo**: quando é que aquele deve ceder – auto-restringir-se – perante o campo de escolha deste e quando é que, em nome da defesa da Constituição, deve intervir afastando a leis transgressoras das normas últimas que impendem sobre todo o poder político *latu sensu*. A taxonomia dominante portanto é de activismo judicial – *self-restraint*.

A relação entre o poder executivo/legislativo e o poder judicial remonta praticamente às origens dos EUA enquanto nação independente.

As relações entre o poder judicial e o poder político foram alvo de atenção desde muito cedo devido à criação da *judicial review* e a sua interacção com as escolhas políticas feita pelos outros *branches*. Em *Da democracia na América* (1840)

Tocqueville acentuou o juiz americano como “uma das primeiras forças políticas” precisamente por causa do poder atribuído aos juizes de controlarem a constitucionalidade das leis.

Em 1788, Alexander Hamilton, no Federalist 78, descreve o poder judicial como “the least dangerous [branch] to the political rights of the constitution” – na medida em que não lhe assistiam mecanismos que garantissem a efectividade e execução das suas decisões, dependendo, para tanto, da “ajuda” do executivo. A expressão viria a baptizar a obra de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962).

Esta obra surgiu numa época em que o SCt – tal como actualmente – se encontrava no centro de uma acesa controvérsia. As decisões desegregacionistas (essencialmente *Brown*) animaram o debate sobre a justificação e o papel da *judicial review*. Embora nunca tenha existido um verdadeiro pacifismo em torno da figura ao longo dos diferentes *momentos* da jurisprudência do SCt, o impulso judicial dado ao movimento dos direitos civis eleva a discussão a um dos temas quentes da doutrina constitucional e da ciência política norte-americanas. O recentramento do papel e da importância do SCt deu origem a vários movimentos e tendências críticas, uns de apoio, outros de repulsa, em função da constituição do tribunal, da maioria dominante e do teor das próprias decisões.

Alexander Bickel defendeu a perspectiva de Hamilton, justificando a *judicial review* como uma defesa contra as maiorias e negando uma visão anti-democrática da mesma: a função da *judicial review* é também, e acima de tudo, a defesa da Constituição.

Esta visão é contestada por vários sectores que a entendem como uma porta aberta à livre actividade criadora dos juizes. A tese *originalista*, por exemplo, defende que só uma interpretação guiada pela *intentio* dos *framers* consegue limitar o arbítrio judicial assente em escolhas meramente pessoais. O que propugna, portanto, é a interpretação da Constituição à luz da intenção que presidiu – ou terá presidido – à consagração da cláusula constitucional em causa. O *strict constructionism*, por sua vez, advoga a aplicação do texto talqual ele foi formulado. O *textualism* enfatiza o elemento semântico ou literal. O *purposivism* impõe a determinação do sentido em função dos propósitos ou objectivos que guiaram o processo legislativo.

Kermit Roosevelt (*The Myth of Judicial Activism*, 2006), repudia a teoria da *direct enforcement of the Constitution*, tese que está intimamente relacionada com as teorias semânticas que fazem apelo ao *clear meaning*: segundo ele isto é uma fantasia na medida em que esse sentido objectivo existe apenas a um nível de abstracção muito elevado.

No âmbito da discussão sobre o ativismo judicial nos EUA entrecruzam-se, portanto, o problema da **interpretação constitucional** e a questão **relação entre o poder judicial e o poder legislativo**.

II. O debate europeu

1. Ativismo judicial e o TJ

O caso europeu é um dos casos clássicos de acusação de ativismo judicial. A própria entrada da wikipédia sobre *judicial activism* tem um capítulo (pouco rigoroso e incompleto) sobre o ativismo judicial na UE.

Durante muitos anos a actividade criadora do TJ não foi objecto de análise e apreciação por parte da comunidade científica. Em 1966, Jean Pierre Colin publicou a primeira obra em que o eventual activismo do TJ é abordado (*Gouvernement des Juges dans les Communautés Européennes*), concluindo, no entanto, pela prudência da actividade do tribunal até então.

O primeiro grande estudo sistematizado sobre o TJ na perspectiva da sua influência ao nível da relação entre o direito e a política é de Hjalte Rasmussen – *On Law and Policy in the ECJ: A Comparative Study in Judicial Policymaking* (1986). Para este autor o tribunal prosseguiu uma agenda federalista através da usurpação de poderes que não lhe tinham sido inicialmente conferidos pelos Tratados. Para poder chegar a esta conclusão, desenvolveu um teste que envolve a reacção de outros actores à jurisprudência comunitária. Rasmussen fala em *judicial policymaking* “to designate courts’ contribution to creating, conserving or changing public policies, or existing priorities among them, in areas of public policy which are subject to some sort of governmental regulation by binding rules of law”

E esta actividade pode ou não ser legítima. A legitimidade será aferida pela reacção social dos outros actores do “jogo comunitário”: Rasmussen apelida-os de *countervailing powers* (tribunais nacionais; governos e parlamentos nacionais; opinião pública; opinião da comunidade jurídica lato sensu). As reacções ou *policy inputs* são os *checks and balances* transmitidos ao judiciário pelos outros *players* comunitários: Comissão; Parlamento; Conselho. Admite-se portanto uma actividade de *judicial policymaking* face ao argumento da *inércia democrática*: dificuldades na obtenção de um consenso político necessário à aprovação de nova legislação

deslocam o ónus do desenvolvimento do processo de integração – desenhado pelos *founding fathers* – para a esfera judicial.

A tese Rasmussen não foi acolhida de modo pacífico. Os estudos de comportamento judicial sucederam-se, entretanto, em largo número.

A maior parte dos estudos sobre o Tribunal, no entanto, assumiram uma de duas perspectivas: ou eram análises de politólogos, centradas na integração através do direito, ou análises estritamente jurídicas que negligenciavam factores contextuais.

III. Função judicial em contexto:

1. Ponto de partida: o direito

1.1. As normas dos Tratados; 1.2. Interpretação; 1.3. A judicialização da política

1.1. As normas dos Tratados

Muitos autores defendem que é a própria natureza dos tratados a encorajar a actividade criadora do Tribunal. Desde logo porque o seu conteúdo representa o compromisso que foi possível alcançar entre os Estados.

Por outro lado, a própria linguagem utilizada, quase encriptada, pejada de conceitos e valores vagos, obriga ao exercício de uma actividade interpretativa engenhosa e criativa, muito à semelhança das funções interpretativas que impendem sobre o SCt norte-americano. Outro aspecto bastante relevante prende-se com a natureza multilingue do direito comunitário que em diversas ocasiões contribuiu para o agravamento da dificuldade relacionada com a vaguidade da linguagem (*open texture*).

1.2. Interpretação

O método interpretativo adoptado pelo TJ é da maior importância para que possamos não só apreciar mas, sobretudo, compreender a respectiva jurisprudência. Obviamente que ao longo da sua existência o Tribunal tem utilizado vários métodos de interpretação. Observa-se, no entanto, uma preferência pelo esquema teleológico ou “purposive”.

Este método teleológico permite ao Tribunal acompanhar a evolução política e normativa do sistema, socorrendo-se dos elementos contidos no preâmbulo do tratado e nos princípios gerais de direito comunitário.

1.3. A judicialização da política

Ao conferir efeito directo às normas comunitárias e ao tornar os indivíduos e as empresas sujeitos directos das mesmas, o tribunal não só atraiu um vasto grupo deslocalizado de impulsionadores do *enforcement* do direito comunitário, como lhes concedeu uma arma que passou a funcionar como instrumento de pressão junto das instituições nacionais e comunitárias.

Mas o factor que maior relevância assume neste papel de *judicialization* da política é, porventura, a função de *judicial review*, elemento essencial da ordem constitucional comunitária. O Tribunal aprecia a conformidade da legislação com as “normas constitucionais”: tanto da legislação de origem nacional como da legislação comunitária derivada. Enquanto que nos EUA o controle da constitucionalidade surge como mecanismo anti-maioritário, na Europa representa um recurso da maioria. Como refere Miguel Poiares Maduro, “o activismo constitucional do Tribunal de Justiça não teve de enfrentar um órgão representativo democrático tradicional a nível comunitário e tem-se dirigido principalmente contra decisões nacionais que não representam uma maioria europeia. Isto faz parte da natureza peculiar do activismo judicial comunitário (...).”

O controle da constitucionalidade desenvolvido pelo Tribunal difere consoante se trate de legislação nacional ou comunitária: desde logo, os parâmetros são mais amplos no caso da primeira (incluindo direito comunitário primário e secundário); por outro lado, nota-se uma postura mais deferente face ao legislador comunitário. **A relação entre a função judicial do tribunal e o espaço de escolha do legislador – o problema da delimitação das fronteiras – situa-se precisamente no campo do controle da constitucionalidade das normas comunitárias.**

Em termos estritamente jurídicos, as instituições políticas da União assim como os EM e os diversos actores nacionais são apenas objecto ou destinatários da jurisprudência do TJ. Mas no mundo real esse cenário é apenas uma das faces da moeda.

2. As instituições: o tribunal entre o direito e a política

2.1. O tribunal como *policy-maker*; 2.2. O Tribunal como *agenda-setter*; 2.3. *Political review of judicial activity* (o Tribunal e os outros actores comunitários); 2.4. Relações entre o tribunal e actores nacionais (tribunais nacionais; parlamentos e governos nacionais; doutrina)

2.1. O tribunal como *policy-maker*

O tribunal como *law-maker*: creio que está suficientemente claro e incontestado o papel do TJ como criador de direito. Algumas palavras impõe-se ainda, no entanto, quanto às suas funções de *policy-maker*: o significado político das suas decisões advém não apenas de tal papel criador mas também, e sobretudo, da sua influência ao nível político. A avaliação desta actividade varia em função da área em questão e do conteúdo das decisões.

2.2. O tribunal como *agenda-setter* (catalisador de legislação comunitária)

2.3. *Political review of judicial activity: O Tribunal e os outros actores comunitários*

Importa delimitar o quadro institucional em que o TJ opera do ponto de vista da sua capacidade efectiva de ocupar – ilegitimamente – espaço que não lhe compete, seja usurpando funções políticas seja ocupando espaço do legislativo.

Segundo Ahron Barak, antigo presidente do Supremo Tribunal de Israel, o papel do juiz nas democracias actuais consiste, essencialmente, no controle das maiorias democráticas. Este modelo envolve um duplo policiamento: o judiciário garante a observância dos valores democráticos fundamentais, mesmo contra o legislativo, mas este tem sempre a possibilidade de restabelecer o equilíbrio. Por esta via o Estado tem sempre nas suas mãos o controle do balanço entre a auto-contenção e a discricionariedade judiciais.

A abstenção do Conselho em fazer uso dos seus poderes legislativos para afastar muitos dos resultados normativos da jurisprudência do tribunal comprova a aplicação da tese. É certo que a efectividade deste critério não deixa de depender da praticabilidade de alcançar os consensos políticos necessários à efectiva alteração legislativa. A espada, no entanto, não deixa de pender sobre o tribunal.

Para além deste aspecto, outros mecanismos informais estão ao alcance dos EM e do Conselho e da Comissão para efectivar o repúdio de jurisprudência do tribunal. Pense-se por exemplo no cenário mais radical de não obediência à decisão ou de medidas políticas concertadas no seio do Conselho.

O constrangimento da actividade do tribunal pode também ser efectivado por mecanismos de actuação *ex ante*: pense-se, por exemplo, no facto de o segundo (política externa e segurança comum) e terceiro (cooperação policial e judiciária) pilares terem sido expressamente afastados da jurisdição do TJ.

É neste quadro institucional que o TJ desenvolve a sua actividade. E por estas restrições, referem-se alguns autores a uma sua “constrained independence”.

III. Activismo judicial e TJ. Reflexões finais.

Em última instância a questão de saber se a actividade do TJ se pode configurar, em termos gerais ou em momentos particulares, como um *case-study* de activismo judicial dependerá da resposta a duas ordens de perguntas: uma pergunta mais geral relativamente à perspectiva que se assume em face do que é o direito e de qual o conteúdo prático atribuído à função judicial; e outra mais específica que mobilize essas mesmas interrogações para o contexto de acção do próprio TJ. Importa realçar que o fenómeno de judicialização da política comunitária não implica a substituição do poder legislativo ou executivo pela *judicial policy-making*. Simplesmente adiciona o tribunal do Luxemburgo como mais um actor num cenário bastante amplo de *policy-makers*. E adiciona-o num específico contexto de *checks-and-balances*, em que a sua actividade se encontra limitada não apenas pelo “discurso jurídico europeu” mas também pelo diálogo com os tribunais e as outras instituições nacionais e pelo relacionamento com os actores políticos e legislativos da Comunidade.

Em última análise o equilíbrio legitimador há-de ser efectivado por mecanismos formais e informais de actuação *ex ante* e *ex postem*.

Como refere MPM:“(…) na vida real os tribunais, incluindo os constitucionais, estão limitados por outras fontes e formas de poder pertencentes a outras instituições, como por exemplo os órgãos legislativos. [A]s referidas escolhas institucionais resultam de um discurso jurídico em que participam várias instituições, sem que nenhuma delas disponha da autoridade final em matéria de interpretação da norma jurídica. Mesmo que, do ponto de vista do sistema comunitário, o TJ pareça deter essa autoridade final, a realidade é que ele depende, efectivamente, de outras instituições e interage com elas, sendo que, na lógica interna dos sistemas a que pertencem, essas instituições detêm precisamente essa mesma autoridade.”

IV. Confronto entre os debates

Perante este breve confronto entre os debates norte-americano e europeu face ao “activismo judicial” do SCt e do TJ, verifica-se que:

- 1) - em ambos os casos, a discussão se relaciona com o modo como o tribunal – legítima ou ilegitimamente – procedeu a uma interpretação mais ou menos expansiva (e mais ou menos criadora) das normas fundamentais, interferindo, por essa via, com escolhas que pertenceriam, exclusiva ou concorrentemente, aos poderes legislativo e executivo.
- 2) - Nos dois discursos, um contexto institucional de específicos *checks and balances* justifica (impõe?) a actuação do poder judicial em moldes que entrecruzam as

escolhas estritamente jurídicas com um alcance político de amplitude variável que as mesmas são chamadas a produzir na arquitectura do sistema. Dificuldades de alterações “constitucionais” e de avanços da comunidade política deslocam amiúde o conflito predominantemente político para a arena judicial, restando aos outros *players* institucionais mecanismos formais e informais destinados ao restabelecimento do equilíbrio sempre que a actuação do tribunal seja entendida como perniciosa. No caso europeu, embora a regra da unanimidade – apenas alterada, na sua rigidez inicial, pelo Tratado de Lisboa – contenha uma constrição acrescida, é de realçar que a jurisprudência do TJ, desde o início, tratando-se de tribunal não nacional, esteve sempre profundamente dependente da respectiva capacidade persuasiva e da boa-vontade dos órgãos nacionais. Com efeito, falta-lhe, ao contrário do SCt, a autoridade institucional inerente a qualquer tribunal integrado num sistema jurídico nacional.

Algumas **diferenças** não podem deixar de ser assinaladas.

- 1) - o elemento originalista ou histórico apresenta um pendor muito mais relevante no discurso norte-americano.
- 2) - Do mesmo modo, ao contrário do que sucede nos EUA, os membros do TJ não se envolvem no debate relativo aos métodos de interpretação adoptados pelo Tribunal nem às funções que a este competem no quadro institucional europeu. O carácter secreto da deliberação, a proibição de votos de vencido e de declarações de voto e o compromisso assumido de não revelar, em circunstância alguma, o conteúdo da discussão que precede a deliberação subtraem ao debate, no caso europeu, elementos que funcionam como importantes catalisadores da discussão norte-americana. Daí que muitas vezes a comunidade jurídica e política fique entregue à tarefa de “adivinhar” os reais motivos que basearam a decisão do TJ.
- 3)- Se o SCt teve o seu grande teste superado no pós *Bush v. Gore*, o TJ tem o ónus de continuar a desempenhar as suas funções num contexto de pluralismo em que os riscos de colisão com os tribunais nacionais – particularmente com os tribunais constitucionais – ameaçam permanentemente o equilíbrio da *nova ordem europeia*¹. Interessa ao Tribunal o permanente reforço da sua capacidade persuasiva. Se o estilo formalista tradicional se demonstrou adequado em momentos anteriores do processo de integração, o certo é que o frequentemente invocado défice democrático poderá exigir novos modos de abordagem da decisão judicial. A mudança reclamada poderá

¹ Pense-se por exemplo nas decisões do Tribunal Constitucional polaco e do Tribunal Constitucional Federal alemão relativas ao mandado de detenção europeu, e ainda na recente decisão do segundo sobre o Tratado de Lisboa.

não se dirigir apenas às decisões propriamente ditas mas também ao modo como as mesmas são acolhidas pela generalidade da comunidade jurídica. Acredito que a tendência será, a este nível, no sentido de uma abordagem normativa crítica da jurisprudência do Tribunal cada vez mais intensa, muito à semelhança da tendência norte-americana. Se esse vier a ser o caminho trilhado, talvez as premissas que permitem o actual modo de expressão das *razões de decidir* do Tribunal se venham a encontrar, no futuro, decisivamente postas em causa.